

**INTERVENCIONISMO OFICIOSO DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA
DEL TRABAJO EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS LABORALES:
LIMITANTE PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN
COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
ESENCIALES EN COLOMBIA**

DAVID ESTEBAN ROJAS SEGURA (CÓD: 042132097)

ASESOR:

DR. HENRY BOCANEGRA ACOSTA

TRABAJO DE GRADO



**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS
BOGOTÁ, D.C.
2019**

En primer lugar quiero dar gracias al alfa y el omega por guiar mis pasos durante el camino que emprendí para lograr culminar mi investigación.

Gracias a mis padres y mi hermana por su valioso e incondicional apoyo en cada momento.

Gracias a mis maestros de mi casa de estudios unilibrista, sin sus enseñanzas hubiera resultado difícil alcanzar esta hazaña académica.

Infinita gratitud con los maestros y amigos Luis Alberto Torres Tarazona y Josué Otto de Quesada Varona, por dejar en mí el indeleble amor por la academia y la investigación.

Gracias por todo el apoyo y colaboración para la realización de esta investigación a Fabio Arias Giraldo, Luis Alejandro Pedraza, al capitán Roberto Ballén Bautista, a los doctores Guillermo Botero Nieto, Eduardo Visbal Rey, Ana Rocío Niño Pérez, Henry Ortegón Hernández, Iván Daniel Jaramillo Jassir, Francisco Javier Serna Giraldo y demás personas de la Federación Nacional de Comerciantes, la Central Unitaria de Trabajadores, la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles y la Escuela Nacional Sindical que hicieron posible este trabajo.

Dedicado especialmente a todos aquellos trabajadores, empresarios, profesionales, servidores públicos, estudiantes, académicos, docentes, artistas, líderes sociales, activistas y demás personas, que día a día aportan su grano de arena para consolidar un cambio en aras de construir una Colombia mejor.

**AUTORIDADES ACADÉMICAS
UNIVERSIDAD LIBRE**

FUNDADOR

BENJAMÍN HERRERA CORTÉS

IDEÓLOGO

JORGE ELIÉCER GAITÁN

PRESIDENTE NACIONAL

JORGE ORLANDO ALARCÓN NIÑO

VICEPRESIDENTE NACIONAL

JORGE GAVIRIA LIÉVANO

RECTOR NACIONAL

FERNANDO D'JANON RODRÍGUEZ

CENSOR NACIONAL

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

SECRETARIO GENERAL

FLORO HERMES DE SAN JOSÉ GÓMEZ PINEDA

PRESIDENTE SECCIONAL

JULIO ROBERTO GALINDO HOYOS

RECTOR SECCIONAL

JESÚS HERNANDO ÁLVAREZ MORA

DECANO FACULTAD DE DERECHO

FERNANDO ARTURO SALINAS SUÁREZ

SECRETARIA ACADÉMICA

ANA ROCÍO NIÑO PÉREZ

DIRECTOR CENTRO DE INVESTIGACIONES

JOHN FITZGERALD MARTÍNEZ VARGAS

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	12
1. SINOPSIS SOBRE EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS ACTUACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DEL TRABAJO	16
1.1. Actuaciones administrativas de oficio del Ministerio del Trabajo y el derecho de negociación colectiva en el caso Acdac-Avianca.....	16
1.2. Referentes normativos del derecho de negociación colectiva.....	18
<i>1.2.1. Bloque de constitucionalidad.....</i>	<i>18</i>
<i>1.2.2 Constitución Política.....</i>	<i>20</i>
<i>1.2.3. Leyes</i>	<i>23</i>
<i>1.2.4. Decretos</i>	<i>25</i>
1.3. Referentes jurisprudenciales del derecho de negociación colectiva	28
<i>1.3.1. Corte Constitucional</i>	<i>28</i>
<i>1.3.2. Corte Suprema de Justicia</i>	<i>30</i>
1.4. El derecho de negociación colectiva en la historia	32
<i>1.4.1. La negociación colectiva en la historia mundial</i>	<i>32</i>
1.4.1.1. Revolución industrial y liberalismo económico (Siglo XVIII)	32
1.4.1.2 Modelo de producción Taylorista-Fordista (finales del Siglo XIX – Inicios del Siglo XX).....	33
1.4.1.3. Adopción del convenio 98 por parte de la OIT (1949).....	34
1.4.1.4. Revolución mundial de 1968	34
1.4.1.5. Globalización: flexibilización laboral y deslocalización de las formas de producción (años noventa - actualidad).....	35
<i>1.4.2. La negociación colectiva en la historia colombiana</i>	<i>36</i>
1.4.2.1. Reglamentación del derecho de huelga y creación de la etapa de negociación (1919).....	36
1.4.2.2. Ampliación de la negociación colectiva a sindicatos de rama (1931)	37
1.4.2.3. Intervencionismo estatal en la negociación (1948-1950).....	37

1.4.2.4. Expedición del Código Sustantivo del Trabajo (1950).....	38
1.4.2.5. Protección especial al derecho de negociación (1965).....	38
1.4.2.6. Constitucionalización del derecho de negociación colectiva (1991).....	39
1.5. Análisis conceptual para la comprensión del problema jurídico de investigación	39
1.5.1. <i>Conceptualización del derecho de negociación colectiva</i>	39
1.5.2. <i>Conceptualización del derecho a la libertad sindical</i>	41
1.5.3. <i>Conceptualización de la función administrativa</i>	43
1.5.4. <i>Explicación del problema jurídico de investigación</i>	45
1.6. Estudio del estado del arte	47
1.7. Referentes teóricos.....	56
2. COMPORTAMIENTO DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PRAXIS JURÍDICA SINDICAL EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS QUE BRINDA EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO.....	64
2.1. Planteamiento del método etnometodológico de investigación, unidad de análisis y categorías	64
2.2. Cuestionarios aplicados a la población objeto de estudio.....	66
2.3. Población metodológica y criterios de selección.....	71
2.4. Implementación del método etnometodológico de investigación.....	76
2.4.1. <i>Valoración del comportamiento de la categoría I desde la perspectiva de las organizaciones sindicales</i>	76
2.4.2. <i>Valoración del comportamiento de la categoría I desde la perspectiva de los gremios empresariales</i>	77
2.4.3. <i>Valoración del comportamiento de la categoría I desde la perspectiva de profesionales del derecho laboral</i>	79
2.4.4. <i>Valoración del comportamiento de la categoría II desde la perspectiva de las organizaciones sindicales</i>	80
2.4.5. <i>Valoración del comportamiento de la categoría II desde la perspectiva de los gremios empresariales</i>	82

2.4.6. Valoración del comportamiento de la categoría II desde la perspectiva de profesionales del derecho laboral.....	83
2.4.7. Valoración del comportamiento de la categoría III desde la perspectiva de las organizaciones sindicales	88
2.4.8. Valoración del comportamiento de la categoría III desde la perspectiva de los gremios empresariales.....	91
2.4.9. Valoración del comportamiento de la categoría III desde la perspectiva de profesionales del derecho laboral.....	91
2.5. Conclusión valorativa del comportamiento de la unidad de análisis	93
2.5.1. Disfuncionalidad práctica de la ley	93
2.5.2. Incremento de pactos colectivo de trabajo y de contratos sindicales	94
2.5.3. Papel del Ministerio del Trabajo en los conflictos colectivos	95
2.5.4. Esquema de acción y convocatoria de los Tribunales de Arbitramento	96
2.5.5. Rol de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales.....	97
2.6. Respuesta a la pregunta de investigación	98
3. MECANISMO PARA LA PRESERVACIÓN DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES EN EL PROCESO DE CONVOCATORIA A TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO OBLIGATORIO	101
3.1. Teoría de las instituciones de Garantía de Luigi Ferrajoli como brecha metodológica de la presente investigación.....	105
3.2. Solución al problema jurídico de investigación con base en la teoría de las instituciones de garantía de Ferrajoli.....	109
3.3. Principios jurídicos priorizados con la solución al problema jurídico.....	114
3.3.1. Principio de legalidad	114
3.3.2. Seguridad jurídica	118
3.4. Validación cualitativa de la solución propuesta al problema jurídico de investigación	124

3.5. Implementación del mecanismo de garantía del derecho de negociación colectiva en el proceso de convocatoria e integración del tribunal de arbitramento..... 127

4. CONCLUSIONES..... 135

5. REFERENCIAS..... 139

ANEXOS..... 149

TABLA DE GRÁFICAS

Gráfica N° 1. Unidad de análisis y categorías del método etnometodológico aplicado en la presente investigación.....	65
Gráfica N° 2. Triangulación metodológica de validación de la hipótesis de investigación.....	104
Gráfica N° 3. Procedimiento de convocatoria e integración del tribunal de arbitramento en la actualidad.....	129
Gráfica N° 4. Procedimiento de convocatoria e integración del tribunal de arbitramento de acuerdo a la solución propuesta.....	132

TABLA DE CUADROS

Cuadro N° 1. Cuestionario aplicado a los representantes de las organizaciones sindicales	67
Cuadro N° 2. Cuestionario aplicado a las representantes de los gremios empresariales	68
Cuadro N° 3. Cuestionario aplicado a profesionales del derecho expertos en asuntos colectivos de trabajo.....	70
Cuadro N° 4. Representantes de las organizaciones sindicales entrevistados	72
Cuadro N° 5. Representantes de los gremios empresariales entrevistados	73
Cuadro N° 6. Profesionales del derecho entrevistados, expertos en derecho colectivo del trabajo	75

INTRODUCCIÓN

El artículo 55 de la Constitución Política de Colombia estipuló la garantía del derecho de negociación colectiva para la regulación de las relaciones laborales, así como el deber del Estado de promover la concertación y demás mecanismos para llevar a buen puerto la solución de los conflictos colectivos de forma pacífica.

La Organización Internacional del Trabajo en diversos pronunciamientos¹ ha establecido que en aquellos casos en los que el derecho a la huelga se encuentra restringido se les debe brindar a los trabajadores garantías compensatorias que básicamente se traducen en procedimientos de conciliación, negociación y arbitraje celeros, en los cuales se garantice la participación de las partes en todas las etapas para llegar a una solución pacífica y concertada de los conflictos colectivos de trabajo.

Es así como el Congreso de la República mediante las leyes 278 de 1996 y 1012 de 2008 le atribuyó a una subcomisión de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales la facultad para intervenir de manera oficiosa o por solicitud de las partes en conflicto colectivo de trabajo. La comisión tiene por finalidad ejercer una labor de mediación y acercamiento entre las partes por un periodo determinado; el cual una vez vencido, dará lugar a la posibilidad de llevar el conflicto a conocimiento de un tribunal de arbitramento. El presidente de la república mediante el decreto 1072 de 2015 expidió el decreto único del sector trabajo, el cual en su título 2, parte 2, libro 2, capítulo 9 (adicionado por el decreto 017 de 2016 del Ministerio del Trabajo) contiene las disposiciones relativas a la convocatoria y conformación de los tribunales de arbitramento tanto obligatorios como voluntarios.

La norma es clara en definir que la convocatoria a un tribunal de arbitramento para la solución de los conflictos colectivos de trabajo les corresponde a las partes (empleador y sindicato);

¹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Principios de la OIT sobre el derecho a la huelga.

en ningún apartado legal se hace referencia a facultades oficiosas de dicha entidad para la convocatoria del mecanismo en mención.

La intervención del Ministerio del Trabajo como autoridad administrativa que culminó con la convocatoria a tribunal de arbitramento en el conflicto colectivo de trabajo suscitado entre la compañía Aerovías del Continente Americano –Avianca y la organización sindical Asociación Colombiana de Aviadores Civiles- Acdac es contraria a las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico colombiano (ley 278 de 1996, ley 1012 de 2008, decreto ley 4110 de 2011 y Decreto 1072 de 2015), convenciones y recomendaciones de la OIT toda vez que con la convocatoria efectuada al referido mecanismo alternativo de solución de conflictos se vulneraron los derechos de la libertad sindical de los trabajadores vinculados a la Acdac y en especial su derecho a la negociación colectiva, el cual se encuentra revestido de una protección especial debido a la prohibición que recae sobre los trabajadores del transporte aéreo de ejercer su derecho humano a la huelga al ser contemplada dicha actividad como servicio público esencial por parte del legislador.

En ese orden de ideas, la presente investigación tiene como propósito responder a la siguiente pregunta:

¿Cómo preservar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores sindicalizados de los servicios públicos esenciales respecto de las actuaciones contrarias a la legalidad que realiza el Ministerio del Trabajo en el procedimiento de convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio?

En situaciones como la acontecida en el conflicto colectivo entre la Acdac y Avianca no resulta descabellado hablar de una crisis de legalidad y del Estado social de derecho, más aún cuando resultan afectados derechos esenciales en el ámbito laboral como consecuencia del actuar arbitrario de un organismo del Estado. En ese contexto el maestro Luigi Ferrajoli planteó desde inicios de la década de los dos mil la teoría de las instituciones de garantía para

los derechos de los ciudadanos como alternativa que va a poner fin a la crisis de legalidad que se ha experimentado en los últimos tiempos, incluso en los estados más democráticos.

En ese sentido, si la esencia del modelo de Estado social de derecho instaurado por la Constitución Política de 1991 demanda la efectiva realización material de los derechos y libertades de los trabajadores de los servicios públicos esenciales, es necesario instaurar en el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento un mecanismo para la preservación del derecho de negociación colectiva, a la luz de la teoría de las instituciones de garantía de Luigi Ferrajoli, con el fin de eliminar las actuaciones de oficio que caprichosamente realiza el Ministerio de Trabajo como autoridad administrativa de la rama ejecutiva del poder público, en el procedimiento de convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio en los conflictos colectivos de trabajo. Tales actuaciones oficiosas entran en conflicto con las libertades sindicales lo que finalmente constituye un detrimento para el derecho de negociación colectiva, acentuando la inseguridad jurídica y la desconfianza en las instituciones del Estado.

El presente trabajo de investigación se desarrolla desde la dimensión de la legalidad de las ciencias jurídicas y tiene por enfoque el estructuralismo jurídico, el cual, constituye la herramienta fundamental en el diagnóstico cualitativo de la situación socio jurídica problemática. El objetivo primordial es proyectar un mecanismo desde la teoría de la institución de garantía para la preservación del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores sindicalizados de los servicios públicos esenciales en el procedimiento de convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio.

En primer capítulo se realiza un análisis de las acciones del Ministerio del Trabajo contrarias al principio de legalidad de las actuaciones administrativas que lesionan el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores sindicalizados de los servicios públicos esenciales en el procedimiento de convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio. En el segundo capítulo se analiza el comportamiento del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores sindicalizados al interior del Estado social de derecho, mediante la aplicación

del método etnometodológico de investigación científica a representantes de los sectores involucrados en un conflicto colectivo de trabajo, esto es, empresarios, organizaciones sindicales y abogados expertos en derecho colectivo del trabajo.

Por último se realiza una explicación, por medio de la teoría de las instituciones de garantía de Luigi Ferrajoli, de la necesidad de implementar un mecanismo para la preservación del ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores sindicalizados de los servicios públicos esenciales, en el marco del procedimiento de convocatoria a tribunal de arbitramento, con el propósito de que las actuaciones administrativas brinden seguridad jurídica a la luz del principio de legalidad.

1. SINOPSIS SOBRE EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LAS ACTUACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DEL TRABAJO

1.1. Actuaciones administrativas de oficio del Ministerio del Trabajo y el derecho de negociación colectiva en el caso Acdac-Avianca

Conforme a la solicitud de otorgamiento de medidas cautelares² elevada por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia –CUT ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se presentó violación de los derechos propios de la libertad sindical, específicamente el derecho a la negociación colectiva, de los trabajadores agremiados en la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles - Acdac debido a la expedición de la Resolución N° 3744 de 2017³ del Ministerio del Trabajo en la cual se convocó *motu proprio* a un tribunal de arbitramento obligatorio para la resolución del conflicto colectivo de trabajo que se presentó desde el mes de septiembre a noviembre de 2017 entre la compañía Aerovías del Continente Americano – Avianca y los pilotos aéreos vinculados a la mencionada organización sindical. El Ministerio del Trabajo desbordó sus facultades legales, en especial, las conferidas por el decreto ley 4110 de 2011 y del Decreto 1072 de 2015, modificado por el Decreto 017 de 2016, vulnerando las garantías constitucionales de la negociación colectiva previstas en los artículos 39 y 55 de la Carta Fundamental colombiana, así como en convenios y recomendaciones de la OIT que forman parte del ordenamiento jurídico interno en rango de norma fundamental en virtud del bloque de constitucionalidad.

El Ministerio del Trabajo mediante la expedición oficiosa⁴ de la Resolución N° 3744 del 28 de septiembre de 2017, que convocó e impuso un tribunal de arbitramento obligatorio en el

² Documento de fecha 09 de octubre de 2017 suscrito por Víctor Báez Mosquera, secretario general de la Confederación Sindical de trabajadores y trabajadoras de las Américas – CSA, Luis Alejandro Pedraza, presidente de la CUT, Fabio Arias Giraldo, secretario ejecutivo de la CUT y el capitán Jaime Hernández Sierra, presidente de la Acdac. Anexo N° 1.

³ Anexo N° 2

⁴ COLOMBIA, Ministerio del Trabajo. Respuesta al cuestionario de las proposiciones 017 y 018 de 2017 para debate sobre "intervención al conflicto de AVIANCA-ACDAC y servicio público esencial de transporte aéreo y

conflicto colectivo de trabajo entre Avianca y Acdac, vulneró el derecho a la negociación colectiva de los aviadores vinculados a la organización sindical al realizar por cuenta propia la convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio⁵. De esta manera se les privó de la oportunidad de haber encontrado una solución concertada al conflicto durante el tiempo restante en el que la subcomisión no pudo intervenir por encontrarse convocado el tribunal de arbitramento.

La intervención del Ministerio del Trabajo como autoridad administrativa configuró un exceso de poder contrario a las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico colombiano (artículo 55 constitucional, ley 278 de 1996, ley 1012 de 2008, decreto ley 4110 de 2011 y Decreto 1072 de 2015, modificado por el Decreto 017 de 2016), convenciones y recomendaciones de la OIT toda vez que con la imposición del referido mecanismo alternativo de solución de conflictos se vulneraron los derechos de la libertad sindical de los trabajadores vinculados a la Acdac y en especial su derecho a la negociación colectiva, el cual se encuentra revestido de una protección especial debido a la prohibición que recae sobre los trabajadores del transporte aéreo de ejercer su derecho humano a la huelga al ser contemplada dicha actividad como servicio público esencial por parte del legislador.

Las funciones que se atribuyen oficiosamente las autoridades administrativas como el Ministerio del Trabajo en la resolución de los conflictos colectivos de trabajo que surgen entre los empleadores y sindicatos de trabajadores de los servicios públicos esenciales reconocidos, en algunas situaciones es contraria a las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico colombiano, así como las convenciones y recomendaciones de la OIT toda vez que al efectuarse la convocatoria a tribunal de arbitramento sin previa solicitud de las partes y sin el cumplimiento de los plazos legalmente establecidos se vulnera el derecho

cese de actividades de los pilotos de Avianca convocado por los representantes a la Cámara Víctor Javier Correa Vélez y Martha Patricia Villalba Hodwalker. Págs. 8 y 11. [en línea] Disponible en: <<http://www.camara.gov.co/c6-proposicion-no-017-del-10-de-octubre-de-2017>> [citado el 10 de febrero de 2018]. Anexo N° 3.

⁵ COLOMBIA, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de decisión Laboral. Sentencia del 6 de octubre de 2017. Expediente N° 0020170217101.

a la negociación colectiva de los trabajadores sindicalizados, el cual es pilar fundamental de las libertades sindicales y se encuentra revestido de protección y garantías compensatorias especiales debido a la restricción que recae sobre los trabajadores del transporte aéreo para ejercer su derecho humano a la huelga, al ser contemplada dicha actividad como servicio público esencial por parte del legislador.

1.2. Referentes normativos del derecho de negociación colectiva

1.2.1. Bloque de constitucionalidad

La Organización Internacional del Trabajo en su labor de preservar la convivencia, paz y estabilidad de las relaciones laborales en el mundo adoptó dos convenios que se consideran, junto con la Constitución de la Organización contenida en el tratado de Versalles de 1919 y la Declaración de Filadelfia, orientadores de los objetivos de la organización; tales convenios son el N° 87 y el N° 98.

La Conferencia Internacional del Trabajo reunida en 1948 adoptó el Convenio N° 87, sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación, en el que se reconoce el derecho tanto de las asociaciones de empleadores como de trabajadores para organizar sus actividades y formular planes de acción (artículo 3), lo cual incluye el ejercicio de todas aquellas actividades legítimas para la defensa de los intereses comunes de los asociados y entre ellas, el derecho de negociar los pliegos de peticiones presentados al empleador. Por tanto, el derecho de negociación colectiva se encuentra ampliamente relacionado con el derecho de las organizaciones de trabajadores a organizarse y formular planes de acción en pro del fomento y defensa de los derechos de los trabajadores sindicalizados.

El artículo 3 de este convenio impone a los Estados la obligación de abstenerse de toda intervención que tienda a limitar estos derechos o a entorpecer su ejercicio; el artículo 2, numeral 8, estipula que las legislaciones nacionales no podrán ser aplicadas de tal manera

que menoscaben los derechos reconocidos en el convenio 87⁶. Dicha normatividad internacional fue adoptada por el Congreso de la República mediante la ley 26 de 1976.

Por su parte el Convenio N° 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva adoptado en 1949, estipula en su artículo 4 que *“deberán adoptarse medidas adecuadas para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de trabajadores el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria con el objetivo de reglamentar mediante contratos colectivos las condiciones de trabajo”*⁷. Por ello se colige que el derecho de negociación colectiva debe ser garantizado por parte del Estado de tal manera que sus procedimientos se desarrollen de manera libre y voluntaria, sin ningún tipo de presión de agentes externos al conflicto. Las partes en el ejercicio de sus derechos de autonomía y negociación colectiva están en la capacidad de reglamentar las condiciones de trabajo y demás prestaciones que van a regir la ejecución del contrato de trabajo, por lo cual el derecho de negociación resulta indispensable para equilibrar la relación entre capital y trabajo.

El convenio N° 98 fue adoptado por el órgano legislativo colombiano en la ley 27 de 1976.

La Conferencia General de la OIT reunida en Ginebra en el año 1981 adoptó el convenio N° 154 concerniente al fomento de la negociación colectiva, aprobado por el Estado colombiano en 1999 mediante la ley 524. La suscripción del convenio obedeció al rol que juega el derecho de negociación como garante en la preservación de la paz social, la cooperación y una mayor eficiencia del mercado laboral, por lo cual se le considera piedra angular de cualquier democracia y de toda economía de mercado desarrollada⁸. Este convenio desarrolla las

⁶ OIT, Conferencia General. Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación. San Francisco, 1948. p. 2.

⁷ OIT, Conferencia General. Convenio N° 98 sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva. Ginebra, 1949. p. 2.

⁸OIT. Guía sobre legislación del trabajo. [en línea] Disponible en: <<http://www.ilo.org/legacy/spanish/dialogue/ifpdial/llg/noframes/ch3.htm>> [citado el 30 de marzo de 2018].

aspiraciones contenidas en el convenio N° 98 en el tema del derecho de negociación colectiva.

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 8, literal C, establece que “*los Estados partes en el pacto se comprometen a garantizar: El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos*”⁹. Como es bien sabido uno de los mecanismos que les permite a los sindicatos alcanzar sus objetivos es el derecho a la negociación colectiva, razón por la cual no solamente los convenios y recomendaciones de la OIT imponen la obligación a los Estados partes de protegerlo y fomentarlo, también instrumentos de derechos humanos como el que se está comentando. El derecho de asociación sindical junto con los demás derechos y libertades que lo secundan no podrán ser limitados a menos que la ley y los intereses de una sociedad democrática los establezcan.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales forma parte integral de la Carta Internacional de Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

1.2.2 Constitución Política

El derecho a la negociación colectiva encuentra sustento a lo largo del articulado de la Constitución Política colombiana de 1991. En el preámbulo, que entre otras cosas está dotado de facultades vinculantes¹⁰, se establece el querer del constituyente de asegurar a los habitantes del territorio colombiano el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la

⁹ MÉXICO, Comisión Nacional de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo. México, D.F.: Publicaciones de la Comisión Nacional de DD.HH., 2012. p. 11.

¹⁰ Al respecto ver la sentencia C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

libertad y la paz dentro de un marco jurídico democrático y participativo, todos ellos de especial relevancia para el derecho de negociación colectiva ya que no es posible concebir la justicia, la libertad y la paz en las relaciones de trabajo sin la negociación en cabeza de los trabajadores. La negociación colectiva es el instrumento por excelencia que permite equilibrar las desigualdades de las relaciones laborales en las cuales el sector trabajador es el más débil, haciendo uso de lo que algunos doctrinantes llaman “democracia laboral” que les permite a los trabajadores participar en las decisiones empresariales acerca de sus condiciones de trabajo.

El artículo 1 establece que Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de república democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran. En ese sentido la negociación colectiva armoniza y democratiza las relaciones laborales al permitir el diálogo social al interior de las empresas en búsqueda de beneficios comunes a todos los trabajadores y al empleador que dignifican desde una perspectiva de los derechos humanos las relaciones laborales.

Según el artículo 2 uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos, deberes y libertades consagrados en la norma de normas para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden social justo. Es deber del Estado promover políticas de concertación y diálogo en el marco de las relaciones laborales que permitan a las partes en un conflicto colectivo de trabajo encontrar una solución concertada, motivo por el cual las autoridades de todos los niveles de la organización administrativa están en el deber de garantizar su realización.

La cláusula de igualdad del texto constitucional prescribe en el segundo inciso del artículo 13 que se promoverán las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, no solo en el plano social sino también en las relaciones laborales. Como se ha dicho, las relaciones entre empleadores y trabajadores carecen de igualdad dado que el extremo de la relación que cuenta con el dominio de los medios de producción se encuentra mucho más privilegiado que

el otro extremo que solamente posee su fuerza de trabajo. En este contexto el derecho de negociación colectiva posibilita equilibrar la relación laboral para ayudar a cerrar la brecha existente materializando la el derecho a la igualdad puesto que es más dable que los trabajadores agrupados en una asociación sindical negocien con el empresario las condiciones laborales a que lo haga un trabajador individualmente considerado. La negociación colectiva constituye entonces un contrapeso al poder que ostenta en capital.

Un derecho fundamental, y a su vez deber, de los residentes en Colombia es la paz (artículo 22). Desde una perspectiva constitucional, la paz no debe ser entendida como la ausencia de conflictos sino como la posibilidad de tramitarlos pacíficamente. La Corte Constitucional ha establecido que *“no debe ser la pretensión del Estado social de derecho negar la presencia de los conflictos, ya que éstos son inevitables la vida en sociedad. Lo que sí puede y debe hacer el Estado es proporcionales cauces institucionales adecuados, ya que la función del régimen constitucional no es suprimir el conflicto -inmanente a la vida en sociedad- sino regularlo, para que sea fuente de riqueza y se desenvuelva de manera pacífica y democrática”*¹¹. El derecho a la negociación colectiva materializa ese derecho-deber de la paz en las relaciones de trabajo, la cual, debido a la condición humana de sus intervinientes aunado a los factores económicos que entran en choque con la fuerza de trabajo, siempre va a estar en suspenso, pues el conflicto tiende a estar presente. Mediante el diálogo social y la búsqueda de consensos en los conflictos colectivos es posible alcanzar un clima de paz al interior de las relaciones laborales.

El artículo 25 indica que el trabajo es un derecho y una obligación social que goza de especial protección del Estado, toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas. La protección especial del trabajo por parte del Estado debe hacerse extensiva a los derechos laborales de los trabajadores tanto en su aspecto individual como colectivo. Para lograr materialmente condiciones dignas y justas de trabajo es indispensable que las autoridades de la república protejan en debida forma el derecho de negociación colectiva como elemento

¹¹ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

que permite el dialogo y la concertación para el establecimiento de relaciones justas que vinculen a trabajadores y empleadores. artículo 53 relativo al Estatuto del Trabajo incorpora la legislación interna los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia, por ello los convenios y recomendaciones de la OIT junto con los tratados sobre derechos humanos laborales ratificados por el Congreso de la República son parte integrante del ordenamiento jurídico en rango del bloque de constitucionalidad. La aplicación de las medidas que permitan desarrollar el derecho de negociación colectiva debe ser interpretada no solamente desde el texto constitucional sino desde los tratados sobre la materia.

En el artículo 55 el constituyente garantizó expresamente el derecho a la negociación colectiva para regular las relaciones laborales con las excepciones que señale la ley. En virtud de este mandato los trabajadores tienen el derecho de presentar al empleador pliegos de peticiones a fin de establecer los lineamientos que rigen la relación de trabajo y obtener mejores condiciones para el desempeño de las labores. Los pliegos no son una imposición unilateral, pues el derecho de negociación colectiva es la ruta para establecer concesiones recíprocas que lleven a la suscripción de una convención para fijar las relaciones mutuas durante un periodo de tiempo.

Para lo anterior, en concordancia con el inciso segundo del artículo 56 una comisión permanente de naturaleza tripartita integrada por el gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores debe fomentar las buenas relaciones laborales, contribuir a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertar las políticas salariales y laborales. Dicha comisión fue creada mediante la ley 276 de 1996 que será detallada en los referentes normativos del derecho de negociación colectiva.

1.2.3. Leyes

El congreso de la República en el año 1996 con el objetivo de reglamentar el inciso segundo del artículo 56 de la Constitución Política expidió la ley 278 que dio vida a la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, que se encuentra adscrita al

Ministerio del Trabajo. En cuanto al derecho de negociación colectiva se refiere, esta comisión tiene las siguientes funciones: i) Fomentar las buenas relaciones laborales con el fin de lograr la justicia dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social; ii) Contribuir a la solución de los conflictos colectivos de trabajo, contemplados en el título II de la parte segunda del Código Sustantivo de Trabajo; iii) el artículo 9 prescribe que en los conflictos colectivos del trabajo, una vez terminada la etapa de arreglo directo, cualquiera de los sectores representados en la comisión (trabajadores, empleadores y gobierno) podrá solicitar que ésta sea convocada con el objeto de oír a las partes en conflicto. Estos actuarán como amigables componedores, pudiendo proponer fórmulas de arreglo tendientes a solucionar el conflicto colectivo sin que la renuencia de las partes para concurrir sea impedimento para desempeñar su función.

De la redacción de la norma se infiere que la comisión podrá ser convocada en cualquier momento, con lo cual en el proceso de negociación colectiva se le da preferencia al dialogo y la concertación pacífica a los conflictos antes que otras medidas como los tribunales de arbitramento.

Mediante la ley 1012 de 2008 el legislador modificó el artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo 448 en cuanto a las funciones de las autoridades en los conflictos colectivos de trabajo. Cuando una huelga se prolongue por más de 60 días sin que las partes logren encontrar una solución al conflicto, durante los 3 días hábiles siguientes podrán convenir cualquier mecanismo de composición, conciliación o arbitraje. Si vencido este último término las partes no logran ponerse de acuerdo intervendrá de oficio o a solicitud de las partes la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales o una subcomisión nombrada por aquella que contará con un término de cinco días hábiles para desempeñar su labor de acercamiento de las partes.

Si expirado el término de los cinco días hábiles no fuese posible llegar a una solución, ambas partes deberán solicitar al Ministerio del Trabajo la convocatoria a un tribunal de arbitramento.

Pero para activar la intervención de la Comisión no necesariamente se deben cumplir todos los términos anteriormente expuestos, pues último inciso de la norma referida es claro en afirmar que sin perjuicio de lo anterior, la Comisión podrá ejercer sus funciones en concordancia con el artículo 9 de la ley 278 de 1996. Por lo anterior, los plazos establecidos en la ley 1210 de 2008 para la intervención de la comisión son facultativos y no es requisito agotarlos en su totalidad para efectuar la mediación en los conflictos colectivos que lleven a buen puerto un acuerdo entre las partes.

Por su parte el Código Sustantivo el Trabajo en su artículo 434 determina el tiempo de duración de la negociación del pliego de peticiones presentado al empleador en un término de 20 días calendario prorrogables de común acuerdo hasta por 20 días adicionales. Esta es la denominada etapa de arreglo directo de los conflictos colectivos de trabajo. De una lectura juiciosa del apartado constitucional y del bloque de constitucionalidad así como de la ley 278 de 1996 y 1098 de 2008 resulta acertado afirmar que el derecho de negociación colectiva no termina con la finalización de la etapa de arreglo directo en los términos del estatuto laboral, sino que por el contrario, el dialogo puede continuar hasta antes de que sea convocado el tribunal de arbitramento previa solicitud de ambas o una de las partes.

1.2.4. Decretos

El decreto 4108 de 2011 modificó la estructura y los objetivos del recién escindido Ministerio del Trabajo, que durante 8 años permaneció fusionado con el Ministerio de Salud en el antiguo Ministerio de la Protección Social.

Entre más de una veintena de objetivos del Ministerio del Trabajo resaltan el respeto por los derechos fundamentales y las garantías de los trabajadores, la promoción y protección del entendimiento y dialogo social para el buen desarrollo de las relaciones laborales. En cuanto a las funciones del Ministerio relacionadas con el derecho de negociación colectiva se encuentran: i) fijar las políticas necesarias para y vigilancia de la protección de los derechos

al trabajo, a la asociación y a la huelga conforme a las disposiciones constitucionales y legales vigentes; ii) ejercer inspección, control y vigilancia del cumplimiento de las normas sustantivas y procedimentales en materia de trabajo y empleo, iii) formular, dirigir e implementar políticas dirigidas al cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de empleo, trabajo decente, derechos humanos laborales tales como la asociación, libertad y autonomía sindical.

La función principal del ministro del trabajo atinente al derecho de negociación colectiva consiste en estimular y promover el desarrollo de una cultura en las relaciones laborales que propenda por el diálogo, la conciliación y la celebración de los acuerdos que consoliden el desarrollo social y económico, el incremento de la productividad, la solución directa de los conflictos individuales y colectivos de trabajo y la concertación de las políticas salariales y laborales.

El viceministro de relaciones laborales e inspección tiene como función en el desarrollo del derecho de negociación colectiva i) promover el diálogo social en el marco de las relaciones laborales y el fortalecimiento de la protección laboral, y la autocomposición como mecanismo de resolución de conflictos en las relaciones laborales; ii) Promover la concertación para el fortalecimiento de las relaciones empleador-trabajador y el respeto de los convenios y tratados internacionales; iii) Asesorar al ministro en las iniciativas para cumplir los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos laborales y los requerimientos de la OIT; iv) Convocar los tribunales de arbitramento en los casos previstos en la ley.

Es importante mencionar que en el articulado del decreto 4108 de 2011, no se atribuyen al Ministerio del Trabajo facultades oficiosas en la convocatoria a tribunales de arbitramento para la solución de conflictos colectivos. Tampoco se mencionan facultades oficiosas relacionadas con este ámbito en ninguna otra normatividad vigente.

El decreto único reglamentario del sector trabajo N° 1072 de 2015 en su capítulo 9, libro 2, parte 2, título 2, adicionado por el artículo 1 del decreto nacional 017 de 2016 establece el procedimiento para la convocatoria e integración de tribunales de arbitramento para la solución de los conflictos colectivos de trabajo. La norma no hace distinción entre tribunal de arbitramento obligatorio y voluntario puesto que establece un único procedimiento para la convocatoria de los mismos. Los artículos 2.2.2.9.2 y 2.2.2.3 hacen referencia al contenido que debe reunir la solicitud de los trabajadores o del empleador para que el Ministerio avale el procedimiento y realice la convocatoria a tribunal de arbitramento. Si las solicitudes cumplen con los requisitos exigidos el Ministerio expedirá una constancia y comunicará a los árbitros designados (por las partes en la solicitud) para que tomen posesión.

Una vez se posesionen los árbitros y se cumplan con los requisitos dispuestos, el Ministerio del Trabajo por conducto del Viceministerio de Relaciones Laborales expedirá una resolución en la cual convoca e integra el tribunal de arbitramento. En la normatividad en comento no se hace referencia a facultades oficiosas del Ministerio en el procedimiento de convocatoria e integración del tribunal.

Se observa que de conformidad con la situación socio jurídica problemática expuesta, el Ministerio del Trabajo no cumplió con la normatividad prevista en el orden jurídico para proceder a la convocatoria del tribunal de arbitramento en el conflicto colectivo entre Acdac y Avianca, puesto que el tribunal fue convocado de manera oficiosa, sin previa solicitud elevada por las partes como lo dispone el ordenamiento jurídico. La convocatoria oficiosa del tribunal de arbitramento es contraria a la finalidad del Ministerio de propender por el diálogo, la concertación y la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo, situación que vulneró el derecho de negociación colectiva y autonomía sindical de las partes.

1.3. Referentes jurisprudenciales del derecho de negociación colectiva

1.3.1. Corte Constitucional

La honorable Corte Constitucional a lo largo de su vigencia operativa ha efectuado varios pronunciamientos que son tomados como referentes para el desarrollo del derecho a la negociación colectiva en el ámbito laboral.

En la sentencia C-112 de 1993 la corte sostiene que el derecho de negociación colectiva es inherente al derecho de sindicalización y es considerada como el mecanismo idóneo para fijar las condiciones de empleo de quienes están ligados por un contrato de trabajo¹². La negociación colectiva se mueve dentro de unos márgenes económicos (ley de la oferta y la demanda) y jurídicos (los derechos constitucionales, internacionales y legales), que tienen como fundamento de su margen de discrecionalidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las partes, las cuales autónomamente pueden acordar las condiciones prestacionales y laborales concretas. Por lo anterior se puede afirmar que el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el establecimiento de las condiciones de trabajo es desarrollado mediante el derecho de negociación.

Estima la corte en ese mismo pronunciamiento que la negociación colectiva concreta el principio de igualdad material, lo cual significa que al momento de negociar entre un patrono y un trabajador las condiciones prestacionales y salariales, aquél se encuentra posicionado en condiciones de franca superioridad sobre éste. Para compensar tal desequilibrio, la Constitución y los instrumentos internacionales han previsto el mecanismo de la negociación colectiva que intenta posicionar en iguales condiciones a los empleadores y trabajadores¹³. Para lo anterior, es importante generar la práctica del diálogo y concertación que por muchos años ha señalado la OIT como una forma de evitar los conflictos laborales y afianzar un clima de tranquilidad social y paz ciudadana.

¹² COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-112 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹³ *Ibíd.*

La corte ha manifestado que la vulneración del derecho de negociación colectiva implica el desconocimiento de los convenios 87 y 98 de la OIT, lo que equivale a desconocer el mandato del artículo 53 de la Constitución Política que incorpora a la legislación interna los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados¹⁴, los cuales constituyen una fuente de derecho para la aplicación de los derechos y deberes contenidos en la carta¹⁵.

En la sentencia C-009 de 1994 la corte estimó que dentro del Estado social de derecho que preconiza nuestra constitución la negociación colectiva como parte integrante del colectivo del trabajo constituye

(...) un instrumento valioso y apropiado para hacer realidad la justicia social en las relaciones entre patronos y trabajadores, la vigencia de un orden justo, la convivencia tranquila, mediante la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo, y el reconocimiento a la dignidad humana en la persona del trabajador, a través de la regulación de las condiciones de trabajo, en lo que atañe al derecho individual del trabajo y de la seguridad social, que asegure a las personas el derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas¹⁶.

De acuerdo a este pronunciamiento, la negociación colectiva constituye un medio para que los trabajadores y las asociaciones sindicales defiendan sus intereses económicos y sociales, en lo relativo a la obtención de mejoras en las condiciones de trabajo y reivindicaciones en el ámbito de la respectiva profesión u oficio, como también en la implementación de políticas gubernamentales en los campos económico y social.

¹⁴ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-009 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁶ *Ibíd.*

1.3.2. Corte Suprema de Justicia

Para la Sala Laboral de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la negociación colectiva es uno de los derechos básicos de los trabajadores¹⁷, e indiscutiblemente la convención colectiva fruto del ejercicio de concertación mediante el derecho de negociación es fuente formal del derecho, de creciente importancia en el moderno mundo del trabajo, que se alimenta de los avances que han obtenido los derechos de la libertad sindical debido a la necesidad de mecanismos que procuren la paz en las relaciones laborales. Porque *“la negociación colectiva es resultado del derecho a la sindicalización y es al mismo tiempo el mecanismo natural para la solución de conflictos colectivos”*¹⁸. Su importancia normativa es tal que la regulación concreta del trabajo asalariado se encuentra en mayor proporción en convenciones colectivas que incluso en la propia ley¹⁹.

La convención colectiva de trabajo es una de las finalidades del derecho de negociación que encuentra sustento en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los individuos y colectivos poseen la capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones²⁰. La negociación colectiva es la forma pacífica y eficaz para que *“quienes viven del esfuerzo cotidiano puedan lograr su mejoramiento económico y social mediante la celebración de Convenciones Colectivas del Trabajo reguladoras de las condiciones jurídicas y económicas para la prestación de los servicios subordinados”*²¹. Además, constituye un alto factor de progreso para el ordenamiento jurídico laboral a fin de tutelar los derechos de los que encuentran en su trabajo personal la principal fuente de sustento, pues siempre tiende a mejorar los beneficios consagrados en la ley²².

¹⁷ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 22224-2017 del 18 de octubre de 2017. Radicación 77822. Acta 38. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

¹⁸ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 1 de junio de 1983.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 4924-2017 del 29 de marzo de 2017. Radicación 48786. Acta 11. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

²¹ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 14 de febrero de 1980.

²² COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 08 de febrero de 2011. Radicación 36318.

Para la materialización de la negociación colectiva en las prácticas jurídicas es necesario la adopción de medidas que sin desconocer el derecho de autonomía sindical estimule la unidad de los trabajadores en torno a una negociación concertada de manera que se generen condiciones eficientes para que el debate propio del dialogo social se lleve a cabo en un ambiente de armonía²³. Corresponde a las partes en ejercicio de su autonomía llevar las riendas del proceso de negociación colectiva, pues son ellas las que mediante el principio de autocomposición dan forma a los conflictos. Las partes están habilitadas para subsanar falencias del proceso de negociación colectiva, así como reconocer la existencia del conflicto colectivo y prever su solución, “*sin que a las autoridades les sea dado desconocer esa voluntad*”²⁴.

Es deber del Estado adoptar las medidas adecuadas para estimular en las organizaciones sindicales y profesionales el uso y desarrollo de procesos de negociación voluntaria con el fin de reglamentar las condiciones de empleo mediante la suscripción de convenciones colectivas de trabajo. En criterio de la Corte Suprema, la negociación colectiva es una herramienta de cogestión empresarial, pues

“(…) es un mecanismo de gobierno de las relaciones de trabajo y empleo, en su sentido más amplio abarca otras funciones dentro de las cuales se encuentra no solo la participación justa de los trabajadores en los beneficios de la productividad sino en la superación de las caídas o situaciones críticas que afectan la competitividad y solvencia empresarial”²⁵.

²³ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 9390-2017 del 28 de junio de 2017. Radicación 76688. Acta 23. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

²⁴ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 16887-2016 del 16 de noviembre de 2016. Radicación 70387. Acta 43. M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

²⁵ COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 16811-2017 del 3 de octubre de 2017. Radicación 52775. Acta 36. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

1.4. El derecho de negociación colectiva en la historia

1.4.1. La negociación colectiva en la historia mundial

1.4.1.1. Revolución industrial y liberalismo económico (Siglo XVIII)

Este periodo de la historia se desarrolló inicialmente en Inglaterra con el posicionamiento de la burguesía como clase dominante y dueña de los medios de producción, la cual impuso las ideas liberales en materia económica²⁶, convirtiendo el trabajo humano en un factor de producción de capital. El liberalismo económico no admitía la intervención del Estado en la economía y mucho menos en las relaciones laborales, con lo cual, esta teoría expuesta por John Locke en el segundo tratado del gobierno civil, se convirtió en la “opresora de los más”²⁷ abriendo paso a un régimen de injusticia, sangre y arbitrariedad en las relaciones laborales.

El auge de las máquinas fue un hecho sin precedentes para la primera mitad del siglo XVIII y la mano de fue relegada por el burgués. En ese contexto la negociación colectiva no existía, la forma de reacción de los trabajadores frente a las condiciones deplorables de trabajo, la miseria y desempleo fue la creación de asociaciones con el fin de destruir las máquinas. Tales organizaciones fueron declaradas conspiradoras e ilegales por el gobierno inglés y sus miembros fueron condenados a penas capitales como la horca. Fueron estas represalias lo que más adelante consolidaría el movimiento obrero y con ello la negociación colectiva que permitió importantes concesiones para los trabajadores como la jornada de trabajo, salarios, el contrato laboral y demás instituciones del derecho del trabajo.

²⁶ CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel y RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. Introducción jurídica a las relaciones de trabajo. Madrid: Editorial Dykinson, 2014. p. 90.

²⁷ CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral. Tomo I. Parte general. 3ª edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1987. p. 215.

1.4.1.2 Modelo de producción Taylorista-Fordista (finales del Siglo XIX – Inicios del Siglo XX)

Durante buena parte del siglo XIX no existió una sólida organización de las relaciones laborales ni de las formas de producción en las empresas, los trabajadores reclamaban sus reivindicaciones mediante la protesta y el boicot²⁸, la negociación no existía como forma de solución de los conflictos laborales. Durante el último veinteno del siglo XIX se produjeron migraciones tanto de proletarios como de empresarios europeos (especialmente del algodón) a América que buscaban salir de la crisis producida por las guerras civiles, las hambrunas, el aumento de la población y la represión política²⁹. En ese contexto, a principios del siglo XX, el empresario norteamericano Frederick Winslow Taylor inició una serie de experimentos en las fábricas con el fin de aumentar la producción y las ganancias. Para ello propuso disciplinar a los trabajadores en la realización de sus labores, economizar materias primas, reducir las horas de trabajo, intensificar el trabajo para aumentar la producción y suprimir los “tiempos muertos” (tiempos de ocio) que eran considerados improductivos.

El empleador taylorista-fordista consideró el sindicalismo como una patología que estaba llamada a desaparecer, pues fomentaba el desorden en las fábricas impidiendo la productividad en masa. A pesar de ello, las relaciones laborales se enriquecieron mediante tímidas negociaciones entre los trabajadores y el empresario.

Una de las primeras reivindicaciones de la clase trabajadora mediante el diálogo con el capitalista fue la concesión de media hora de descanso en la jornada, que podía ser ampliada si se comprobaba que el trabajador aumentaba su productividad. De tal manera que la negociación colectiva surgió en primer lugar para conseguir un pequeño espacio de descanso para el trabajador, en cuanto a los salarios no fue posible ya que los modelos taylorista-

²⁸ LUCCHINI, Cristina. *Tiempos modernos: del taylorismo al fordismo*. Buenos Aires: Ediciones la bisagra, 2011. p. 4.

²⁹ HOBBSAWM, Eric. *La era de la revolución, 1789-1848*. Barcelona: Crítica, 1997. p. 300-311 *passim*.

fordista consideraron las escalas salariales como creadoras de guerras sociales³⁰ al interior de las fábricas que enfrentaba a los obreros con el patrón y reducían la productividad.

1.4.1.3. Adopción del convenio 98 por parte de la OIT (1949)

La adopción del convenio 98 por parte de la OIT en 1949 relativo a los derechos de sindicación y negociación colectiva jugó un papel preponderante para que los Estados miembros fomentaran la negociación colectiva voluntaria. Se da importancia a la negociación directa y voluntaria entre las partes (empresarios-trabajadores), limitando de esta manera la intervención del Estado en la negociación colectiva que se estaba desbordando mediante la expedición de normas que intentaban reglar cada aspecto de la negociación como se enunció en el apartado anterior.

Mediante este convenio, la OIT quiso promover el ejercicio de la negociación colectiva, proteger a los trabajadores contra cualquier forma de discriminación por el hecho de sindicalizarse y erradicar la intervención de las asociaciones profesionales en las asociaciones sindicales y viceversa. Este convenio influyó en la expansión y consolidación de la negociación colectiva como mecanismo principal para la solución de las controversias en el ámbito laboral, lo cual supuso la confirmación de este método en muchos países que tenían tradición en materia de apoyo y fomento del mecanismo de negociación como Estados Unidos, Inglaterra y Alemania.

1.4.1.4. Revolución mundial de 1968

El conjunto de fenómenos históricos que se dieron a nivel global en el año 1968, en los que se incluye las protestas por la guerra de Vietnam, el movimiento estudiantil en países como México y Argentina, la primavera de Praga, entre otros, rompió las formas tradicionales de la negociación colectiva, que hasta entonces radicaban en el ámbito empresarial, y pasó a ser

³⁰ *Ibíd.*, p. 22.

de talante social. Mediante la negociación colectiva los trabajadores propugnaban frente a los gobiernos por el mejoramiento de las condiciones de trabajo de las mujeres, el trabajo joven, la igualdad de salarios y condiciones laborales para hombres y mujeres, el desempleo producto de la crisis, formación profesional de los trabajadores, seguridad social, seguridad en el trabajo, entre otros.

Todo lo anterior fue posible gracias a la participación de las organizaciones sindicales en las protestas sociales y en las decisiones políticas como la intervención soviética en Checoslovaquia de ese mismo año. La acción sindical tuvo una fuerte raigambre social que conllevó a un ambiente de solidaridad entre los movimientos sociales y el sindicalismo ya que las negociaciones que llevaban a cabo los trabajadores con los gobiernos en temas sociales-laborales, fueron apoyadas por movimientos como los pacifistas, las feministas, los ecologistas y situacioncitas³¹.

1.4.1.5. Globalización: flexibilización laboral y deslocalización de las formas de producción (años noventa - actualidad)

El esquema de producción fordista que imperó en buena parte del siglo XX en las industrias a nivel mundial cambió paulatinamente desde inicios de la década del noventa, consolidándose este cambio finalmente en la primera década del siglo XXI bajo el nombre de globalización. En virtud de este nuevo fenómeno comercial y económico surgió la deslocalización productiva de las empresas, que consiste en trasladar todo o parte del ejercicio productivo a países en los cuales las legislaciones consagran niveles menores de protección de los derechos laborales, en comparación con el país de origen de la casa matriz³².

³¹ THOMSON, David. Historia mundial de 1914 a 1968. México: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 243-248 passim.

³² JARAMILLO JASSIR, Iván. Derecho del trabajo en el posfordismo: el proyecto de regulación universal en la globalización económica. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015. p. 10.

En este contexto, a la par con la descentralización productiva surgió la flexibilización de las relaciones laborales. Ambos fenómenos constituyen un retroceso en las conquistas laborales obtenidas por los sindicatos en los siglos pasados ya que la negociación colectiva también se descentralizó, lo cual ha aumentado la precarización de las relaciones sindicales entre empresas y trabajadores y ha desnaturalizado la negociación ya que es muy complejo poder llegar a acuerdos con la empresa matriz desde el otro lado del mundo. En la actualidad la negociación colectiva atraviesa por una profunda crisis, en la cual la representatividad sindical está tendiendo a desaparecer, así como la suscripción de acuerdos colectivos para el mejoramiento de las condiciones laborales de los trabajadores.

1.4.2. La negociación colectiva en la historia colombiana

1.4.2.1. Reglamentación del derecho de huelga y creación de la etapa de negociación (1919)

El mecanismo para obtener la solución a los conflictos en el trabajo de finales del siglo XIX y comienzos de siglo XX en Colombia fue la huelga de hecho; los trabajadores reclamaban sus derechos laborales mediante el cese unilateral de actividades y en la mayoría de casos haciendo uso de la violencia. Lo anterior se dio con mayor preponderancia entre los sindicatos de los trabajadores ferroviarios, del petróleo, portuarios y empresas extranjeras.

En un primer momento, esta forma de protesta fue penalizada por las leyes, pero posteriormente en 1919, luego de la huelga de los trabajadores portuarios de Barranquilla, el gobierno mediante la expedición de la ley 78 de 1919 despenalizó y reglamentó la huelga, incluyendo un procedimiento previo de negociación entre trabajadores y empleadores antes de su declaratoria. En materia de negociación colectiva esta norma constituye un antecedente fundamental ya que la consagración legal de la etapa de negociación permitía la discusión de las diferencias entre las partes, así como reflexionar sobre las consecuencias de la declaratoria de huelga. El gobierno se reservó el derecho de poder presionar un arreglo entre las partes.

1.4.2.2. Ampliación de la negociación colectiva a sindicatos de rama (1931)

Inicialmente, en la ley 78 de 1919, se estipuló la negociación de pliegos de peticiones únicamente para sindicatos de industria, nada se dijo respecto a otro tipo de organizaciones sindicales. Mediante la ley 83 de 1931 se les otorgó a las federaciones las mismas facultades de negociación que a los sindicatos de empresa, permitiéndose de esta manera la negociación colectiva a nivel de rama o actividad económica.

Es importante destacar el papel que jugó la Federación Nacional de Transporte Fluvial, Marítimo, Portuario y Aéreo – FEDENAL mediante la negociación colectiva de 1937 que permitió la obtención de grandes logros en materia laboral como la reducción de la jornada de trabajo de 11 a 8 horas, motivo por el cual en palabras del maestro Marcel Silva Romero, la negociación por rama a través de Fedenal y Ferrovías fue el “jalonamiento” de la acción laboral mediante la negociación del pliego de peticiones³³.

1.4.2.3. Intervencionismo estatal en la negociación (1948-1950)

El periodo comprendido entre finales de la década del cuarenta y comienzos del cincuenta es caracterizado por ser una etapa de retroceso de las conquistas laborales logradas mediante la acción sindical y la negociación colectiva. Las prerrogativas dadas a los sindicatos mediante los gobiernos liberales de los decenios anteriores fueron cercenadas e incluso censuradas por los gobiernos conservadores que les sucedieron. Fue una constante que el gobierno de turno mediante decretos de estado de sitio prohibiera la actividad sindical, y con ello la negociación en algunas zonas del país como la de Urabá y Barrancabermeja.

Es importante mencionar del decreto 1815 de 1948 mediante el cual las asambleas deliberativas de los sindicatos tuvieron que pedir permiso a las autoridades militares de la región en donde se encontrasen para poder llevar a cabo sus reuniones. La negociación

³³ SILVA ROMERO, Marcel. *Flujos y reflujos: proyección de un siglo de derecho laboral colectivo en Colombia*. Tercera edición. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2005. p. 84.

colectiva sufrió una fuerte persecución, pues fueron las autoridades administrativas en cabeza de los intendentes o gobernadores regionales, y en ausencia de estos el jefe de la brigada del ejército, los que aprobaron los puntos a discutir en las negociaciones. Se instauraron sanciones de tipo penal para los miembros de las mesas de negociación que desbordaran el temario aprobado por las autoridades.

1.4.2.4. Expedición del Código Sustantivo del Trabajo (1950)

Con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo mediante decreto presidencial, la acción sindical quedó reducida, en un principio a dos actividades: la negociación de convenciones colectivas de trabajo y la asesoría en los procedimientos disciplinarios a los afiliados.

En cuanto a la negociación colectiva, la nueva codificación ratificó la titularidad de los conflictos colectivos en los sindicatos; continuó con la etapa de arreglo directo establecido en leyes anteriores, estipuló prórrogas solicitadas por una de las partes, se adicionó la etapa de conciliación y la de tribunal de arbitramento cuando en el evento en que el conflicto colectivo acaeciera en un servicio público. También incluyó la figura de la denuncia de la convención colectiva de trabajo para terminar los efectos de la misma al vencimiento del plazo, lo cual constituye un retroceso en materia de conquista de derechos laborales que aún sigue teniendo efectos.

1.4.2.5. Protección especial al derecho de negociación (1965)

Los empleadores incurrieron en la práctica de despedir a los trabajadores sindicalizados a partir del momento en el que se entablaba el conflicto colectivo con la presentación del pliego de peticiones para su posterior negociación. Con esta práctica se estaban debilitando a las asociaciones sindicales y de igual forma, se desnaturalizaba la práctica de la negociación para llegar a la solución del conflicto económico laboral.

El gobierno nacional, ante el temor de que se volvieran a las viejas prácticas de la huelga por vía de hecho para la solución del conflicto, expidió el decreto 2351 de 1965 en el que se prohibieron los despidos durante la etapa de negociación de los pliegos de peticiones y se fortificaron los mecanismos de extensión de las convenciones colectivas de trabajo.

1.4.2.6. Constitucionalización del derecho de negociación colectiva (1991)

Por primera vez en la historia de Colombia el derecho a la negociación colectiva se eleva a rango constitucional y se estableció en el artículo 55 de la norma superior la obligación del Estado de promover la concertación y demás medios necesarios para la solución pacífica de los conflictos colectivos en el ámbito laboral. Con la promulgación de la nueva constitución, la negociación colectiva, como pilar del derecho de libertad sindical, puede ser protegido mediante los mecanismos constitucionales para la defensa de los derechos fundamentales, *verbi gratia* la acción de tutela cuando se alegue su vulneración en conexidad con el derecho de asociación sindical.

Con la consagración constitucional del derecho de negociación colectiva se garantizó la libre discusión de los conflictos colectivos de trabajo y se dio prelación a la concertación como forma de solucionarlos, siendo deber de las autoridades públicas velar por su preservación y cumplimiento al realizar una lectura sistemática del texto constitucional, que establece en su artículo segundo uno de los fines esenciales del Estado el cual consiste en velar por la realización de los derechos y libertades fundamentales.

1.5. Análisis conceptual para la comprensión del problema jurídico de investigación

1.5.1. Conceptualización del derecho de negociación colectiva

Según el profesor Antonio Ojeda Avilés, la negociación colectiva es un elemento fundamental en las relaciones de trabajo debido a que *“es una actividad o proceso encaminado a la conclusión de un conflicto colectivo de trabajo mediante la suscripción de*

*un contrato o acuerdo colectivo*³⁴. La negociación colectiva, pretende reflejar el equilibrio de los poderes en el mercado de ambos factores productivos, capital y trabajo, que se necesitan mutuamente como factor de producción de riqueza. La negociación, junto con la acción sindical, ocupan el centro de la escena mundial como el medio más ajustado para definir las relaciones laborales, tanto desde el punto de vista de la democracia como desde la eficiencia económica³⁵. En concepto de Ana de la Puebla Pinilla, la negociación colectiva se puede definir como el instrumento colectivo del que dispone la autonomía colectiva para concluir pactos, acuerdos y convenios colectivos que ordenen el modelo constitucional de las relaciones laborales³⁶. Es el proceso de diálogo establecido entre representantes de los trabajadores y empresarios que, con base en el principio de su autonomía colectiva, “*se dirige a la consecución de un pacto, acuerdo o convenio colectivo que regule las condiciones en que se van a desarrollar sus negociaciones*”³⁷.

En palabras del maestro Alfredo Villavicencio Ríos, la negociación colectiva “*surgió para regular fundamentalmente las condiciones de trabajo*”³⁸. En los países con sistemas de relaciones laborales más desarrolladas, el contenido de la negociación colectiva ha superado su papel tradicional en la regulación de las condiciones de trabajo y ha incursionado en otros terrenos como el gubernamental, en el sentido que a través de ella se pretende regular el sistema de relaciones laborales, la legitimidad para negociar de los sujetos, las pautas para el procedimiento de negociación, los requisitos para declarar una huelga y, en general, los elementos que conforman el ordenamiento jurídico sindical³⁹.

³⁴ OJEDA AVILÉS, Antonio. Compendio de derecho sindical. Tercera edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2014. p. 322.

³⁵ *Ibíd.*, p. 323.

³⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, Ana *et al.* Esquemas de derecho del trabajo II. Derecho Sindical. Tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p 73.

³⁷ *Ibíd.*, p. 75.

³⁸ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: *sindicación, negociación colectiva y huelga*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 2007. p. 68.

³⁹ *Ibíd.*, p. 70-71.

En la práctica jurídica del derecho de negociación colectiva es de gran importancia promover el dialogo entre las partes sin importar a dónde conduzca, es decir, los poderes públicos deben reforzar la dimensión colectiva desde la más escrupulosa imparcialidad sin presionar a las partes para lograr un acuerdo que permita ponerle fin al conflicto⁴⁰. Se deben fortalecer las actividades de comunicación, presión y persuasión que en el ejercicio del derecho en referencia desarrollan los sujetos que representan a grupos con intereses distintos con la finalidad de autorregularlos⁴¹

En esa misma línea argumentativa, según Moreno Vida, las funciones de la negociación colectiva nunca han permanecido estáticas, sino que, por el contrario, siempre han tenido que evolucionar para adaptarse a los cambios y para influir en su propio desarrollo⁴². A las tradicionales funciones de la negociación colectiva se han venido a añadir nuevas funciones relativas a la organización del trabajo, y en particular, a la gestión de las crisis empresariales (funciones gestacionales)⁴³.

1.5.2. Conceptualización del derecho a la libertad sindical

La libertad sindical consiste en un bloque de garantías que forman parte de los denominados derechos fundamentales, por tratarse de una herramienta para la regulación de derechos esenciales en la determinación de las relaciones de trabajo⁴⁴. En palabras del jurista español Nicolás Valticos, la libertad sindical es condición esencial para la defensa de los derechos de los trabajadores; considerada por la doctrina jurídica internacional como parte de los derechos fundamentales del hombre, y como tal, goza de protección en los diferentes sistemas continentales de derechos humanos, así como de los órganos de la OIT⁴⁵. Este derecho se

⁴⁰ OJEDA AVILÉS, Compendio de derecho sindical, Op. cit., p. 325.

⁴¹ DE LA PUEBLA PINILLA, Esquemas de derecho del trabajo II, Op. cit., p. 374.

⁴² MORENO VIDA, Las funciones de la negociación colectiva y su proyección en los contenidos de los convenios colectivos, Op. Cit., p. 307.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ ORTÍZ PALACIOS, Iván David. Lecciones básicas sobre derecho internacional laboral y de la seguridad social. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2009. p. 89.

⁴⁵ VALTICOS, Nicolás. Derecho internacional del trabajo. Madrid: Editorial Tecnos, 1977. p. 244.

inscribe en el marco más amplio de las libertades civiles y políticas de que disfrutaban los habitantes de una nación⁴⁶.

Por su parte, la maestra Carmen Lucía Tangarife define a la libertad sindical como un derecho humano fundamental para la OIT y para la constitución colombiana. Su defensa y promoción resulta estratégica para lograr el trabajo decente, para hacer realidad el sueño constitucional de un Estado social de derecho y debe ser prioridad para la sociedad y para el Estado⁴⁷. Para la maestra Cristina Blasco Raseró, el derecho de libertad sindical

“confiere un estatus singular a quienes lo ejercen, tanto porque les atribuye unos medios de protección específicos que tratan de evitarles cualquier tipo de perjuicio, como por el reconocimiento de unos medios singulares y propios de acción para la defensa y promoción de los derechos de los trabajadores”⁴⁸.

La catedrática Yolanda Valdeolivas afirma que la libertad sindical se configura como uno de los pilares básicos y piezas clave del sistema de relaciones laborales, jugando un papel fundamental, ligado con el concepto de Estado social y democrático de derecho, que consecuentemente propugna la libertad y la igualdad como algunos de los valores que inspiran los ordenamientos jurídicos modernos⁴⁹.

La libertad sindical incluye un blindaje de derechos y garantías para las organizaciones, entre los que se incluye el derecho a elaborar sus propios estatutos y reglamentos administrativos y el derecho a organizar su gestión y actividad, formular programas de acción, presentar y discutir pliegos de peticiones libremente. Todas las anteriores son actividades legítimas de

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 244-245.

⁴⁷ TANGARIFE LÓPEZ, Carmen Lucía. *Libertades sindicales: esenciales para lograr un trabajo decente*. Medellín: Ediciones Escuela Nacional Sindical, 2016. p. 9.

⁴⁸ BLASCO RASERO, Cristina. El ejercicio del derecho de libertad sindical en la empresa privada: problemas actuales. En: RODRÍGUEZ-SADUÑO, Fermín y CARRIZOSA PRIETO, Esther. *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*. Madrid: Editorial Tecnos, 2011. p. 18.

⁴⁹ VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. *Las conductas lesivas de la libertad sindical*. Madrid: Ediciones Consejo Económico y Social, 1994. p. 25

los sindicatos, en las cuales la intervención de las autoridades administrativas debe ser en principio nula⁵⁰.

Así mismo, el derecho de libertad sindical comprende no solo el derecho de los individuos a fundar y afiliarse libremente a los sindicatos, sino el derecho de los sindicatos fundados a realizar las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado, de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores⁵¹. Se debe agregar que la praxis de este derecho comprende, fundamentalmente, el derecho de negociación colectiva o diálogo social, el ejercicio del derecho a la huelga, el planteamiento de conflictos colectivos, la presentación de candidaturas para la elección de los órganos de representación de la organización así como cualquier otra forma lícita de actuación que los sindicatos consideren adecuadas para el cumplimiento de sus fines y que han de satisfacerse, además, sin injerencias indebidas de terceros⁵².

También forman parte del ejercicio del derecho de libertad sindical en un plano individual o colectivo, el ejercicio de diferentes derechos fundamentales y libertades públicas que, aunque son de alcance general (para toda la población), también lo utilizan los trabajadores sindicalizados para la defensa y promoción de sus intereses y para el cumplimiento de los fines de las organizaciones⁵³.

1.5.3. Conceptualización de la función administrativa

La función de las autoridades administrativas, o simplemente función administrativa, según el mérito maestro Agustín Gordillo, es una función a cargo del Estado que junto con las funciones ejecutiva, legislativa y judicial constituyen las funciones de poder de una nación,

⁵⁰ VALTICOS, Nicolás. Derecho internacional del trabajo, Op. cit., p. 246.

⁵¹ VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. Las conductas lesivas de la libertad sindical, Op. cit., p. 41-42.

⁵² BLASCO RASERO, Cristina. El ejercicio del derecho de libertad sindical en la empresa privada: problemas actuales, Op. cit., p 31.

⁵³ *Ibíd.*, p. 33-35

que le permiten desarrollar su actividad para el beneficio de los ciudadanos y la defensa de los intereses nacionales⁵⁴.

La función administrativa es, en primer lugar, toda la actividad que realizan los órganos administrativos; en segundo lugar, toda la actividad que realiza el órgano legislativo, excluida la función legislativa que le es propia; en tercer lugar, toda la actividad que ejerce la rama judicial, excluida la función jurisdiccional que le asiste. Es decir, la función administrativa es *“toda actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente, los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales”*⁵⁵.

Por su parte, el maestro José Canasi define la función de la administración como toda actividad *“enderezada a la realización de los fines públicos”*⁵⁶. La función administrativa, en palabras de José Roberto Dromi, es la actividad por la que el Estado anima y dirige los innumerables y pequeños mecanismos de su acción y organización; es la actividad concreta y práctica desarrollada por el Estado para la inmediata obtención de sus cometidos⁵⁷.

El maestro Jaime Vidal Perdomo plantea que la función administrativa está subordinada a la ley. Desde el punto de vista sustancial está presente en el actuar de todas las ramas del poder público, ya sea en ejecución de la ley como en la atención de ciertos servicios indispensables para su funcionamiento⁵⁸.

En lo que concierne al desarrollo de la función administrativa en la práctica jurídica, forman parte de su ejercicio, los hechos, actos, contratos y reglamentos administrativos, el procedimiento administrativo, la licitación pública, las audiencias públicas, los servicios

⁵⁴ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Parte general. 1ª edición colombiana. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 1998. p. V8-V12

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ CANASI, José. Derecho Administrativo. Vol. 1. Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1972. p. 38.

⁵⁷ DROMI, José Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1983. p. 158.

⁵⁸ VIDAL PERDOMO, Jaime y MOLINA BETANCUR, Carlos. Derecho administrativo. XIV Edición. Bogotá: Legis, 2016. p. 64.

públicos, algunas potestades como la potestad jurisdiccional de la administración, el poder de policía y los actos de gobierno⁵⁹.

Para su realización, la función de la administración se desarrolla en tres dimensiones: administrativa propiamente hablando, técnica y jurídica. La jurídica consiste en la utilización por parte de la administración de los medios e instituciones de derecho para sus fines (contratos, concesiones, dominio público, expropiación forzosa, servidumbres públicas, etc.); actividad técnica implica el empleo por la administración de los recursos de esta índole, también al servicio de los fines del Estado (educación, enseñanza, higiene, terapéutica, etc.); la actividad administrativa propende a la obtención y uso de los medios idóneos para que el Estado satisfaga sus fines⁶⁰.

Por otro lado, la función administrativa se ejerce llevando concretamente a la realidad los fines del Estado mediante los principios de inmediación y materialización. Estos elementos distinguen la función administrativa de cualquier otra función del Estado, *verbi gratia*, la función legislativa, jurisdiccional, electoral, fiscalizadora y emisora de moneda⁶¹.

1.5.4. Explicación del problema jurídico de investigación

La Constitución Política de Colombia, así como diversos instrumentos internacionales en materia de derecho del trabajo y de derechos humanos, conscientes de la relación asimétrica que se produce en los vínculos laborales, reconocen el carácter de derecho fundamental a la libertad sindical, inherente a todo trabajador y organización sindical para la defensa y reivindicación de los derechos de la clase trabajadora sin injerencia de agentes externos como el Estado.

⁵⁹ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Op. cit., p. V1-V3.

⁶⁰ PRESUTTI, Enrique. Istituzioni di dritto amministrativo. Vol. I, p. 21 y ss. Citado por: CANASI, José. Derecho Administrativo, Op. cit., p. 38.

⁶¹ RODRÍGUEZ SANTOS, Carlos Manuel. Lecciones de administración pública, Op. cit., p. 3-4.

El ejercicio de este derecho, les permite las organizaciones sindicales realizar toda la actividad legítima para la defensa de los intereses comunes, protestar, ejercer su derecho a la huelga y poner en conocimiento del empresario sus inconformidades con el fin de negociar desde las condiciones mínimas de trabajo hasta la reestructuración de la economía de la empresa en situaciones de crisis como las de los últimos años llegando a la suscripción de un convenio o pacto colectivo de trabajo.

Cuando se presentan inconformidades de una u otra parte de la relación laboral inmediatamente surge un conflicto colectivo de trabajo. La ley colombiana establece el procedimiento a seguir en los conflictos colectivos de trabajo y en qué términos de tiempo ha de llevarse a cabo la negociación. La negociación colectiva es el instrumento esencial para crear un clima de diálogo y concertación entre las partes que les permita llegar a una solución al conflicto colectivo beneficiando tanto al empresario como a los trabajadores. En algunas ocasiones, dada la trascendencia del conflicto, las partes solicitan el acompañamiento de la entidad administrativa dependiente del poder ejecutivo, encargada de la regulación y vigilancia del cumplimiento de las leyes en materia laboral, la cual se encuentra en cabeza del Ministerio del Trabajo.

El papel del Ministerio del Trabajo no resulta garante en la búsqueda de la solución a los conflictos laborales, cuando de manera arbitraria y desbordando sus facultades legales, interviene en las conversaciones imponiendo en nombre del Estado y la sociedad un mecanismo de solución al conflicto, cercenando de esa manera toda posibilidad de llegar a soluciones concertadas basadas en consensos entre la clase trabajadora y los empresarios.

Por lo anterior, las funciones oficiosas de las entidades administrativas, como el Ministerio del Trabajo, en la resolución de los conflictos colectivos resultan violatorias de los derechos de negociación colectiva y libertad sindical cuando en uso de la función administrativa se imponen mecanismos como el tribunal de arbitramento coartando el diálogo social y las aspiraciones de llegar a una solución al conflicto por consensos que emanen de las partes, en aquellos servicios públicos considerados esenciales por el legislador.

1.6. Estudio del estado del arte

En criterio de Jhonny Mauricio Navia Martínez, una estrategia para el fortalecimiento de la negociación colectiva es la formación de alianzas entre los sindicatos existentes en una empresa en la presentación de pliegos de peticiones unificados; de esta manera se puede abrir paso a procesos renovados en la solución de los conflictos en los que el diálogo inter partes prevalezca.

De igual forma, propone la utilización de medios de comunicación para que la comunidad se entere de las actuaciones que están llevando a cabo las organizaciones sindicales y de esta manera se ejerza control social. Por último, la utilización de los mecanismos legales son recurrentes en las organizaciones sindicales para la defensa del derecho e negociación, especialmente la acción de tutela. El ejercicio de acciones legales requiere de una mayor preparación técnica e inversión económica de los trabajadores y del sindicato, lo cual se convierte en algunos contextos en limitante para la justiciabilidad del derecho de negociación⁶².

El administrador de la empresa, según Liliana Mira y Juliana Martínez, juega un papel fundamental en la negociación colectiva, pues debe tener sus funciones definidas en el proceso de negociación con los sindicatos y contar con habilidades como la persuasión, escucha y observación. El administrador desempeña un rol difusor, cuando recibe el pliego de peticiones y lo comunica a la junta directiva, y mediador en el que debe velar por que se satisfagan las necesidades de la empresa y del sindicato.

En el proceso de negociación se deben definir roles de los representantes sindicales y del empresario y unos principios mínimos que se deben respetar durante las conversaciones para

⁶² NAVIA MARTÍNEZ, Jhonny Mauricio. Conflicto laboral y acción sindical en Lloreda S.A. 2008-2016. Santiago de Cali, 2017, 81 p. Trabajo de grado (Sociólogo). Universidad del Valle. Facultad de Ciencias Sociales y Económicas.

garantizar una posición lineal (plano de igualdad) en la que no se dejen de lado las propuestas de alguna de las partes⁶³.

El Estado colombiano tiene responsabilidad internacional frente al incumplimiento de las obligaciones que emanan de los convenios de la OIT, motivo por el cual, según Xiomara Balanta y Thalia Trejos, ante las reiteradas quejas de las organizaciones sindicales colombianas por violación al derecho de asociación sindical y negociación colectiva, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha efectuado varios llamados al gobierno colombiano para que tome medidas frente a las conductas lesivas de estos derechos. En el año 2003, como medida de protección a la vulneración de derechos sindicales, el Consejo de Administración de la OIT aprobó un programa de cooperación técnica para nuestro país, el cual tenía por objeto capacitar durante los años 2004 a 2007 a empleadores, organizaciones sindicales y autoridades públicas sobre la solución concertada de conflictos laborales y promover la negociación colectiva⁶⁴.

El Estado colombiano es regresivo imponiendo limitaciones al derecho de negociación colectiva por la vía legal. En este punto, de acuerdo con María Clara Ceballos y Manuela Gómez, mediante la expedición del acto legislativo 01 de 2005 se sustituyó la constitución en materia de pensiones y de negociación colectiva, toda vez que esta última quedó restringida a las dinámicas del mercado financiero y las organizaciones sindicales perdieron el derecho de negociar pensiones que consagraran beneficios que superaran los del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones⁶⁵.

⁶³ MIRA SANTA, Liliana María y MARTÍNEZ MORENO, Juliana. El administrador y su papel en el proceso de negociación de conflictos sindicales en la empresa AES Chivor S.A. periodo 2003-2005. Bogotá, 2006, 112 p. Trabajo de grado (Economista). Universidad de San Buenaventura. Facultad de Ciencias Administrativas, Económicas y Contables.

⁶⁴ BALANTA MORENO, Xiomara Cecilia y TREJOS MAFLA, Thalia Lorena. Análisis de la responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a las obligaciones emanadas del convenio 87 de la OIT. Santiago de Cali, 2016, 33 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad de San Buenaventura. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

⁶⁵ CEBALLOS BUSTAMANTE, María Clara y GÓMEZ HERRERA, Manuela. Convenios de la OIT Vs. normas constitucionales sobre la regulación de pensiones convencionales. Medellín, 2013, 114 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad EAFIT. Escuela de Derecho.

Estas disposiciones modificatorias del texto constitucional en su artículo 48 constituyen un intervencionismo de Estado en materia de negociación colectiva, lo cual es contrario al tenor de los convenios y recomendaciones de la OIT a los que Colombia se ha obligado en cabal forma debido a su ratificación y aceptación. De esta manera una vez más se evidencia que la política interna del Estado es violatoria de los derechos de autonomía sindical ya que los beneficios pensionales adquiridos durante años de lucha de los trabajadores quedaron sin efecto, acrecentándose de esta forma la brecha de desigualdad en las relaciones laborales. En efecto, el acto legislativo 01 de 2005 modificador de la Constitución Política es contrario a los fines esenciales del Estado en materia de derechos laborales y sindicales.

El investigador Gustavo Jiménez analiza el derecho de negociación colectiva desde una perspectiva económica en un contexto de competencia imperfecta. El aumento de las utilidades y el éxito de las pretensiones salariales de los sindicatos dependen del poder de negociación que estos adquieren en el mundo empresarial.

La forma de organización sindical que más beneficios otorga a los trabajadores sindicalizados es el modelo de organización sindical única, es decir, la pluralidad de sindicatos en una misma empresa no logra satisfacer las pretensiones que estos elevan en los pliegos de peticiones, ya que las negociaciones se desarrollan en una competencia imperfecta en la cual los empresarios necesitan mano de obra pero no están en la disposición de pagar lo que realmente cuesta y los trabajadores necesitan intercambiar su fuerza de trabajo como valor productivo para obtener ingresos que les permitan subsistir. Para el investigador, con la negociación colectiva se trata de buscar un punto de equilibrio en el mercado, puesto que económicamente no representa beneficios para el empresario puesto que pagar el valor real de lo que cuesta la mano de obra y el contexto empresarial necesita incrementar su producción reduciendo costos⁶⁶.

⁶⁶ JIMÉNEZ FLOREZ, Gustavo Andrés. Estructura sindical en un contexto de competencia imperfecta. Bogotá, 2016, 44 p. Trabajo de grado (Economista). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas.

Por otra parte, Yair Díaz concibe la negociación colectiva como una expresión de la libertad de las democracias y analiza la vulneración que el Estado ha hecho de esta con la limitación que impuso a las pensiones convencionales mediante el acto legislativo 01 de 2005 en especial, en la situación de los trabajadores que adquirieron la condición de pre pensionado. En la negociación colectiva adquiere especial relevancia la voluntad de las partes para llegar a una solución del conflicto por medio del diálogo que debe ser objeto de garantías legales y constitucionales palpables, para que no ocurra un cercenamiento del derecho de negociación como el acaecido con el acto legislativo en referencia⁶⁷.

De igual forma, la investigadora Dayana Milena García *et al* plantean que en tanto no se respeten los derechos fundamentales de los trabajadores y las conquistas laborales obtenidas resulta inalcanzable la materialización de este derecho como lo refieren las normas, la doctrina y la jurisprudencia. Para garantizar el derecho de negociación colectiva es importante que la teoría, la legislación y la práctica mantengan coherencia con el querer que plasman las normas en la solución de controversias en el ámbito laboral.

La intervención del Estado en los conflictos es bien vista por este grupo de investigadores en la medida que en los resultados de las negociaciones se logren consolidar mayores beneficios para los trabajadores. El Estado no debe propender por la supresión de los conflictos colectivos sino por la institucionalización de procedimientos que les permita a las partes llegar a soluciones justas y equitativas, en un clima de mutua colaboración que permita garantizar el bienestar de los trabajadores y del empleador⁶⁸.

Conforme a la solución propuesta en la investigación de Laura Hernández y Elizabeth Jiménez, las autoridades públicas deben privilegiar el ejercicio del derecho de negociación colectiva y no pueden ser regresivas en los derechos obtenidos y consolidados por los

⁶⁷ DÍAZ TÁMARA, Yair. La extinción de beneficios pensionales convencionales extralegales y su desaparición a partir de una sustitución de la Constitución Política. Santiago de Cali, 2012, 52 p. Trabajo de grado (Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social). Universidad ICESI. Facultad de Derecho.

⁶⁸ GARCÍA INFANTE, Dayana Milena *et al*. La negociación colectiva en Colombia. Bogotá, 2011, 103 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad Libre. Facultad de Derecho.

trabajadores por vía legal. Debido a que este derecho no es absoluto, es admisible medidas que lo restrinjan, pero deberían ser de carácter temporal llegando a acuerdos en los cuales se garantice la autonomía y libertad negocial de las partes hasta donde sea posible.

Al ser Colombia un estado democrático con un modelo participativo, no es admisible la intervención del gobierno tendiente a restringir el ámbito material sobre el cual pueden transigir las partes inmersas en un conflicto colectivo de trabajo, dado que los pactos privados se rigen por la autonomía de la voluntad⁶⁹.

En palabras de la investigadora Ingrid León, si bien los convenio 87 y 98 de la OIT tienen plena aplicación en Colombia, en la práctica la sociedad colombiana es intolerante en el ejercicio del derecho de asociación sindical y negociación colectiva. Por lo anterior es de recibo que en las fases de discusión de los tratados de libres comercio se incluya una etapa para los derechos laborales de los países firmantes, pues de lo que se trata es de que los Estados con una legislación laboral menos favorable para los trabajadores sea adaptada a la realidad para que el impacto económico del tratado no afecte a la parte débil de la relación laboral. La negociación colectiva en una mesa de concertación entre los Estados firmantes y representantes de las agremiaciones sindicales del país enriquecen la protección de los derechos laborales de los trabajadores mediante el consenso. El Estado mediante la suscripción de los TLC no puede desconocer derechos adquiridos por los trabajadores mediante pactos y convenciones colectivas⁷⁰.

Para Francisco Rafael Ostau y Leidy Ángela Niño, el desconocimiento del derecho de negociación colectiva está produciendo desregulación y desproteccionismo de los

⁶⁹ HERNÁNDEZ VIANA, Laura y JIMÉNEZ VILLEGAS, Elizabeth. El derecho a la negociación colectiva frente a la expedición del Acto Legislativo N° 1 y la consolidación de un único sistema de pensiones. Bogotá, 2013, 138 p. Trabajo de grado (Abogado). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

⁷⁰ LEÓN PALENCIA, Ingrid Andrea. Análisis de las cláusulas laborales en los TLC de Canadá y USA con Colombia, su impacto y realidad material en el mundo del trabajo. Bogotá, 2012, 136 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad Libre. Facultad de Derecho.

trabajadores tanto subordinados como no subordinados, a partir de la insolidaridad del mundo empresarial y la intolerancia de los derechos propios de la libertad sindical⁷¹.

Considerando que la negociación colectiva es entendida la mayoría de veces en las praxis jurídica como un mecanismo procedimental para la solución de un conflicto de trabajo colectivo, Francisco Hernández considera que la consagración a rango constitucional de la negociación colectiva es inocua y no se le da el alcance que persigue como mecanismo de amplia concertación en lo político, social y económico. Es por esto que en la realidad las actuaciones resultan violatorias de la misma constitución y de los tratados internacionales sobre la materia. Para solucionar la problemática anterior, la negociación colectiva debe ajustarse a los nuevos retos que plantea la economía globalizada y el dinamismo corporativo ya que tradicionalmente las relaciones laborales en Colombia se han transformado por la presión de políticas empresariales⁷².

De conformidad con el planteamiento de Carlos Alberto Burgos, el intervencionismo Estatal a través de medidas legislativas que suprimen materias de la negociación colectiva afecta el derecho a la dignidad humana cuando tales medidas no surgen como consecuencia del acuerdo tripartito entre el Estado, lo empresarios y los trabajadores, como lo ordena el convenio 87, 98 y 154 de la OIT en lo atinente a la creación de mecanismos que afecten las libertades sindicales.

La formación de alianzas entre las organizaciones sindicales con el fin de unificar los pliegos de peticiones y, llegado el caso, de fusionar las organizaciones sindicales menores en una sola asociación fortalecería el ejercicio de la negociación colectiva según Jhony Mauricio Navia y Gustavo Jiménez. La unidad de organización sindical a nivel empresarial y la unificación de los pliegos de peticiones empoderan el derecho de negociación colectiva de

⁷¹ OSTAU DE LA FONT DE LEÓN, Francisco Rafael y NIÑO CHAVARRO, Leidy Ángela. Limitación y desprotección del mundo del trabajo en la negociación colectiva en Colombia. En: Revista Ingenio Libre N° 11, 2013; p 11. ISSN: 1692-0767.

⁷² HERNANDEZ VALDERRAMA, Francisco. El sindicalismo en Colombia: *implicaciones sociales y políticas*. Bogotá, 2004, 541 p. Trabajo de grado (Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social). Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

los trabajadores asociados y ayuda a satisfacer el mayor número de puntos establecidos en el pliego de peticiones ya que el dialogo sería más eficaz.

La responsabilidad internacional que se genera cuando el Estado incumple obligaciones contraídas por vía de ratificación de convenios en el establecimiento de medidas que lesionan el derecho a la negociación colectiva, es punto de convergencia de las tesis de Carlos Alberto Burgos, Xiomara Balanta y Thalia Trejos. Cuando el Estado introduce medidas, de carácter legislativo, administrativo, etc., que limitan los puntos sobre los cuales les es permitido negociar a los trabajadores constituye incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas con la firma y ratificación de los convenios 87, 98 y 154 de la OIT así como sus recomendaciones, que están dotadas de fuerza vinculante en el orden interno. Así mismo, tales medidas generan responsabilidad internacional del Estado y una afectación a la dignidad humana de los trabajadores, entendida esta como la facultad que les permite negociar sus condiciones de trabajo. La doctrina internacional ha evolucionado hasta el punto de establecer que al ser el trabajo una actividad humana digna de protección, es posible predicar la existencia de los derechos humanos laborales.

El intervencionismo del Estado en la negociación colectiva, además de generar responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones en materia laboral internacionalmente contraídas, genera un despotismo en el cual el propio Estado transgrede los derechos laborales consagrados en la Constitución Política. En palabras de María Ceballos, Manuela Gómez, Yair Díaz, Francisco Hernandez e Ingrid León las garantías de las cuales están dotadas la negociación colectiva y la libertad sindical en los textos constitucionales y convencionales deben materializarse con medidas de protección especial de estos derechos, para que no se releguen como meras aspiraciones.

Un punto que es importante mencionar son las conquistas laborales han representado años de lucha y que el Estado ha implementado gradualmente como consecuencia de la suscripción de tratados de libre comercio como el de los Estados Unidos. Aunque debería ser de iniciativa propia del Estado la protección del derecho a la negociación colectiva, en los últimos tiempos

ha sido constante que el Estado reforme su legislación interna por obligaciones contraídas en los tratados de libre comercio.

Para que se alcancen materialmente las garantías que secundan el derecho de negociación colectiva, en las propuesta de Dayana García *et al*, Laura Hernández y Elizabeth Jiménez es necesario que lo plasmado en las leyes y las prácticas jurídicas mantengan coherencia, sin que la intervención del Estado entorpezca en proceso de negociación o las medidas adoptadas por el Congreso de la República consagren aspectos regresivos a los derechos consolidados por los trabajadores mediante las convenciones colectivas.

La solución planteada por el investigador Jhony Navia se enmarca dentro de un enfoque funcionalista del derecho, puesto que para la garantía del derecho de negociación colectiva es indispensable que las organizaciones sindicales den a conocer a la comunidad las actividades que están llevando a cabo, tales como mesas de negociación, para que se ejerza un control social. De esta manera la guarda del derecho de negociación no solamente se encuentra en cabeza del Estado y de sus instituciones sino de la misma comunidad.

Siguiendo con el mismo enfoque jurídico pero con una apreciación distinta, Liliana Mira y Juliana Martínez proponen que se dote al empresario e unos roles y principios mínimos que se deben respetar en los diálogos entre la empresa y el sindicato para no transgredir el derecho a la negociación colectiva.

En cambio la propuesta de Xiomara Balanta y Thalia Trejos se encamina al trabajo que debe realizar el gobierno colombiano de la mano de la OIT en materia de protección a la negociación colectiva como planes de acción y capacitación de ese ente internacional a los empresarios y trabajadores colombianos.

El investigador Gustavo Jiménez propone una solución desde un enfoque económico del derecho, en el cual, teniendo en cuenta que el empresario busca incrementar la productividad obteniendo mayores ganancias y pagando menos salarios, las negociaciones deben llegar a un punto de equilibrio en el mercado, es decir, contrayendo consensos, para que de esta

manera no se afecten los derechos pretendidos por los trabajadores sindicalizados. En síntesis, de lo que se trata es de llegar a un equilibrio económico en el que las propuestas y aspiraciones de ganancia del empresario se mantengan. En ese mismo enfoque económico, según Francisco Hernández, la negociación colectiva debe ajustarse al contexto globalizado de las relaciones empresariales y laborales.

Por el contrario, las propuesta de Yair Díaz y se encauzan en un enfoque de protección del derecho de negociación colectiva, en el cual el Estado materialice las aspiraciones consagradas por el legislador y el constituyente en las normas. A fin de mantener la coherencia entre lo fáctico y las situaciones planteadas en las normas.

La propuesta de Laura Hernández y Elizabeth Jiménez consiste en el privilegio que se debe dar a la negociación colectiva como mecanismo para una resolución equitativa de los conflictos en el ámbito laboral, que contribuya a fortalecer la democracia participativa que pregona nuestro orden constitucional.

En la recopilación de investigaciones realizada no se evidencia que se haya abordado el tema referente a la protección del derecho de negociación colectiva de las actuaciones arbitrarias que llevan a cabo las autoridades administrativas, en cabeza del Ministerio del Trabajo, en la convocatoria a tribunales de arbitramento, máxime cuando la ley prevé este mecanismo como obligatorio para la solución de los conflictos colectivos de trabajo en los servicios públicos calificados “esenciales” por el legislador. En el breviario de propuestas no se observa la instauración de mecanismos institucionales desde los cuales el Estado sea el garante del derecho de negociación colectiva, específicamente en los procedimientos de convocatoria al mecanismo del arbitramento, en los que se debe privilegiar con mayor razón el diálogo social entre las partes en conflicto, dado que representa la última instancia en la que se puede alcanzar la solución concertada al conflicto por autocomposición de las partes, puesto que el mecanismo del arbitramento es esencialmente heterocompositivo.

Así mismo, tampoco se observaron propuestas encaminadas a la correspondencia de las actuaciones del Ministerio del Trabajo, como organismo integrante de la rama ejecutiva del poder público, con el ordenamiento jurídico en aras de asegurar el cumplimiento del principio de legalidad que deben observar las autoridades administrativas en sus actividades, tales como la convocatoria e integración de tribunales de arbitramento obligatorios que pongan fin a los conflictos colectivos de trabajo, con el objeto de garantizar la efectividad de los derechos y libertades de los trabajadores en un ordenamiento jurídico que les brinde seguridad.

1.7. Referentes teóricos

Teniendo en cuenta que el enfoque jurídico desde el cual se aborda el presente trabajo es el estructuralismo de tendencia garantista, el fundamento teórico es el concordante con el planteamiento del jurista y filósofo del derecho español Elías Díaz García, que irradia su teoría de los derechos fundamentales en el Estado democrático, según el cual los derechos humanos, así como los derechos fundamentales y su protección, constituyen la razón de ser de un Estado social de derecho que refleja la institucionalización jurídica de la democracia⁷³.

En la actualidad, en el marco de la economía globalizada del siglo XXI en la cual el capital avanza a pasos agigantados en detrimento del trabajo, es imperiosa la realización de los derechos humanos mediante instituciones que articulen coherentemente y posibiliten la materialización de las exigencias éticas, básicas y fundamentales que se reflejan en las declaraciones y cartas de derechos fundamentales plasmadas mayoritariamente en las constituciones democráticas.

El término Estado social de derecho implica el sometimiento del Estado a su propio derecho, regulación, control de los poderes públicos y sus actuaciones por medio de leyes que han sido

⁷³ DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y democracia. En: DE ASÍS ROIG, Rafael; BONDIA GARCÍA, David y MAZA ZORRILLA, Elena (coord.) Los desafíos de los derechos humanos hoy. Valladolid: Dykinson editores, 18 a 20 de octubre de 2006, 2007. p. 201-217.

creadas por procedimientos de abierta participación popular, con sujeción y respeto por los derechos fundamentales. En ese sentido, el Estado social de derecho busca la realización de los derechos humanos fundamentales mediante el sometimiento del Estado a la legalidad, lo que implica una mayor responsabilidad de los poderes y una mayor participación de los individuos, con el fin de erradicar las raíces del despotismo que dieron origen al Estado liberal en el cual los ciudadanos buscan protección a sus derechos a la libertad, propiedad e igualdad; que posteriormente fruto de las evoluciones sociales se fue transformando hasta lo que hoy conocemos como Estado social de derecho.

Hoy los ciudadanos bajo un esquema de Estado social y de derecho como el colombiano buscan, además de las tradicionales exigencias anteriormente descritas, garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad, como es el caso de la libertad sindical y los derechos que la conforman como la negociación colectiva.

Díaz refiere que existen principios, mecanismos y valores que deben ser considerados fundamentales, básicos e imprescindibles para que pueda hablarse en esencia de un auténtico Estado social de derecho, los cuales son:

- i. El imperio de la ley como mandato tanto para los gobiernos como para los ciudadanos, teniendo en cuenta que es la manifestación de la voluntad general, es decir, creada con la participación y representación de los integrantes de la sociedad a la luz de una constitución.
- ii. División de poderes en ejecutivo, legislativo y judicial sin intromisión de unos en las actividades de otros y con predominio del poder legislativo, pues siendo el legislador el representante de la soberanía popular, es el que suministra la legalidad y legitimidad a las actuaciones gubernamentales.
- iii. Legalidad o fiscalización de los actos de la administración, esto es, actuación en correspondencia con la ley en todos los niveles del poder ejecutivo así como un

eficaz control de dichas actuaciones por parte de los órganos constitucionales y jurisdiccionales. Lo anterior implica la prohibición a las actuaciones arbitrarias y respeto estricto del principio de legalidad por parte de todos los funcionarios al servicio del Estado.

- iv. Protección de los derechos y libertades fundamentales que incluye garantías jurídicas así como la efectiva realización de las exigencias éticas, políticas, públicas y privadas de la sociedad moderna que han sido plasmadas en clave de derechos económicos, sociales, culturales, etc., los cuales constituyen el fundamento de una efectiva igualdad y dignidad entre los seres humanos. Las instituciones jurídicas y políticas del Estado deben estar al servicio de la realización de las libertades fundamentales de los ciudadanos con garantías jurídicas y el apego al principio de legalidad en las actuaciones administrativas.

Sin lugar a dudas el Estado social de derecho que pregonan nuestra Constitución Política de 1991 atañe a todos los ciudadanos, pero en últimas a quien más se dirige es al propio Estado, a sus órganos, poderes y representantes, por lo cual sus actuaciones en todo momento deben ser armónicas con el orden jurídico, con el imperio de la ley como expresión del principio de legalidad y el sometimiento al marco jurídico constitucional.

Debido a que para la presente investigación es fundamental el principio de legalidad de las actuaciones de la administración es menester detenerse en un breve análisis del planteamiento que realiza en torno a este principio el maestro Elías Díaz.

El principio de legalidad tradicionalmente es entendido como la exigencia del sometimiento de la administración a la ley, lo que quiere decir que la administración en su actuación debe siempre respetar la primacía de la ley, pues ella es el marco en el que actúan las autoridades al servicio del Estado. El principio de legalidad se manifiesta a través del control y responsabilidad de la administración mediante un sistema que asegure su comportamiento conforme a derecho y que sirva de garantía para la seguridad jurídica de los administrados.

Ese sistema responde al control de legalidad que deben hacer los jueces de un Estado democrático a las actividades administrativas a través de la justicia contenciosa administrativa.

Sin un control judicial de la administración, se desdibuja el esquema de estado social de derecho y se entraría en un Estado absoluto autoritario o totalitario, cuyo ejecutivo maneja un poder ilimitado e incontrolado.

Toda la actividad de la administración debe estar sometida al imperio de la ley y debe quedar sujeta al control jurisdiccional, incluso en sus actos más discrecionales, puesto que excluir del control de los jueces este tipo de actos denominados “políticos”, implica consagrar que la administración puede obrar en los mismos sin límite legal alguno, incluso atropellando los derechos más elementales de los ciudadanos, puesto que se carecería de un medio técnico para imponerle en sus actos los límites señalados por el marco jurídico legal y constitucional, impidiendo exigirle el respeto de los derechos hipotéticamente atropellados⁷⁴.

En cuanto a las garantías jurídico-formales para el ejercicio de las libertades fundamentales, es necesario que los derechos humanos se concreten y se hagan efectivamente vigentes a través de su protección formalizada e institucionalizada en el ordenamiento jurídico, sin esto los derechos humanos no cobran sentido y se quedan en meras palabras. De igual manera, los mecanismos socioeconómicos se deben planificar con miras a lograr para todos los ciudadanos la realización material de estos derechos⁷⁵.

En la situación socio jurídica planteada, el Ministerio del Trabajo vulneró el derecho de los aviadores sindicalizados, asociados en la Acdac, al proferir un acto administrativo a todas luces contrario a la legalidad establecida en el ordenamiento jurídico colombiano para la convocatoria e integración de tribunales de arbitramento obligatorios para la solución de

⁷⁴ DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus ediciones, 1983. p. 38.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 40

controversias de naturaleza económica, que se presenten entre los trabajadores y empresas de los servicios públicos declarados como esenciales por el legislador.

En la situación planteada en la presente investigación, se desnaturalizó lo que en términos de Elías Díaz es “la razón de ser” de Estado social de derecho colombiano, puesto que fue una autoridad administrativa, dependiente de la rama ejecutiva del poder público, la que cercenó uno de los derechos humanos de los trabajadores, considerado de naturaleza fundamental en las relaciones laborales, como lo es la negociación colectiva. Con esta actuación arbitraria, se sienta un precedente que plasma un mensaje indeseable en el sector trabajador colombiano, toda vez que los derechos laborales sindicales de los trabajadores se estarían viendo truncado en su materialización, con anuencia y participación de un organismo del propio Estado, sin que gocen de efectiva protección como sería lo esperado en un Estado social de derecho, con sujeción a la constitución y a la ley.

La realización del derecho humano laboral de la negociación colectiva, que se encuentra principalmente en cabeza de los trabajadores, se está viendo afectado debido a la renuencia del Estado representado por el Ministerio del Trabajo a someter sus actuaciones al imperio de la ley, que en el caso concreto es el decreto 1072 de 2015, adicionado por el decreto 017 de 2016, contentivo del procedimiento para la convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio. El derecho a la negociación colectiva carece en la práctica de las garantías necesarias para su realización, puesto que una convocatoria a tribunal de arbitramento resulta contraria al espíritu de la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derecho del trabajo que forman parte del bloque de constitucionalidad, cuando en la mesa de diálogos existe ánimo para encontrar una solución concertada al conflicto.

Por lo anteriormente descrito, no solo se encuentra en alto riesgo la efectividad del derecho de negociación, también la paz y la igualdad material en las relaciones de trabajo, puesto que con las actuaciones oficiosas y claramente arbitrarias del Ministerio del Trabajo en los conflictos colectivos, se genera una inseguridad jurídica en los trabajadores así como un clima de desconfianza en las instituciones, que por mandato constitucional se encuentran

instauradas para garantizar la realización de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, misión que no está siendo llevada a cabo por las autoridades administrativas del trabajo que auspician la violación de derechos esenciales en el ámbito laboral como la negociación colectiva.

En casos como el de Avianca-Acdac los intereses económicos de la economía capitalista y globalizada se anteponen a la realización de los derechos y libertades de los trabajadores, las cuales resultan afectadas incluso por la complicidad del Estado y el capital privado.

Si bien el orden jurídico colombiano prevé mecanismos judiciales para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos que emite la administración, como la resolución de convocatoria a un tribunal de arbitramento, estos se encuentran lejos de brindar una protección celera, máxime cuando un acto administrativo lesiona derechos de naturaleza fundamental y humana en el ámbito laboral, que ameritan una tutela pronta y oportuna. El mecanismo de la acción de tutela podría incoarse en casos cuando un acto administrativo ilegal lesiona derechos fundamentales de forma directa o por conexidad, como el procedimiento ilegal por parte del Ministerio del Trabajo de la resolución que convocó a tribunal de arbitramento en el conflicto entre la Acdac y Avianca, pero existe la alta probabilidad de que se deniegue la protección solicitada a la luz de la existencia de un mecanismo principal como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

El medio de control en la realidad jurídica de nuestro país resulta inoportuno para la protección de los derechos laborales que resultan vulnerados por las actuaciones oficiosas e ilegales del Ministerio del Trabajo, puesto que su resolución en los despachos de la justicia contenciosa administrativa toma entre 2 y 5 años aproximadamente, tiempo en el cual al momento de proferirse el fallo, ya se encuentra la violación a los derechos consolidada y poco efectivo resulta para exigir su efectiva protección.

Por lo anterior, es necesaria la instauración de medidas de protección –diferentes a los mecanismos judiciales- que desde la institucionalidad del Estado social de derecho

colombiano propendan por la legalidad de las actuaciones administrativas del Ministerio del Trabajo en la convocatoria a tribunales de arbitramento obligatorios, de cara a proteger el ejercicio legítimo del derecho de negociación colectiva de los trabajadores sindicalizados para la efectiva realización de los derechos humanos laborales, que son indispensables en la consecución de la estabilidad e igualdad material en las relaciones de trabajo.

En situaciones como la acontecida en el conflicto colectivo entre la Acdac y Avianca no resulta descabellado hablar de una crisis de legalidad y del Estado democrático de derecho, más aún cuando resultan afectados derechos esenciales en el ámbito laboral como consecuencia del actuar arbitrario de un organismo del Estado. En ese contexto el maestro Luigi Ferrajoli planteó desde mediados de la década de los ochenta la teoría de las instituciones de garantía para los derechos de los ciudadanos como alternativa que va a poner fin a la crisis de legalidad que se ha experimentado en los últimos tiempos, incluso en los estados más democráticos.

Las instituciones de garantía son aquellas investidas de la función vinculada a la aplicación de la ley, y en particular, a tutelar los derechos y libertades fundamentales⁷⁶. Forman parte de estas instituciones las jurisdiccionales, pero también las administrativas dirigidas inescindiblemente a la garantía de los derechos fundamentales, en el marco de los Estados sociales y democráticos de derecho. La construcción de un orden informado por los principios básicos de la esencia del Estado social de derecho –descritos puntualmente por estudiosos del derecho de la talla de Elías Díaz- requiere de la creación de instituciones y funciones de garantía.

La vigencia del derecho de negociación colectiva como parte integrante de los derechos y libertades de los trabajadores reconocidos por la carta democrática colombiana mediante las instituciones de garantía constituyen una limitante en las actuaciones de las autoridades

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 318-322.

administrativas y de los poderes públicos, esto es, en palabras de Ferrajoli, la esfera de lo inescindible.

Si bien la función de garantía de los derechos por antonomasia es la judicial, Luigi Ferrajoli reconoce que nada impide que las funciones de garantía sean desarrolladas desde las instituciones administrativas del Estado a fin de concretar la efectiva realización de los derechos de los trabajadores en el contexto de la situación socio jurídica planteada en esta investigación.

2. COMPORTAMIENTO DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA PRAXIS JURÍDICA SINDICAL EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS QUE BRINDA EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO

El presente capítulo tiene por objeto analizar el comportamiento que ha presentado el derecho de negociación colectiva en la práctica sindical al interior de nuestro Estado social de derecho. Para cumplir con ese objetivo, y dado el enfoque legalista de carácter estructuralista de esta investigación, la estrategia metodológica que se utilizó fue la etnometodología aplicada a la investigación socio jurídica, la cual consiste en el estudio del análisis de las prácticas cotidianas de los individuos y las actividades que desarrollan en contextos inmediatos⁷⁷.

2.1. Planteamiento del método etnometodológico de investigación, unidad de análisis y categorías

Las prácticas cotidianas en este contexto jurídico, hacen referencia a las prácticas que los sujetos involucrados en un conflicto colectivo de trabajo desarrollan legítimamente en el ejercicio del derecho de negociación colectiva. Para obtener resultados acordes con la situación socio jurídica problemática de esta investigación, fue necesario desarrollar el método etnometodológico aplicando entrevistas científicas a tres miembros de organizaciones sindicales, dos miembros de agremiaciones empresariales y tres profesionales del derecho expertos en relaciones colectivas del trabajo.

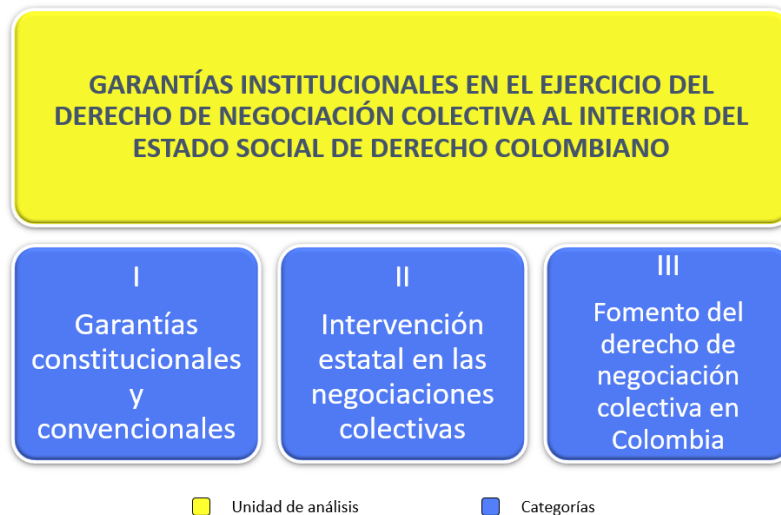
Las preguntas fueron planteadas desde la perspectiva de la realización del derecho de negociación colectiva, como parte integrante de los derechos de la libertad sindical de los trabajadores en el Estado social de derecho colombiano. En ese sentido, la unidad de análisis que sirvió como soporte para el planteamiento de las categorías analíticas y posteriormente

⁷⁷ ÍÑIGUEZ-RUEDA, Lupicinio. El lenguaje de las ciencias sociales: fundamentos, conceptos y modelos. Barcelona: Editorial UOC, 2013. p. 65.

el cuestionario, corresponde a las garantías institucionales que el Estado brinda a las partes involucradas en los conflictos económicos laborales en el ejercicio del derecho de la negociación colectiva.

El concepto de garantía institucional fue concebido a inicios del siglo pasado por el jurista y filósofo alemán Carl Schmitt con el propósito de proteger los derechos e instituciones fundamentales consagrados en una constitución frente al poder legislativo, para limitar su injerencia, de tal manera que en la elaboración de las leyes no se pudiera desconocer su existencia. Posteriormente las investigaciones de la doctrina europea imprimieron una estirpe más amplia y en la actualidad las garantías institucionales preservan a una institución “*no solo de su destrucción sino de su desnaturalización*”⁷⁸ e involucra a la institucionalidad tanto pública como privada.

MÉTODO ETNOMETODOLÓGICO DE INVESTIGACIÓN



Gráfica N° 1. Unidad de análisis y categorías del método etnometodológico aplicado en la presente investigación. Fuente: Trabajo propio.

⁷⁸ CIDONCHA MARTÍN, Antonio. Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial. En: Revista Teoría y Realidad Constitucional. N° 23, 2009, p. 149-188. ISSN: 2174-8950.

De la unidad de análisis anteriormente explicada se plantearon tres categorías que sirvieron de sustento para la elaboración de las preguntas que se aplicaron a los sujetos seleccionados para las entrevistas y de esta manera realizar el diagnóstico de la situación del derecho de negociación colectiva en el mundo del derecho del trabajo. La primer categoría son las garantías que contempla la Constitución Política y los convenios internacionales sobre derecho del trabajo de la OIT ratificados por Colombia; la segunda es la intervención que el Estado realiza en el marco de las negociaciones entre trabajadores y empleadores en un conflicto colectivo de trabajo; la tercer y última categoría es el fomento del derecho de negociación colectiva para la solución de controversias económicas del ámbito laboral.

2.2. Cuestionarios aplicados a la población objeto de estudio

Una vez establecida la unidad de análisis, las categorías y la población objeto del método etnometodológico de investigación se procedió a la elaboración de la batería de preguntas que se les aplicó a los entrevistados. A continuación se relacionan las preguntas realizadas a cada uno de los entrevistados en razón a la disciplina en la cual se desempeñan, verbi gratia, la dirección gremial empresarial, el liderazgo sindical o el ejercicio del derecho enfocado en los asuntos laborales.

Cuestionario aplicado a los representantes de las organizaciones sindicales		
N°	Bloque temático	Categoría relacionada
1	¿Considera que el Estado contribuye a la realización del diálogo social y los derechos de la libertad sindical de los trabajadores en los conflictos colectivos de trabajo?	I. Garantías constitucionales y convencionales
2	¿En la práctica la discusión de los pliegos de peticiones y la suscripción de convenciones colectivas se realizan en un plano de igualdad?	I. Garantías constitucionales y convencionales

3	¿Considera que la intervención del Ministerio del Trabajo en las negociaciones colectivas fortalece el derecho de negociación?	II. Intervención estatal en las negociaciones colectivas
4	¿Considera usted acertado que la convocatoria a tribunal de arbitramento sea realizada de manera oficiosa por una autoridad administrativa como el Ministerio del Trabajo?	II. Intervención estatal en las negociaciones colectivas
5	¿La comisión de concertación de políticas salariales cuenta con las facultades necesarias para la promoción de la negociación colectiva en los conflictos laborales?	III. Fomento del derecho de negociación colectiva
6	¿Las políticas del Ministerio del Trabajo en materia de derecho colectivo fomentan el dialogo y la negociación colectiva?	III. Fomento del derecho de negociación colectiva
7	¿Cree usted que los mecanismos dispuestos por el orden jurídico como los tribunales de arbitramento coadyuvan al fomento de la negociación colectiva?	III. Fomento del derecho de negociación colectiva

Cuadro N° 1. Cuestionario aplicado a los representantes de las organizaciones sindicales.

Cuestionario aplicado a los representantes de los gremios empresariales		
N°	Bloque temático	Categoría relacionada
1	¿Considera que la negociación de pliegos de peticiones con los trabajadores sindicalizados coadyuva a la realización de los fines empresariales	I. Garantías constitucionales y convencionales

	en el marco del derecho constitucionalmente reconocido a la libertad de empresa?	
2	¿Considera que el Estado colombiano a través de sus instituciones garantiza la negociación, el diálogo y la concertación en los conflictos laborales?	I. Garantías constitucionales y convencionales
3	¿El Ministerio del trabajo, dentro de su labor en la solución de las controversias laborales, proporciona herramientas para encontrar una solución concertada a los conflictos entre la empresa y el sindicato?	II. Intervención estatal en las negociaciones colectivas
4	¿Considera idóneo que la convocatoria a tribunal de arbitramento en un conflicto colectivo sea realizada por iniciativa propia del Ministerio del Trabajo?	II. Intervención estatal en las negociaciones colectivas
5	¿El mecanismo de tribunales de arbitramento fomenta la negociación entre el sector empresarial y los trabajadores sindicalizados en los conflictos colectivos? o, por el contrario, ¿constituye una limitante para las negociaciones?	III. Fomento del derecho de negociación colectiva
6	¿Cree que el Ministerio del Trabajo debería continuar interviniendo en los conflictos colectivos de trabajo?	III. Fomento del derecho de negociación colectiva

Cuadro N° 2. Cuestionario aplicado a las representantes de los gremios empresariales.

Cuestionario aplicado a profesionales del derecho expertos en asuntos colectivos de trabajo

N°	Bloque temático	Categoría relacionada
1	¿Considera que el Estado colombiano cumple con sus obligaciones internacionales contraídas con la suscripción de los convenios 87, 98 y 154 de la OIT, relativos al fomento del derecho de negociación colectiva para la solución de los conflictos colectivos y su no obstaculización?	I. Garantías constitucionales y convencionales
2	¿La negociación colectiva, en la práctica, es garantizada en las relaciones laborales como lo estipula el artículo 55 de nuestra Constitución?	I. Garantías constitucionales y convencionales
3	¿Es eficiente la labor de la comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales en la resolución de los conflictos colectivos de trabajo mediante un clima de diálogo entre los trabajadores sindicalizados y los empresarios?	II. Intervención estatal en las negociaciones colectivas
4	¿El Ministerio del Trabajo en sus intervenciones en los conflictos colectivos laborales es garante del ejercicio del derecho de negociación por parte de los delegados de los trabajadores?	II. Intervención estatal en las negociaciones colectivas
5	¿Considera que el Ministerio del Trabajo coadyuva a la realización de los fines esenciales del Estado, específicamente, en la realización de los derechos de la libertad sindical, la igualdad material y la vigencia	II. Intervención estatal en las negociaciones colectivas

	de un orden social justo en las relaciones laborales por medio del ejercicio del derecho de negociación colectiva?	
6	¿Considera usted acertado que la convocatoria a tribunal de arbitramento sea realizada de manera oficiosa por una autoridad administrativa como el Ministerio del Trabajo?	II. Intervención estatal en las negociaciones colectivas
7	¿Es verdaderamente imparcial la labor que desarrolla el Ministerio del Trabajo, como autoridad administrativa de la rama ejecutiva del poder público, en las mesas de diálogo que se realizan con ocasión de un conflicto colectivo?	II. Intervención estatal en las negociaciones colectivas
8	¿El mecanismo del tribunal de arbitramento fortalece el ejercicio del derecho de negociación colectiva?	III. Fomento del derecho de negociación colectiva

Cuadro N° 3. Cuestionario aplicado a profesionales del derecho expertos en asuntos colectivos de trabajo.

2.3. Población metodológica y criterios de selección

Las entrevistas que se realizaron en desarrollo del método cualitativo etnometodológico de investigación se aplicaron a las siguientes personas:

Representantes de las organizaciones sindicales	
Luis Alejandro Pedraza Becerra	<p>Presidente de la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia –CUT desde agosto de 2012, líder sindical desde hace más de treinta años, miembro fundador de la CUT en 1986, miembro de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales</p> <p>Fecha y lugar de la entrevista: 19 de abril de 2018, sede de la CUT en Bogotá.</p>
Fabio Arias Giraldo	<p>Secretario General de la CUT desde 2011, líder sindical con una trayectoria de más de 25 años, docente, miembro del Comité Ejecutivo Nacional de la CUT, miembro de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, ha participado como delegado del sector trabajador colombiano en diversas conferencias del trabajo celebradas por la OIT en Ginebra (Suiza).</p> <p>Fecha y lugar de la entrevista: 19 de abril de 2018, sede de la CUT en Bogotá.</p>

<p>Capitán Roberto Ballén Bautista</p>	<p>Vicepresidente de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles ACDAC, piloto comercial vinculado a la aerolínea panameña Copa, miembro de la junta directiva de ACDAC, líder sindical del sector de la aviación desde 1995.</p> <p>Fecha y lugar de la entrevista: 24 de abril de 2018, sede de la Acdac en Bogotá.</p>
----------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Cuadro N° 4. Representantes de las organizaciones sindicales entrevistados.

<p>Representantes de los gremios empresariales</p>	
<p>Guillermo Botero Nieto</p>	<p>Presidente de la Junta Directiva de la Federación Nacional de Comerciantes FENALCO desde 2003, abogado y empresario, docente universitario, miembro de FENALCO desde 1985, representante del presidente de la república en la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, presidente de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, miembro de la junta directiva de Corferias y presidente de la firma Consimex S.A. Desde el 7 de agosto de 2018 es el Ministro de Defensa Nacional.</p>

	Fecha y lugar de la entrevista: 04 de mayo de 2018, sede de Fenalco en Bogotá.
Eduardo Visbal Rey	Vicepresidente de Comercio Exterior de FENALCO, miembro de la Federación Nacional de Comerciantes desde 1988, ingeniero, economista, empresario del sector automovilístico, miembro de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales. Fecha y lugar de la entrevista: 30 de abril de 2018, sede de Fenalco en Bogotá.

Cuadro N° 5. Representantes de los gremios empresariales entrevistados.

Profesionales del derecho expertos en derecho colectivo del trabajo	
Iván Daniel Jaramillo Jassir	Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá), Especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Curso de Post-grado en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca. Ex Becario del Curso para Expertos Latinoamericanos en Problemas del Trabajo y Relaciones Laborales de la OIT, Universidad de Bolonia y Universidad de Castilla La Mancha. Master Derecho del Trabajo Universidad de Bolonia (Italia). Doctor

	<p>Cum Laude por la Universidad de Castilla La Mancha. Profesor y Coordinador Área Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad del Rosario. Fundador y director del Observatorio de Derecho Laboral de la Universidad del Rosario, docente, investigador y catedrático⁷⁹.</p> <p>Fecha y lugar de la entrevista: 26 de abril de 2018, Universidad del Rosario, Bogotá.</p>
<p>Ana Rocío Niño Pérez</p>	<p>Abogada de la Universidad Libre, seccional Bogotá, especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en docencia universitaria, magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Nacional de Colombia, docente de pregrado y posgrados en la Universidad Libre, Universidad Autónoma de Colombia, Universidad Santo Tomás de Tunja, Universidad del Sinú, Corporación Universitaria del Caribe en Sincelejo, defensora pública en el área laboral, secretaria académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.</p> <p>Fecha y lugar de la entrevista: 04 de mayo de 2018, sede de la Universidad Libre en Bogotá.</p>

⁷⁹ Información tomada de: [<http://www.urosario.edu.co/Profesores/Listado-de-profesores/J/Jaramillo-Hassir-Ivan-Daniel/>]

Francisco Javier Serna Giraldo	<p>Abogado de la Universidad Autónoma latinoamericana, especialista en Seguridad Social de la misma universidad. Consultor, asesor y litigante en las áreas de Derecho Laboral y Seguridad Social, docente y gestor de proyectos. Actualmente es el director del Área de Defensa de Derechos de la Escuela Nacional Sindical con sede en Medellín.</p> <p>Fecha y lugar de la entrevista: entrevista virtual, 21 de mayo de 2018.</p>
--------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Cuadro N° 6. Profesionales del derecho entrevistados, expertos en derecho colectivo del trabajo.

El criterio de selección de la población a entrevistar obedeció en gran parte al conocimiento directo del conflicto que es objeto de la presente investigación, a saber, el conflicto colectivo que se suscitó entre la organización sindical Acdac y la aerolínea Avianca entre los meses de septiembre a noviembre del año 2017. Entre los representantes de los líderes sindicales todos los seleccionados tuvieron participación directa en el conflicto y son miembros de la federación sindical con mayor representatividad en Colombia.

Los representantes del sector empresarial pertenecen a la agremiación de comerciantes más grande del país – Fenalco-, y tienen bastante trayectoria en el gremio así como en la resolución de conflictos colectivos de trabajo. Las personas entrevistadas en este grupo son miembros de la Comisión Nacional de Concertación de Políticas Salariales y laborales que tiene como principales funciones la de intervenir en la resolución de los conflictos colectivos de trabajo y participar en la fijación del salario mínimo cada año.

Los profesionales del derecho seleccionados cuentan con amplia trayectoria y reconocimiento en el mundo laboral y en la vida académica, pertenecen a importantes organizaciones a nivel nacional para la defensa y estudio del fenómeno laboral en Colombia como lo son el Observatorio de Derecho Laboral de la Universidad del Rosario, la Defensoría Pública y la Escuela Nacional Sindical.

2.4. Implementación del método etnometodológico de investigación

2.4.1. Valoración del comportamiento de la categoría I desde la perspectiva de las organizaciones sindicales

La categoría I tiene por propósito establecer el cumplimiento en la práctica de las garantías contempladas en la Constitución y en los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia para el ejercicio del derecho de negociación colectiva. En ese sentido, fue de gran importancia indagar acerca del papel del Estado en la realización del diálogo social y los derechos propios de la libertad sindical en los conflictos colectivos.

En este punto, los entrevistados consideran que en Colombia existen las garantías en las normas, los convenios y las recomendaciones pero en la realidad estas carecen de efectividad y no se aplican, motivo por el cual son insuficientes para alcanzar un nivel de desarrollo que permita llegar a soluciones concertadas en los conflictos. La mayoría de las personas que llegan a las altas esferas del gobierno en entidades que tienen por objeto la promoción de los derechos laborales provienen de sectores empresariales, por lo que en las políticas estatales de promoción de derechos prima la perspectiva del empleador, coartando la voluntad estatal para el cumplimiento de los derechos de los trabajadores consagrados en la ley, la constitución y los convenios internacionales de derecho del trabajo.

El Estado plasma en las normas derechos, libertades y garantías para el ejercicio del derecho de negociación por parte de los trabajadores pero en la praxis del conflicto económico estas garantías no son cumplidas. Tradicionalmente se considera al trabajador como el extremo

que se encuentra en situación de debilidad en la relación de trabajo, pero el Estado no cumple con el deber de protección que el ordenamiento jurídico le impone.

Uno de los objetivos de las buenas prácticas en la negociación colectiva es que esta última se realice en condiciones de igualdad para que la suscripción de la convención implemente los planteamientos de las dos partes en conflicto de manera que se garanticen los principios de justicia y equidad. Al respecto los líderes sindicales entrevistados consideran que en la práctica la negociación colectiva tendiente a la suscripción de pliegos de peticiones no se realiza en un plano de igualdad debido a que se propende por la judicialización de los conflictos colectivos mediante la imposición de tribunales de arbitramento.

La justicia arbitral, al ser una justicia restrictiva, pues para acudir a ella se debe contar con recursos económicos para sufragar los honorarios de los árbitros, favorece con sus decisiones al extremo del conflicto que cuenta con el poder económico, es decir, a los empresarios. Así mismo, consideran los líderes sindicales que no es posible llevar a cabo la negociación colectiva en igualdad de condiciones cuando el empresario realiza actos que desnaturalizan no solo el derecho de negociación sino el de asociación sindical como celebrar pactos colectivos con trabajadores no sindicalizados a los que se les ofrecen prebendas y condiciones de trabajo de mayor raigambre que las que está dispuesto a negociar con un sindicato.

En la práctica las organizaciones sindicales consideran que los derechos y garantías contemplados en la constitución y el bloque de constitucionalidad son inoperantes.

2.4.2. Valoración del comportamiento de la categoría I desde la perspectiva de los gremios empresariales

Con el fin de garantizar la paz y armonía colectiva en las relaciones de trabajo, la Constitución y la ley dotaron el escenario institucional, en cabeza del Ministerio del Trabajo, de herramientas para propender por la realización de los valores democráticos de un Estado Social de Derecho; es por esta razón que en las entrevistas realizadas a los representantes de

los empresarios un aspecto trascendental fue averiguar si consideran que Ministerio del Trabajo proporciona herramientas para encontrar una solución concertada a los conflictos entre sindicato y empresa.

Consideran que el Ministerio tiene un papel más que mediador, es un amigable componedor, pero este rol se encuentra supeditado al querer del ministro de turno, es decir, la inestabilidad en la dirección del Ministerio hace que su labor misional de mediación se vea afectada de manera negativa.

La negociación de pliegos de peticiones con los sindicatos ayudan a consolidar los fines sociales que el derecho constitucionalmente reconocido a la libertad de empresa demanda de aquellas personas que se dedican a la generación de industria. Los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva son derechos legítimos de los trabajadores que se encuentran en el rango constitucional, el empresario respeta esa legitimidad y negocia con los trabajadores sindicalizados todo lo atinente a los aspectos que rigen la relación de trabajo.

La divergencia con las asociaciones sindicales surge en el momento en el que se dan a conocer los pliegos de peticiones en el marco de una negociación, puesto que existen puntos que los trabajadores consideran de suma importancia mientras que los empleadores no tienen la misma visión. Cuando las exigencias contenidas en los pliegos de peticiones conllevan a costos muy altos existe el riesgo de generar una parálisis, con un alto costo para la economía y la sociedad, o la disolución que la empresa que no está preparada para cumplir con las exigencias por ejemplo a causa del déficit económico.

Conforme a lo expresado por los empresarios entrevistados, el Estado por medio de sus instituciones garantiza la negociación, el diálogo y la concertación en el marco de un conflicto colectivo de trabajo, esa es la labor que le imprime la Constitución nacional y la ley pero del mismo modo reconocen que en ocasiones es mucho más sencillo llegar a la concertación sin su intervención como mediador.

2.4.3. Valoración del comportamiento de la categoría I desde la perspectiva de profesionales del derecho laboral

Colombia ha ratificado los convenios 87, 98 y 154 de la OIT relativos al fomento y no obstaculización del derecho de negociación colectiva y libertad sindical para la solución de controversias económicas laborales. En la observancia de las obligaciones contraídas con la suscripción de los referidos convenios el Estado ha jugado un papel bastante deficiente ya que según cifras del último censo sindical elaborado por el Ministerio del Trabajo el derecho de sindicalización alcanza al 6,7 %⁸⁰ de las personas ocupadas en el país, lo cual lleva a la conclusión de que en la práctica no existe libertad sindical en Colombia.

Por otro lado, el porcentaje de negociación colectiva es mucho más bajo que el anterior. Según estudios del Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario (del cual uno de los entrevistados es su director) oscila entre el 2,5% y 3%. El Estado colombiano no promueve negociación sectorial como forma de extensión y promoción de la negociación colectiva que es un elemento de transformación social y de reivindicación de derechos.

Mediante la expedición de varias leyes y resoluciones el Estado muestra su intención de dar cumplimiento a las obligaciones en materia de derechos laborales contraídas con la OIT, pero en la práctica no se da, lo cual hace que la protección y promoción de los derechos propios de la libertad sindical se queden en el papel.

Resulta rescatable el cumplimiento del convenio sobre negociación colectiva en el sector público con la expedición del decreto 160 de 2014, aunque el Estado sistemáticamente ha incumplido muchas de las convenciones alcanzadas en virtud de dicha normatividad.

⁸⁰ Al respecto ver: http://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/derechos-fundamentales-del-trabajo/equipo-de-censo-sindical-y-capacitacion-a-lideres/-/document_library/wlnFUQbxPYoh/view_file/58522367

El artículo 55 constitucional impone al Estado la obligación de garantizar la negociación colectiva para la regulación de las relaciones laborales salvo en los casos excepcionales que señale la ley. En la práctica, la negociación colectiva en Colombia tiene muchos obstáculos y dificultades que generan disfuncionalidades, principalmente debido a la negociación de pactos colectivos que deprime la negociación colectiva por el conducto oficial que es la negociación por arreglo directo, lo cual muestra una tendencia a la baja de la negociación de convenciones colectivas de trabajo y una tendencia a la alta de negociación de pactos colectivos y los contratos sindicales.

Por lo anterior, los pactos colectivos están sustituyendo a las convenciones colectivas y cuando se negocia una convención por lo general termina incorporando integralmente el pacto, con lo cual se acentúan las dificultades de efectividad en la realización de los derechos laborales y de garantía del derecho de negociación colectiva. Por otra parte, frente a las nuevas prácticas laborales que no se dan en el marco del contrato de trabajo, se impide o se limita la negociación como en el caso de los contratistas, personas de las cooperativas de trabajo asociado y tercerizaciones laborales.

Para que en la práctica se garantice el derecho de negociación colectiva como un mecanismo efectivo de concertación y de dialogo social en las relaciones del trabajo, resulta indispensable un sindicalismo fuerte, que permita una verdadera representatividad y autonomía a la hora de acordar mejores condiciones de trabajo. La baja tasa de sindicalización existente en Colombia, en un contexto de decrecimiento en la afiliación y de fragmentación de las organizaciones, generan un panorama que imposibilita garantizar en la práctica la negociación colectiva.

2.4.4. Valoración del comportamiento de la categoría II desde la perspectiva de las organizaciones sindicales

Dado que las autoridades del Estado están concebidas para garantizar la realización de los derechos y libertades de los habitantes del territorio colombiano, esta categoría pretende

determinar si la intervención de las autoridades en el conflicto colectivo de trabajo garantiza el goce pleno de los derechos de negociación colectiva y libertad sindical de las partes involucradas.

De acuerdo con esto, los representantes de las centrales obreras consideran que la intervención del Ministerio del Trabajo en las negociaciones colectivas no fortalecen el derecho de negociación colectiva, por cuanto en situaciones en las que los empresarios se niegan a iniciar las conversaciones dentro del término previsto por la ley, el ministerio tiene la potestad sancionatoria para obligar al empleador a cumplir con su obligación a fin de salvaguardar el derecho de negociación, pero en la práctica dicha facultad no se utiliza.

El Ministerio del Trabajo desborda las facultades que la ley le señala y toma parte en aspectos que le son absolutamente ajenos en algunos casos, y en otros es llamado para que realice su labor de mediación en el conflicto colectivo de trabajo sin que se evidencie que realmente asume su tarea con la responsabilidad que debería tener.

Paralelamente, el hecho de que la convocatoria al mecanismo del arbitramento se efectúe por iniciativa de una autoridad administrativa, como lo es el Ministerio del Trabajo, es visto con preocupación por los sectores sindicales puesto que constituye un atropello a los derechos sindicales de los trabajadores y una contravención a los convenios y recomendaciones proferidas por la OIT en los cuales se enfatiza que el arbitramento es un mecanismo de solución de conflictos voluntario que procede con la anuencia de los intervinientes. La convocatoria al arbitramento en forma unilateral por agentes externos al conflicto aniquila el espíritu de negociación y la esencia misma de ese mecanismo de solución de controversias.

Un acuerdo común por iniciativa de las partes puede darse hasta en el último instante del proceso de negociación, por lo tanto la imposición del arbitramento cercena cualquier posibilidad de diálogo entre los intervinientes.

La convocatoria al tribunal de arbitramento debe provenir de la voluntad de las partes que se encuentran inmersas en el conflicto colectivo porque son ellas quienes han intervenido en el desarrollo del mismo y deben determinar si los diálogos pueden conllevar a la solución de la controversia o si por el contrario, estos cayeron en un estado de anquilosamiento que no va a permitir avanzar en la consecución de una solución. Antes de que las partes decidan solicitar la convocatoria al tribunal de arbitramento, los líderes sindicales respaldan que exista una mediación dirigida por profesionales en la materia, imparciales con los intereses en conflicto, como podría serlo la Defensoría del Pueblo ya que desde el punto de vista institucional es este organismo de control quien tiene asignada la función de velar por el cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución, las leyes y convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Por otro lado, en Colombia existe la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales como un escenario con auspicio del Ministerio del Trabajo que tiene por finalidad el fomento del diálogo social en los conflictos laborales y coadyuvar en la fijación del salario mínimo legal. En lo que al fomento del diálogo social atañe, los líderes sindicales consideran que su labor de mediación en los conflictos colectivos es muy insignificante, por cuanto los sindicatos elevan al Ministerio una solicitud para que se reúna la Comisión de Concertación a fin de que realice su labor de mediación en los conflictos entre trabajadores y empleadores pero finalmente no interviene o el Ministerio no la convoca.

2.4.5. Valoración del comportamiento de la categoría II desde la perspectiva de los gremios empresariales

Por su parte, los directivos de las agremiaciones empresariales entrevistados estiman que la labor que desarrolla el Ministerio del Trabajo en el marco de los conflictos laborales entre empresarios y trabajadores es buena y debe seguir interviniendo en tales asuntos, aunque de manera imparcial ya que mientras esa cartera del gobierno ha sido dirigida por ministros del trabajo populistas su labor ha resultado infructuosa.

La convocatoria a tribunal de arbitramento por iniciativa propia del Ministerio del Trabajo es admitida por los empresarios cuando las partes no pudieron llegar a la solución del conflicto en la etapa de arreglo directo. Consideran que no importa la vía por la cual se convoque el tribunal de arbitramento, lo realmente importante es poder llegar a él a fin de terminar con el conflicto colectivo. Aseguran que son los sindicatos y la empresa los que deben solicitarle al Ministerio del Trabajo el tribunal de arbitramento, pero debido a la displicencia de las organizaciones sindicales por este mecanismo de solución de conflictos, es dable que sea la autoridad del trabajo la que lo convoque.

En proceso de convocatoria al tribunal de arbitramento puede convocarse la asistencia de la procuraduría con el objetivo de verificar que las garantías legales se cumplan aunque no estiman necesaria la intervención de un organismo que vele por la garantía de los derechos de las partes en conflicto dado que el exceso de regulación está dificultando el ejercicio de la actividad económica. La labor del Estado, además de garantizar los derechos de los trabajadores es asegurar la paz laboral para el desarrollo de la economía.

2.4.6. Valoración del comportamiento de la categoría II desde la perspectiva de profesionales del derecho laboral

En criterio de los profesionales del derecho entrevistados, el Ministerio del Trabajo en la práctica no coadyuva en la realización de los derechos de la libertad sindical y negociación colectiva para efectivizar la igualdad material y la vigencia de un orden social justo en las relaciones laborales. Desde el punto de vista legal la función del Ministerio del Trabajo esté encaminada a lograr la efectividad de los derechos laborales y de libertad sindical. Sin embargo, los funcionarios de esta dependencia ministerial han argüido históricamente una imparcialidad que no les es propia, dado el carácter protector que tienen las normas sociales del trabajo.

Su intervención en los conflictos colectivos necesariamente debe darse cuando alguna de las partes se lo solicita. Por ejemplo cuando se convoca a tribunal de arbitramento se solicita al

Ministerio del Trabajo que se organice el tribunal; cuando alguna de las partes no cumple las etapas de la negociación y alguna de ella lo requiere por conducto del Ministerio; cuando se van a estipular sanciones por la renuencia de alguna de ellas en la realización de la negociación. En definitiva, las facultades del Ministerio del Trabajo en materia de negociación colectiva son básicamente sancionatorias.

El esfuerzo que el Estado hace por conducto del cumplimiento de los compromisos de los TLC con los Estados Unidos y la Unión Europea así como el plan de acción laboral han demostrado ser insuficientes para en el fortalecimiento de actividades de inspección, vigilancia y control del ministerio, que son en las que se centra el cumplimiento de las normas laborales y efectividad de las garantías que están previstas en el ordenamiento.

Frente a la garantía que debe brindar el Ministerio del Trabajo para el ejercicio del derecho de negociación cuando interviene en los conflictos colectivos de trabajo, los profesionales señalaron que la intervención de dicha entidad en los conflictos colectivos laborales, de acuerdo con la ley, es limitada y residual, puesto que la negociación colectiva es responsabilidad exclusiva de las partes en conflicto (organizaciones sindicales o trabajadores plurales y empleador), al menos durante la fase de arreglo directo.

El Código Sustantivo del Trabajo le atribuye al ministerio básicamente una función sancionatoria, durante la fase de arreglo directo, frente al empleador que impida u obstaculice el desarrollo de la negociación. Sin embargo, en la práctica su intervención no garantiza los derechos de los trabajadores, puesto que, de un lado, las multas impuestas en la mayoría de veces no son cobradas y, de otro lado, a pesar de la sanción, se evidencian casos en los que los empleadores continúan renuentes al trámite de la negociación.

Según los profesionales del derecho entrevistados el Ministerio del Trabajo no debe intervenir en los conflictos colectivos laborales debido a los pronunciamientos de la OIT que han sido enfáticos en establecer que ninguna autoridad administrativa puede involucrarse en los conflictos.

La convocatoria al mecanismo de tribunales de arbitramento de manera oficiosa por parte del Ministerio del Trabajo no tiene asidero legal en Colombia debido a la sentencia de constitucionalidad que declaró inexecutable el parágrafo 2 del artículo 1 de la ley 1210 de 2008 en el cual se autorizaba al ejecutivo para poder convocar al tribunal de arbitramento cuando un conflicto colectivo, en razón a su magnitud, afectaba la salud, el orden público y la economía. Los derechos sindicales presentan demasiados inconvenientes que no necesitan seguir siendo erosionados por decisiones de intervención de una autoridad administrativa en desconocimiento de lo que la ley establece.

No es acertado que el Ministerio del Trabajo convoque de oficio al tribunal de arbitramento ya que las partes deben elevar una solicitud a la dependencia ministerial y esta debe recogerla para posteriormente expedir un acto administrativo convocando al tribunal. El Ministerio no puede convocar al tribunal de manera discrecional porque ese sería un acto arbitrario y en contravía de la ley, ni siquiera en aquellos previstos en los que el arbitramento es obligatorio el Ministerio puede convocar al tribunal de arbitramento por iniciativa propia ya que el arbitramento es obligatorio para las partes, porque no tienen más opción sino la de seguir por esa vía, luego en estos casos una de las partes o ambas debe elevar la solicitud al Ministerio del Trabajo para que este expida el acto administrativo convocando al tribunal. El carácter obligatorio es para las partes, no para el Ministerio u otra autoridad.

Luego si al final de una negociación no se llega a un acuerdo, las partes son las que tienen que solucionar el conflicto suscribiendo la convención colectiva o haciendo una solicitud para que el Ministerio convoque al tribunal de arbitramento. En ninguna parte del ordenamiento jurídico se encuentra que el ministerio tenga la obligación de imponer el tribunal.

El acto administrativo de convocatoria al arbitramento surge de la solicitud de las partes. Si ninguna de las partes lo solicita y el Ministerio, en un intento por resolver un conflicto, convoca al tribunal, está actuando en contravía de los principios constitucionales y de las

convenciones de la OIT porque esa autoridad no tiene la competencia de convocarlo de manera oficiosa. El desarrollo de la negociación colectiva es responsabilidad exclusiva, en principio, de trabajadores y empleador, por tanto la convocatoria de oficio del tribunal de arbitramento no es una potestad legal del Ministerio del Trabajo.

El ministerio no debe intervenir en las mesas de dialogo a menos que las partes le soliciten algún concepto como mediador o experto en asuntos del trabajo Cuando es invitado a las mesas de diálogo que se convocan con ocasión de un conflicto colectivo no actúa con la imparcialidad deseada. Infortunadamente en muchos de los conflictos colectivos esa autoridad no es imparcial, debido a la alta rotación en la cartera, los intereses políticos y económicos, la ausencia de personal especializado en la asesoría del ministerio.

De conformidad con la ley laboral, la imparcialidad del Ministerio del Trabajo es relativa, puesto que se trata de normas creadas para la protección de los trabajadores y, en ese sentido, la vigilancia que esta entidad efectúa debe darse acorde con la voluntad del legislador, que es la de proteger a la parte débil de la relación de trabajo.

Ahora bien, la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales aún no cumple con sus funciones a cabalidad, entre ellas, la resolución de los conflictos colectivos de trabajo mediante un clima de diálogo entre los trabajadores sindicalizados y los empresarios. Si bien es un espacio creado mediante la ley 278 de 1996 en desarrollo del artículo 56 de la Constitución como escenario de concertación entre los principales actores del mundo laboral Colombiano: Empresarios, Trabajadores y Gobierno.

Del total de las nueve funciones asignadas por la norma, la CCPSL sólo ha funcionado para la concertación del salario mínimo – y no siempre de manera efectiva – dejando de lado temas como: 1) el fomento de las relaciones laborales con criterios de coordinación económica y equilibrio social; 2) contribución a la solución de los conflictos del trabajo; 3) la adopción de una política Salarial; 4) la concertación de una política laboral que comprenda: capacitación, empleo, producción y productividad, remuneración mínima vital y móvil, reconversión

industrial y recalificación laboral, participación de los trabajadores en la gestión de las empresas, seguridad social, derechos de la mujer, trabajadores menores y población vulnerable y garantías sindicales; 5) Formulación de proyectos de ley y 6) estrategias para los trabajadores independientes y de la economía solidaria.

Lo anterior evidencia las dificultades que existen para desarrollar una agenda sistemática que recoja las preocupaciones y propuestas de los actores de la relaciones laborales, y con ello la falta de eficiencia en el funcionamiento de la CCPSL. Sumado a esto, el Estado no reconoce la CCPSL como un espacio de diálogo tripartito y adopta sus propias iniciativas al margen de la Comisión.

Las subcomisiones departamentales de concertación constituidas en los 32 departamentos del país, tampoco funcionan adecuadamente. Solo en cinco departamentos (Antioquia, Atlántico, Valle, Tolima y Cundinamarca), el funcionamiento de las subcomisiones es regular. Sin embargo, las subcomisiones no están articuladas con el Trabajo de la Comisión Nacional y se reducen, principalmente, a espacios de discusión y no a espacios de concertación.

Existen otros espacios un poco más efectivos, como la Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos de la OIT – CETCOIT – a los que los sindicatos acuden masivamente en búsqueda de alternativas de resolución de los conflictos, ante los altos niveles de impunidad existentes en el País, frente a las violaciones a los derechos de libertad Sindical. De alrededor de 181 casos estudiados en este espacio, en 116 se ha llegado a acuerdos, lo que demuestra un nivel de eficiencia del 65% del total de los casos⁸¹. Entre los casos más destacables se encuentran los de Ecopetrol, Bavaria y Carbones de Cerrejón, entre otros.

En el caso de Avianca la convocatoria oficiosa que realizó el Ministerio del Trabajo a tribunal de arbitramento truncó caminos tales como la intervención de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales como lo prevé la ley 1210 de 2008.

⁸¹ Cifras aportadas por la Escuela Nacional Sindical en la entrevista realizada.

2.4.7. Valoración del comportamiento de la categoría III desde la perspectiva de las organizaciones sindicales

La tercer categoría que compone la unidad de análisis del método etnometodológico aplicado en el presente trabajo investigativo tiene por objeto analizar la labor de las instituciones del Estado en cuanto al fomento del derecho de negociación colectiva.

En ese orden de ideas, el Estado ha diseñado una serie de políticas e instrumentos tendientes a fortalecer la negociación colectiva, como integrante fundamental de las libertades sindicales, por un lado, y por otro a estructurar alternativas cuando los diálogos en la etapa de arreglo directo fracasan. Uno de esos mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico es el tribunal de arbitramento.

En criterio de los representantes del sector sindical, los tribunales de arbitramento no coadyuvan a fomentar el derecho de negociación colectiva, puesto que de manera reiterativa los tribunales de arbitramento han sido regresivos en las conquistas alcanzadas mediante la lucha sindical y en la mayoría de las situaciones desmejoran las condiciones laborales y salariales de los trabajadores que ya se encontraban adquiridas, excediendo de esta manera sus facultades que expresamente los activa para conocer del conflicto actual, más no para modificar puntos o situaciones ya consolidadas en otras convenciones colectivas en detrimento del principio de progresividad de los derechos laborales.

Asimismo, la composición del tribunal de arbitramento no brinda confianza y seguridad a los trabajadores sindicalizados especialmente en lo que se refiere a la elección del tercer árbitro. Los tribunales de arbitramento básicamente se componen de tres particulares facultados transitoriamente para administrar justicia: un árbitro lo elige la empresa, el segundo árbitro lo elige la organización sindical y el tercer árbitro es elegido de común acuerdo por los otros dos y por lo general, ese árbitro se encuentra parcializado hacia los intereses que representa el árbitro de la empresa. Esta situación pone en desventaja al sindicato y hace que en el

tribunal de arbitramento no se mantenga un equilibrio en cuanto a los intereses que cada árbitro representa.

Otro aspecto que genera desdén en el sector trabajador cuando un conflicto se lleva ante un tribunal de arbitramento es el tema de la duración del proceso arbitral y la poca experticia de los árbitros inscritos en la lista que maneja la Corte Suprema de Justicia. En palabras de los entrevistados, el Ministerio del Trabajo tarda bastante tiempo en nombrar los árbitros una vez se eleva la solicitud y por otro lado, una vez se encuentra conformado el tribunal la emisión del laudo que pone fin a la controversia tarda entre tres y cinco años. Tampoco se aplican los principios procesales de publicidad ya que el tribunal es hermético impidiendo que se realice un control en su actividad por parte de los mismos involucrados en el conflicto o de la opinión pública.

Uno de los instrumentos que el Estado dispuso para el fomento de la negociación colectiva, el diálogo y la solución concertada a los conflictos colectivos de trabajo es la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, por mandato expreso del constituyente de 1991. La comisión cuenta con la facultad de intervención en los conflictos laborales, ya sea de oficio o a solicitud de las partes, pero en la práctica esa intervención no se materializa. La comisión no goza de independencia para desarrollar sus funciones ya que su agenda programática la establece el Ministerio del Trabajo.

La Comisión forma parte del anhelo de los trabajadores porque exista realmente el dialogo social tal y como está establecido en la constitución y en la ley, pero este no se materializa, no se hace uso de las facultades para llegar a una solución a los conflictos proponiendo fórmulas de arreglo o acercando a las partes. De todas las labores que la comisión debe desarrollar, destaca únicamente por su intervención en la fijación del salario mínimo, como ya se explicó líneas más arriba.

En otro orden de cosas, las políticas del Ministerio del Trabajo para el fomento del derecho de negociación colectiva se quedan plasmadas en el las letras de la ley pero no dan un salto

al mundo real, por lo tanto son insuficientes para lograr el objetivo que se proponen. Esto lo demuestra el aumento significativo en los últimos tiempos de los pactos colectivos, los tribunales de arbitramento y los contratos sindicales que son la negación del derecho a la negociación colectiva.

En realidad los representantes de los sindicatos consideran que los programas de fomento de la negociación colectiva del Ministerio del Trabajo se desarrollan con el único propósito de cumplir formalmente, pero no materialmente, con las obligaciones que el país ha contraído en virtud de tratados de libre comercio, convenciones de organismos como la OIT o para ingresar a organismos de cooperación internacional como la OCDE, que le exigen a Colombia ajustar su legislación laboral con los estándares internacional. En el fondo no existe voluntad política para llevar a la práctica el fomento de los derechos de la libertad sindical.

Un aspecto que coadyuva al fomento de la negociación es la justiciabilidad ante la vulneración de los derechos sindicales de los trabajadores que básicamente se traduce en la facultad de policía con la cuenta el Ministerio del Trabajo para sancionar aquellas conductas que llevan a cabo los empresarios cuando se rehúsan a negociar los pliegos de peticiones dentro de los términos señalados en las normas. Los procesos administrativos que adelanta el ministerio para verificar las posibles conductas lesivas de los empresarios se prolongan indeterminadamente en el tiempo, tomando alrededor de cinco años la respuesta a una queja interpuesta por los sindicatos.

En razón a lo anterior, los procesos administrativos sancionatorios que lleva a cabo el Ministerio del Trabajo prolongan en el tiempo la vulneración del derecho de negociación colectiva agravando la situación de los trabajadores, motivo por el cual su labor en el fomento del derecho de negociación colectiva desde la óptica de las organizaciones sindicales es muy cuestionable.

2.4.8. Valoración del comportamiento de la categoría III desde la perspectiva de los gremios empresariales

Las preguntas acerca de esta categoría a los representantes de los empresarios se elaboraron desde la eficacia del tribunal de arbitramento en el acercamiento de las partes para llegar a la solución de una controversia con ocasión de un conflicto colectivo de trabajo.

Los tribunales de arbitramento, según los empresarios, no fomentan la negociación entre las empresas y los trabajadores sindicalizados ya que este hace protagonismo en la etapa final de los diálogos, cuando no hay manera en que las partes lleguen a una solución concertada del conflicto.

La institución del tribunal de arbitramento es la fase que sigue en un conflicto colectivo de trabajo cuando las partes han agotado la negociación, por tanto en ella las partes no tienen la posibilidad de negociar sino que van a ser tres árbitros ajenos al conflicto los que le van a poner solución a la controversia mediante un laudo arbitral.

2.4.9. Valoración del comportamiento de la categoría III desde la perspectiva de profesionales del derecho laboral

Desde la óptica de los profesionales del derecho laboral, los tribunales de arbitramento no constituyen, *per se*, una limitante a la negociación, ya que permiten la solución del conflicto colectivo de trabajo con la intervención de terceros delegados por las partes y es, además, un mecanismo de libre elección de los trabajadores en el marco de la negociación.

El mecanismo del tribunal de arbitramento no es malo en sí, sino que está determinado para unos supuestos específicos que tienen todo el sentido y la lógica filosófica para que funcione en determinado momento del conflicto colectivo.

No obstante, en la práctica, se evidencian varios problemas que se dan, directa o

indirectamente, por razón de los tribunales de arbitramento:

- Este mecanismo es, por norma general, la única salida por la que pueden optar los sindicatos minoritarios que, reiterado sea de paso, son la gran mayoría para el caso colombiano. La rigurosa reglamentación de la huelga en Colombia y las nefastas consecuencias que trae en la legislación el que se declare ilegal la suspensión colectiva, hacen nugatoria esa posibilidad para sindicatos que no agrupen a más de la mitad de los trabajadores de la empresa.
- El tribunal de arbitramento está obligado a atender los argumentos del empleador en cuanto a la denuncia de las cláusulas convencionales. Y si bien es cierto que esto puede significar una garantía de los principios de buena fe, autonomía y libertad en la negociación, también es cierto que propicia que los empleadores impidan el acuerdo en el arreglo directo, con miras a una decisión que favorezca de mejor manera sus intereses en sede de arbitramento.
- La morosidad, ya mencionada, que tiene tanto la integración del tribunal, como el procedimiento de decisión.

Los Tribunales de Arbitraje o Arbitramento históricamente se han traducido en un obstáculo para que la negociación efectiva se desarrolle en la práctica, principalmente por la demora en su integración y en la toma de decisiones. La expedición del Decreto 017 de 2016, que reglamentó los procedimientos para anunciar, constituir y regular el funcionamiento de los tribunales de arbitramento, representó un ligero avance desde el punto de vista normativo y no tanto en la práctica, pues a pesar del decreto, la ineficacia y prolongación innecesaria del trámite arbitral en el marco de las negociaciones colectivas en Colombia, continúan siendo una nota característica.

2.5. Conclusión valorativa del comportamiento de la unidad de análisis

Culminado el ejercicio de aplicación del método etnometodológico de investigación es posible concluir que el derecho de negociación colectiva presenta varias situaciones que obstaculizan su pleno ejercicio e impiden que se materialice en la praxis la voluntad del constituyente de 1991 y del legislador que incorpora en el acervo legal diversas disposiciones tendientes a su protección. A continuación se enuncian aquellas situaciones que impiden que las garantías institucionales del derecho de negociación colectiva sean observadas y que fueron percibidas en la aplicación del método de investigación.

2.5.1. Disfuncionalidad práctica de la ley

En el ordenamiento jurídico colombiano existen normas protectoras del derecho de negociación colectiva que se han desarrollado como fruto de los compromisos internacionales del país adquiridos por la suscripción de tratados de libre comercio y convenciones sobre derechos laborales de la OIT; pero en la realidad su aplicación práctica en los conflictos colectivos del trabajo queda relegada a un segundo plano, motivo por el cual principios básicos de la negociación como el dialogo social, la concertación y la igualdad resultan inoperantes.

El principio de igualdad en la negociación colectiva, mediante el cual en la suscripción de la convención colectiva se tienen en cuenta los puntos de vista de los intervinientes en el conflicto, junto con el dialogo social son la columna vertebral del derecho de negociación. La materialización de ambos principio son una consigna que ha posibilitado la creación de instituciones como la Comisión de concertación. Infortunadamente en la práctica, en la suscripción de convenciones colectivas se sobreponen los intereses empresariales y estos quedan consignados en el acuerdo. Por lo expuesto, muchas de las normas expedidas por el organismo legislativo colombiano quedan como garantías de papel que no logran trascender a la realidad.

Las normas protectoras del derecho de negociación no responden a las necesidades prácticas de los intervinientes en un conflicto colectivo de trabajo por cuanto de acuerdo con cifras del censo sindical llevado a cabo por el Ministerio del Trabajo, el porcentaje de negociación colectiva para el año 2017 fue en promedio del 2,7%, lo cual es una cifra bastante cuestionable e indicadora de que en Colombia el derecho de negociación colectiva se encuentra atravesando una profunda crisis.

2.5.2. Incremento de pactos colectivo de trabajo y de contratos sindicales

Uno de los principales obstáculos que deprimen el auténtico ejercicio del derecho de negociación colectiva es la preferencia por la celebración de pactos colectivos de trabajo en sustitución de convenciones colectivas de trabajo.

Los empleadores prefieren la celebración de pactos con los trabajadores no sindicalizados, situación que conlleva a una desmejora en las condiciones laborales de los trabajadores sindicalizados puesto que cuando el empresario suscribe un pacto con un grupo de trabajadores no sindicalizados incluye prebendas y mejoras que no se negocian con los sindicatos al momento de iniciarse la etapa de negociación cuando se presenta un pliego de peticiones. Como resultado de un proceso de negociación bajo este punto de vista el pacto colectivo celebrado con trabajadores no sindicalizados termina incorporándose en su totalidad en la convención colectiva, lo cual es una práctica perversa que no garantiza los derechos de los trabajadores e impide el libre ejercicio de derechos propios de la libertad sindical.

Esta situación conlleva a que se genere un trato discriminatorio en cuanto a las condiciones laborales de los trabajadores no sindicalizados respecto de los que ejercen su derecho de asociación sindical, lo cual debilita a las organizaciones sindicales y desnaturaliza derechos fundacionales de los convenios 87 y 98 de la OIT como lo son la libertad sindical y la negociación colectiva.

Igual situación ocurre con la suscripción de contratos sindicales entre las empresas y sindicatos. En este escenario el empleador organiza junto con algunos trabajadores la creación de un sindicato con el cual aspira a celebrar el contrato sindical, lo cual desnaturaliza la esencia misma de dicho contrato y también representa una vulneración de la libertad sindical y la negociación colectiva.

2.5.3. Papel del Ministerio del Trabajo en los conflictos colectivos

El Ministerio del Trabajo como máxima autoridad de la rama ejecutiva para las relaciones laborales, se encuentra dotado de una serie de facultades para salvaguardar los derechos de los trabajadores de conductas que puedan resultar lesivas a sus derechos; una de ellas es la facultad sancionatoria cuando el empleador es renuente a negociar el pliego de peticiones presentado válidamente por una organización sindical.

En la práctica el Ministerio del Trabajo no hace uso de su potestad sancionatoria y de policía para corregir las conductas del empleador que vulneran el derecho de negociación colectiva, situación que acentúa la desprotección de este derecho de los trabajadores. Aunado a ello la morosidad en el trámite administrativo sancionatorio que tarda alrededor de cinco años prolonga injustificadamente en el tiempo la vulneración de los derechos sindicales de los trabajadores al punto que cuando se profiere la decisión la situación gravosa se encuentra consolidada.

Por otro lado, la autoridad administrativa del trabajo en diversas situaciones desborda sus facultades legales y realiza acciones en terrenos que le son vedados en los conflictos colectivos de trabajo, desconociendo con ello diversos pronunciamientos de la OIT y la Corte Constitucional que sostienen que las autoridades administrativas están imposibilitadas para tomar partido en favor de una de las partes inmersas en un conflicto colectivo de trabajo. Incluso, los entrevistados fueron enfáticos al afirmar que el Ministerio del Trabajo no realiza su labor mediadora y de acercamiento a las partes con la responsabilidad y calidad que dicha tarea merece.

En este punto la labor del Ministerio dista de una participación activa en la proposición de fórmulas de arreglo tendientes a acercar las partes en conflicto y por el contrario se convierte en una participación fedante que convalida datos puramente formales de las conversaciones. El desarrollo del conflicto colectivo de trabajo es responsabilidad exclusiva de las partes y el Ministerio del Trabajo no debe realizar intervención de ningún tipo salvo que expresamente se lo solicite el empleador o el sindicato.

Finalmente, la autoridad administrativa del trabajo no actúa con la imparcialidad demandada cuando interviene en un conflicto colectivo debido a la alta rotación en la planta de personal de la entidad, los intereses políticos y económicos.

2.5.4. Esquema de acción y convocatoria de los Tribunales de Arbitramento

En cuando a la convocatoria al mecanismo del arbitramento se refiere, el hecho de que este se realice por iniciativa de una autoridad administrativa como el Ministerio del Trabajo representa un desconocimiento de los convenios y recomendaciones de la OIT que establecen la prohibición a las autoridades administrativas de intervenir en un aspecto diferente al de la mediación en los conflictos colectivos de trabajo. La imposición del mecanismo de tribunales de arbitramento a las partes constituye una vulneración al derecho de negociación colectiva y la desnaturalización del principio de voluntariedad del arbitramento.

Los tribunales de arbitramento son regresivos cuando actúan en el marco de un conflicto colectivo de trabajo, lo que no garantiza seguridad jurídica para los trabajadores puesto que las conquistas alcanzadas mediante la lucha sindical y la negociación en convenciones colectivas pasadas, son relegadas por los árbitros de los tribunales posteriores, situación que atenta contra los principios constitucionales de progresividad y no regresividad de los derechos de los trabajadores.

Por lo anterior, el campo de acción de los tribunales de arbitramento en la práctica desborda los límites del conflicto actual y cambia situaciones jurídicas ya consolidadas en el tiempo para los trabajadores.

La duración del proceso arbitral así como la poca experticia de algunos profesionales del derecho que conforman los tribunales de arbitramento genera desconfianza en los trabajadores cuando se opta por este mecanismo alternativo para solucionar el conflicto colectivo de trabajo.

2.5.5. Rol de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales

La CPSL es una institución creada por mandato constitucional para garantizar, entre otras cosas, el diálogo social y el fomento del derecho de negociación colectiva de los trabajadores. La tarea por la que esta comisión adquiere mayor relevancia es por la fijación del salario mínimo mensual en el mes de diciembre de cada anualidad.

En cuanto a su rol de intervención y facilitador de las negociaciones en el marco de un conflicto colectivo de trabajo, en la práctica ha sido mínimo, por lo cual es posible afirmar que la labor de la CPSL se ha concentrado en el establecimiento del salario mínimo, resultando insuficiente para el fomento del derecho de negociación colectiva y otros tantos asuntos de importancia para las relaciones laborales como el fomento del equilibrio económico, la adopción de políticas laborales enfocada al empleo, la capacitación, remuneración mínima vital y móvil, formalización laboral y la erradicación del trabajo infantil, entre otras.

En consecuencia, la operatividad de la CPSL en los conflictos colectivos de trabajo es insuficiente, lo cual no garantiza el fomento del diálogo social y la negociación colectiva, haciendo que las aspiraciones del constituyente de 1991 queden plasmadas en el papel más no en la realidad de los trabajadores colombianos.

2.6. Respuesta a la pregunta de investigación

Como se comprobó con los resultados del trabajo de campo en el que se implementó el método etnometodológico de investigación jurídica, el derecho a la negociación colectiva sufre una constante vulneración debido a diferentes factores, pero el Estado coadyuva de manera omisiva a la prolongación de la vulneración de este derecho, ya que los mecanismos dispuestos por el orden jurídico y que se encuentran en cabeza de autoridades como el Ministerio del Trabajo resultan insuficientes para resarcir los derechos propios de la libertad sindical, y en la mayoría de los casos resultan inoperantes.

Aunado a lo anterior, una de las conductas identificadas que lesionan en mayor medida el derecho de negociación colectiva tiene que ver con las actuaciones arbitrarias, fuera de la órbita de la legalidad que realiza el Ministerio del Trabajo principalmente en la convocatoria al mecanismo del arbitramento, situación que contraviene desde todo punto de vista los postulados de un Estado social y democrático de derecho sobre el cual se erige Colombia, por voluntad expresa del constituyente primario.

El Estado debe ser el principal garante para la realización de los derechos y libertades de los ciudadanos, pero esta consigna parece no resultar aplicable para los trabajadores sindicalizados, cuyos derechos como el de la negociación colectiva resultan vulnerados por acciones contrarias al orden legal llevadas a cabo por la autoridad administrativa del trabajo que desborda sus facultades legales y desconocen los convenios emanados de la OIT que limitan su actuar en estos conflictos económicos.

El ordenamiento jurídico colombiano prescribe diferentes garantías para el pleno ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores, pero en la práctica dichas garantías no logran consolidarse debido a las prácticas arbitrarias que lleva a cabo el Ministerio del Trabajo en su apresurado intento por sofocar el conflicto, actuando para los intereses privados. En razón a ello, la percepción de desconfianza de los trabajadores aumenta cuando el conflicto colectivo se lleva al mecanismo del tribunal de arbitramento, principalmente por

la actuación del Ministerio del trabajo en su convocatoria que desencadena el cercenamiento del dialogo social, la concertación y la negociación.

Por todo lo anterior se hace imperioso el sometimiento del Ministerio del Trabajo al orden legal en lo referente al proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento a fin de preservar el derecho de negociación colectiva de los trabajadores de los servicios públicos esenciales respecto de actuaciones lesivas que son llevadas a cabo por el propio Estado.

Es necesario que los organismos del Estado encargados de la promoción de los derechos humanos como la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo asuman un papel protagónico en el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento que lleva a cabo el Ministerio del Trabajo, a fin de verificar el cumplimiento de los actos procesales para la preservación del derecho de negociación colectiva de los trabajadores. Una intervención del Ministerio Público en cabeza de las referidas entidades brindaría un clima de seguridad tanto en el sector trabajador como en el sector empresarial ya que se daría primordial importancia a la realización de los derechos de las partes en conflicto, esencialmente el derecho de negociación colectiva, mediante el cual se concretan los principios constitucionales de dialogo social y concertación en las relaciones de trabajo.

En suma, la vinculación del Ministerio Público a través de las procuradurías delegadas para asuntos laborales y de la seguridad social en el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento garantiza en primer lugar la protección y efectiva realización del derecho a la negociación colectiva de las partes en conflicto y por otro lado, mitiga toda actuación arbitraria que el Ministerio del Trabajo pueda realizar en el proceso de convocatoria ya que necesitará la anuencia del ente público para poder proceder a convocar y organizar el tribunal arbitral, lo cual supone una modificación al capítulo 9 del Decreto 1072 de 2015 referente al proceso de convocatoria a los tribunales de arbitramento tanto obligatorios como voluntarios.

Dado que uno de los fines primordiales de un Estado social de derecho es el servicio a los ciudadanos y la realización de sus derechos y libertades, la Procuraduría General de la Nación

y la Defensoría del pueblo son los organismos predilectos para la divulgación, defensa y patrocinio de los derechos humanos. En ese sentido, las procuradurías delegadas para asuntos laborales y de la seguridad social cumplen funciones preventivas y de control de la gestión de los funcionarios públicos, encaminadas a evitar que los servidores del Estado incurran en conductas sancionables o violatorias del ordenamiento jurídico y social.

La intervención obligatoria del organismo que por disposición constitucional es el encargado de la promoción, garantía y salvaguarda de los derechos de los ciudadanos va a preservar el derecho de negociación colectiva de los trabajadores de las actuaciones arbitrarias del ente administrativo del trabajo, lo cual se erige como una valiosa garantía de los derechos propios de la libertad sindical de los trabajadores en el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento, materializando de esta manera la esencia de lo que es un auténtico Estado social, respetuoso de los derechos de los trabajadores, al servicio de la legalidad y la protección de los derechos en el ámbito de la relaciones de trabajo y los conflictos que en su seno emanan.

De esta manera se pretenden ajustar al marco legal y constitucional los actos administrativos proferidos por la autoridad administrativa del trabajo en el procedimiento de convocatoria e integración de los tribunales de arbitramento obligatorios mediante la instauración de medidas de garantía en el proceso arbitral, que sirvan de aprobación para la convocatoria a dicho mecanismo de solución de conflictos, hasta tanto se compruebe que el derecho de negociación colectiva fue ejercitado plenamente por las partes inmersas en un conflicto colectivo.

3. MECANISMO PARA LA PRESERVACIÓN DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES EN EL PROCESO DE CONVOCATORIA A TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO OBLIGATORIO

El tercer y último capítulo de esta investigación está encaminado a explicar la implementación de un mecanismo para la garantía del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores de los servicios públicos esenciales en el procedimiento de convocatoria e integración del tribunal de arbitramento llevado a cabo por el Ministerio del Trabajo. Para ello es necesario analizar la teoría de las instituciones de garantía de Luigi Ferrajoli (brecha metodológica), la cual permitirá establecer la solución jurídica pertinente al problema de investigación abordado.

Tal y como quedó sentado en el capítulo precedente, una de las principales preocupaciones del sector trabajador a la hora de someter su conflicto a la resolución por parte de un tribunal de arbitramento es la sensación de inseguridad que les produce la intervención del Ministerio del Trabajo, por cuanto esta autoridad administrativa actúa de manera arbitraria en el proceso de convocatoria al referido mecanismo alternativo de solución de conflictos y vulnera derechos y libertades fundamentales en el ámbito laboral de los cuales son titulares los trabajadores, como lo son el derecho a la negociación colectiva, el diálogo social y la concertación.

El derecho a la negociación colectiva ha sido reconocido por la Organización Internacional del Trabajo como un derecho fundante de la libertad sindical y esencial en las relaciones de trabajo, del cual depende en gran parte la armonía y la paz laboral. Es inherente a la naturaleza humana el ánimo de querer estar siempre en mejores condiciones, que garanticen la dignidad y el buen vivir, por ello, el derecho a la negociación colectiva permite a los trabajadores alcanzar el anhelo de desarrollar su vida y su labor de manera plena en el marco de las relaciones de trabajo.

Por estar intrínsecamente relacionado con las condiciones de dignidad en la que los trabajadores desarrollan sus funciones, el derecho a la negociación colectiva es catalogado como un derecho humano, no solamente por la doctrina y el marco normativo internacional sino también por instituciones colombianas como la Corte Constitucional⁸².

Dado que el constituyente colombiano de 1991 dispuso una carta política en la cual el modelo de Estado colombiano es el social democrático de derecho, es menester traer a colación las características de esta tipología de Estado, definidas en el primer capítulo de la presente investigación y determinantes para la comprensión de posteriores análisis en este capítulo.

El filósofo y teórico del derecho Elías Díaz, referenciado con suficiencia en el primer capítulo, establece las pautas para que un Estado sea en esencia un Estado social y democrático de derecho, las cuales se pueden condensar en cinco aspectos:

- v. El imperio de la ley como mandato tanto para los gobiernos como para los ciudadanos, teniendo en cuenta que es la manifestación de la voluntad general.
- vi. División de los poderes públicos sin intromisión de unos en las actividades de otros.
- vii. Legalidad o fiscalización de los actos de la administración, esto es, actuación en correspondencia con la ley en todos los niveles del poder.
- viii. Protección de los derechos y libertades fundamentales que incluye garantías jurídicas así como su efectiva realización

⁸² Al respecto ver las sentencias C-208 de 2007 y C-063 de 2008 en las que la Corte Constitucional define un precedente al establecer que la negociación colectiva es un derecho humano fundamental en el trabajo.

Ello implica que las actuaciones de la administración, y en la situación socio jurídica particular, las actuaciones del Ministerio del Trabajo, deben ser acordes con la Constitución y las leyes vigentes –principio de legalidad- a fin de satisfacer la protección a los derechos y libertades de los trabajadores que permitan efectivizar materialmente su realización.

De conformidad con la situación fáctica presentada en esta investigación, los trabajadores de los servicios públicos determinados como esenciales por el legislador, están siendo víctimas de una crisis de legalidad, desatada por el Ministerio del Trabajo en el proceso arbitral, que ha conllevado al perverso esquema de “ilegalidad del poder” el cual se manifiesta en la degradación de las reglas del juego institucional y de los límites que estas imponen a las actuaciones de los poderes públicos⁸³.

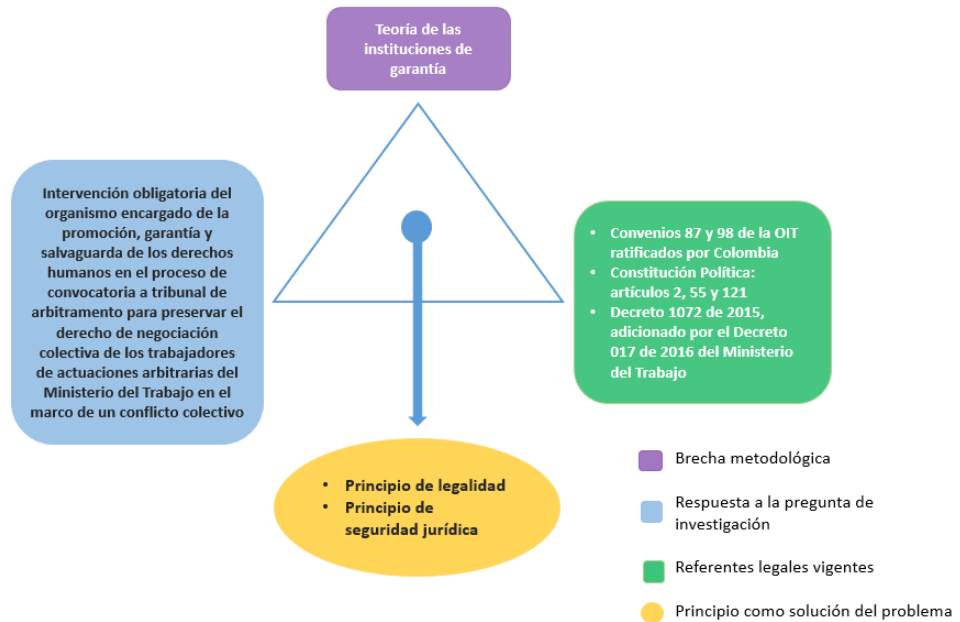
Por lo anterior, y teniendo en cuenta la arbitrariedad en las actuaciones de la autoridad administrativa del trabajo que imperan en el procedimiento de convocatoria a tribunal de arbitramento, se hace necesario reestructurar el proceso de convocatoria al mecanismo del arbitramento que lleva a cabo el Ministerio del Trabajo, lo cual implica la introducción de una institución que permita garantizar el pleno ejercicio de los derechos tanto de los trabajadores como de los empleadores a la negociación, el diálogo y la concertación a fin de llevar a buen puerto la mesa de diálogos que se instaura en esta clase de conflictos colectivos para facilitar su solución. De este modo se estaría garantizando la realización de los derechos laborales de los trabajadores inmersos en un conflicto colectivo de trabajo, por un lado, y por el otro, se evitarían actuaciones por parte del Ministerio que desborden sus facultades legales, ajustándolas al principio de legalidad del Estado social de Derecho, brindando confianza, pero sobre todo, seguridad jurídica a los intervinientes en el conflicto.

Lo anterior permite materializar los postulados constitucionales de legalidad así como la realización de uno de los fines esenciales del Estado, consistente en la efectiva realización de

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. *La ley del más débil*. Sexta edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 15.

los derechos de los ciudadanos para brindarles seguridad jurídica frente a las actuaciones de las instituciones del Estado. Mediante la realización de los principios descritos en las prácticas jurídicas de convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio en el marco de un conflicto colectivo de trabajo se dará solución efectiva al problema jurídico objeto de esta investigación, verbi gratia, las actuaciones de oficio, contrarias a la legalidad que desarrolla el Ministerio del Trabajo en la labor que le confiere la ley en el proceso arbitral.

Triangulación metodológica de validación de la hipótesis de investigación



Gráfica N° 2. Triangulación metodológica de validación de la hipótesis de investigación. Fuente: Trabajo propio.

La institución que pretende introducirse en el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento es el Ministerio Público, y más precisamente la Procuraduría General de la Nación delegada para los asuntos laborales y de la seguridad social, a través de la teoría de las instituciones de garantía de Luigi Ferrajoli, la cual, debido a su importancia para el tema a tratar, será objeto de especial análisis.

3.1. Teoría de las instituciones de Garantía de Luigi Ferrajoli como brecha metodológica de la presente investigación

La teoría de las instituciones de garantía fue elaborada por el filósofo del derecho italiano Luigi Ferrajoli a mediados de la primera década del siglo XXI como reformulación del garantismo del proceso penal, enfocado a otras áreas de la esfera pública en la cual se requieren instrumentos de garantía para la realización de los derechos y libertades.

La tradicional división de poderes ideada por Montesquieu en la cual se ha referencia a tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, ha permeado los modelos de Estado Liberal desde el siglo XVIII hasta los estados contemporáneos propios de esta era. En su momento esa fue la solución para escindir el poder absoluto concentrado en cabeza de los monarcas, en tres poderes diferenciados y con pesos equivalentes, que sirvieron para mantener el equilibrio entre los derechos de las personas y el ente abstracto denominado Estado. Pero ese planteamiento clásico de Montesquieu está resultando insuficiente para satisfacer las necesidades en las democracias constitucionales actuales, en las que se exige del Estado algunas funciones que no pueden enmarcarse dentro de la función del ejecutivo, judicial o el legislativo, principalmente aquellas funciones que se relacionan directamente con la garantía de los derechos.

El Estado liberal así como los planteamientos de la división del poder en tres poderes públicos ha servido de inspiración para los posteriores esquemas de Estado que siguieron en la historia al Estado clásico liberal y entre ellos, el Estado social de derecho que también se nutrió de estos planteamientos. Pero el modelo de Estado social de derecho exige al ente estatal tanto la protección (vestigio del modelo liberal clásico) como la realización de los derechos y libertades ciudadanas, es decir, una participación activa ya sea mediante acciones, principalmente, o mediante prohibiciones a fin de no lesionar el núcleo esencial de los derechos y de las libertades.

Es por esta razón que, a juicio de Ferrajoli, las funciones administrativas del actual modelo de Estado social de derecho, consistentes en la realización de los derechos sociales fundamentales como la educación, la salud, la seguridad social, la libertad sindical – y dentro de ella la negociación colectiva- , al no poderse enmarcar dentro de la función puramente ejecutiva, legislativa o judicial han sido desarrolladas y concebidas dentro de la rama ejecutiva del poder público, que por excelencia tiene asignadas funciones de gobierno, seguridad ciudadana, funciones políticas y de relaciones exteriores⁸⁴. Es decir, las funciones de garantía de los derechos y libertades ciudadanas han quedado condicionadas a un órgano del poder público que no se encuentra especializado para satisfacer las garantías de estos derechos, sino que por el contrario, su experticia se encuentra en la función del gobierno y las relaciones políticas en todos los niveles.

Según el autor, gran parte de las funciones administrativas dentro del Estado social de derecho no son funciones de gobierno sino funciones de garantía de los derechos y libertades cuyo ejercicio consiste en la aplicación de la ley a fin de optimizar los derechos, lo cual requiere independencia de la función del poder ejecutivo dentro del cual se les ha concebido. Nótese que llevar a cabo el planteamiento de Ferrajoli en estricto sentido conllevaría a replantear el esquema del Estado social de derecho desde sus fuentes, en el cual las funciones administrativas se encuentren asignadas a un cuarto poder público, diferente del ejecutivo, legislativo y judicial.

Como consecuencia de la asignación de las garantías de los derechos y libertades a un poder público (poder ejecutivo) que no fue diseñado para esa tarea, se ha presentado una crisis del Estado social moderno, tanto en Europa como en el América, la cual Ferrajoli sintetiza en los siguientes planteamientos:

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 102-105.

- i. Crisis de la legalidad: es decir, del acatamiento de las reglas del ordenamiento jurídico por parte de los poderes públicos. Se manifiesta mediante la ausencia de los controles de la actividad y desencadena una variada fenomenología de “ilegalidad del poder”.
- ii. Crisis constitucional: hace referencia a la “*progresiva degradación del valor de las reglas del juego institucional y del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos*”⁸⁵, lo cual se traduce en abusos de poder por parte del Estado.
- iii. Inadecuada estructura del Estado social de derecho actual a las funciones de *welfare state*: Esta crisis se asocia a un contrasentido generado, como se ha venido sosteniendo, entre el Estado de derecho clásico y el Estado social de derecho. El primero desde su concepción histórica tiene por objeto establecer límites generales y abstractos al ejercicio del poder de los poderes públicos para proteger los derechos, en especial el de libertad personal y propiedad privada, de los ciudadanos.

Por su parte, el Estado social de derecho reúne los anteriores postulados enfocados a todos los derechos y libertades, pero también le exige a los poderes públicos la satisfacción de los derechos y libertades mediante prestaciones positivas, en suma, se trata de obligaciones de hacer en cabeza de los poderes públicos para la efectiva realización de los derechos que no se siempre pueden generarse en forma general y abstracta pero deben darse con arreglo a los principios de certeza y legalidad.

En este aspecto la crisis se acentúa debido a la falta de elaboración de un sistema de garantías para los derechos y libertades humanas, semejante al que existe respecto de derechos como la libertad personal y la propiedad en cuanto a su capacidad de regulación y control para la satisfacción de estos derechos. Ello representa uno de los factores de ineficacia de los derechos que impiden su materialización en la realidad y

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. *La ley del más débil*. Sexta edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 15.

a su vez, un terreno fecundo para la corrupción y las actuaciones arbitrarias por parte de los poderes del Estado.

Del análisis de los postulados anteriormente citados se colige la evidente crisis por la atraviesa el Estado social de derecho. Todos los aspectos señalados apuntan esencialmente a una crisis del principio de legalidad, que implica el acatamiento de la constitución y la ley por parte de los poderes públicos; lo que conlleva a formas neo absolutistas⁸⁶ en el ejercicio del poder público, carente de límites y de controles. Lo anterior, sumado a la inflación legislativa, la subordinación de los derechos y del mismo derecho a imperativos de tipo económico, político, tecnológico y la ineficacia en los controles de la actividad de los órganos de poder, generan una creciente incoherencia y falta de plenitud entre la actividad estatal y los postulados legales, constitucionales, lo cual conlleva a que en la práctica los derechos garantizados en el papel resulten ineficientes.

Esto se resume en la constante ineficacia de los derechos que se vive en nuestros tiempos acompañado con la violación sistemática de lo que Ferrajoli denomina “las reglas del juego” por parte de los poderes públicos.

Es importante recordar que en el pensamiento de Ferrajoli los derechos y libertades fundamentales configuran uno de los vínculos sustanciales que se impone a la democracia política en el ejercicio del poder. Los derechos de libertad impone vínculos negativos, los cuales ningún poder público por mayoría o iniciativa propia puede transgredir; a ello se le denomina en la teoría ferrajolista *la esfera de lo indecible* ya que el sistema democrático preserva con recelo ciertos derechos en los que una actividad irresponsable por parte del Estado acarrearía su vulneración. Por otro lado, existen derechos que generan vínculos positivos a los poderes públicos, como los derechos sociales, los cuales no pueden dejarse de satisfacer por decisión mayoritaria o por iniciativa de alguna de las ramas del poder público.

⁸⁶ Óp. Cit., p. 23.

Para Ferrajoli “ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social”⁸⁷. Los derechos y libertades fundamentales se encuentran excluidos de la política y del mercado, por ello forman parte de la esfera de lo indecible, la cual actúa como factor de legitimación o de deslegitimación de las decisiones de los poderes públicos.

3.2. Solución al problema jurídico de investigación con base en la teoría de las instituciones de garantía de Ferrajoli

Ferrajoli no solamente se detiene para estudiar el actual Estado social de derecho y esbozar sus problemas o crisis, como él denomina en sus textos, sino que también propone soluciones. Los vicios de incoherencia en la actividad de los poderes públicos y la falta de plenitud de los derechos pueden mitigarse considerablemente mediante un adecuado sistema de garantías.

Las garantías son básicamente las técnicas de las que el orden jurídico dispone para reducir la distancia entre lo que las normas prescriben y la efectividad de los derechos y libertades; por tanto las instituciones de garantía posibilitan al máximo la eficacia del ejercicio de los derechos fundamentales en concordancia con la estipulación que de ellos hace la constitución y el desarrollo legal.

Para el maestro Ferrajoli las instituciones de garantía por excelencia, en un principio, fueron las instituciones judiciales, pero posteriormente extendió esta facultad de garantía de derechos a las instituciones administrativas e incluso a las instituciones del sector privado.

Si bien es cierto que el problema jurídico planteado en la presente investigación es posible resolverlo mediante las instituciones judiciales -como demandar en medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante los jueces administrativos la resolución de

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 17.

convocatoria a tribunal de arbitramento que sea contrario a los parámetros legales- no es menos cierto que el aparato judicial colombiano alcanza cifras que rondan el 47% en morosidad⁸⁸. De ahí que judicializar el problema no representa una solución oportuna para satisfacer los derechos humanos laborales vulnerados o amenazados con ocasión de la expedición arbitraria de actos administrativos de convocatoria a tribunal de arbitramento, ya que se acentuaría la vulneración debido a una prolongación en el tiempo de la lesión al derecho de negociación colectiva de los trabajadores de los servicios públicos esenciales.

De igual forma, la acción de tutela tampoco representa una solución idónea al problema jurídico objeto de análisis en la presente investigación ya que no se cumple con los parámetros establecidos en el decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia, como la subsidiariedad, y los jueces constitucionales denegarían la protección del derecho de negociación colectiva al existir en el orden jurídico otros mecanismos judiciales como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para resolver la controversia y satisfacer el derecho vulnerado.

De ahí que en la presente investigación la solución al problema se abordará desde una institución de garantía diferente a la judicial y que igualmente es reconocida por el ordenamiento jurídico colombiano. La institución que se va a proponer como solución goza de autonomía frente a las ramas del poder público, lo cual le va a permitir a los trabajadores de los servicios públicos esenciales efectivizar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva para evitar vulneraciones por parte de la autoridad administrativa del trabajo.

Dentro de las instituciones de garantía que los Estados constitucionales actuales han implementado se encuentran las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. El concepto de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos se refiere a aquellos organismos estatales cuyas funciones conciernen estrictamente a la promoción, protección y efectivización de los humanos. Si bien esta labor también es desarrollada en los ámbitos nacionales por

⁸⁸ COLOMBIA, Contraloría General de la República. Política pública de fortalecimiento de la justicia. Cuaderno 13. Bogotá: Imprenta Nacional, 2014, p. 17.

organizaciones no gubernamentales, sindicatos, la iglesia, entre otros, éstos no se pueden asimilar a las Instituciones Nacionales de Derechos humanos. Estas últimas cuentan con características propias que les brindan total independencia tanto en su organización como en su campo de acción respecto de otro tipo de organizaciones. Entre estas características⁸⁹ se destacan las siguientes:

- a. Son instituciones de carácter administrativo autónomo, no se tratan de organismos adscritos o vinculados con las funciones legislativa o judicial.
- b. Mayoritariamente se encuentran previstas en la norma constitucional de cada Estado o mediante decretos y leyes.
- c. Tienen competencia para brindar asesoría en materia de derechos humanos en el ámbito nacional.
- d. Funcionan mediante dictámenes, recomendaciones o examinando y pronunciándose sobre denuncias de vulneración de los derechos humanos que presentan individuos o colectividades.

Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos toman distintos nombres en cada país. En el Estado colombiano, esta institución está integrada por el Ministerio Público, el cual está compuesto de dos instituciones: la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo.

El Ministerio público es un organismo autónomo dentro del Estado colombiano, creado por la constitución política de 1991. El supremo director del Ministerio Público es el procurador

⁸⁹ Tomadas de: IRÁIZOZ, María. La eficacia del defensor del pueblo en Iberoamérica. Expansión y caracterización como Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Madrid: Dykinson editores, 2012, p. 26-27.

general de la nación, el cual desarrolla su labor por medio de sus delegados o agentes, con apego a las funciones establecidas en el artículo 277 de la norma superior:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.
2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
3. Defender los intereses de la sociedad.
4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.
7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.
9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.
10. Las demás que determine la ley.

Por consiguiente, la intervención del Ministerio Público en el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento que lleva a cabo el Ministerio del trabajo constituye una institución de garantía, en términos ferrajolianos, para el pleno ejercicio del derecho humano a la negociación colectiva en el marco del conflicto colectivo de trabajo, por medio de herramientas como el diálogo y la concertación con el empleador.

De esta manera se pretende establecer un control al el ejercicio del poder de la autoridad administrativa del trabajo en lo concerniente al proceso de convocatoria al mecanismo del arbitramento, evitando actuaciones de oficio contrarias a la legalidad dentro de este procedimiento que pueda poner en riesgo o amenaza de vulneración el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores, el cual resulta fundamental en el trabajo para desarrollarlo en condiciones de igualdad y dignidad. Con la participación del Ministerio Público como institución de garantía contemplada por nuestro ordenamiento jurídico para la efectivización de los derechos humanos, se pretende recobrar en el sector trabajador la seguridad jurídica y la confianza en las instituciones, que cada vez se ha ido perdiendo en las debido a las actuaciones contrarias a la legalidad que cometen sus agentes.

Dado que aplicar plenamente el modelo de instituciones de garantías propuesto por Ferrajoli en el Estado social de derecho colombiano actual requeriría de una profundo reforma constitucional, en la cual las facultades administrativas para la satisfacción de los derechos se escindieran del poder ejecutivo de la nación, la intervención del Ministerio Público en el proceso de convocatoria al arbitramento es la solución jurídica al problema de investigación planteado que le representa mayor celeridad y mayores posibilidades de ser llevado a la práctica.

Por lo anteriormente expuesto, la solución propuesta prioriza los principios de legalidad así como la protección de los derechos y libertades garantizadas por el ordenamiento jurídico en aras de preservar el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores de los servicios públicos esenciales cuando se encuentren inmersos en un conflicto económico laboral,

devolviéndoles la confianza y seguridad jurídica en la autoridad administrativa del trabajo cuando el conflicto haya agotado el espacio del diálogo y la concertación y se haga necesaria su solución a través del mecanismo del tribunal de arbitramento.

3.3. Principios jurídicos priorizados con la solución al problema jurídico

3.3.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad en el Estado social de derecho implica no solamente la simple observación de la ley por parte de las autoridades y los particulares, sino que se debe estos deben propender para que sus actuaciones garanticen el respeto por los derechos humanos y la dignidad humana, para que todo individuo alcance su realización como persona en el marco de un orden democrático justo en el que los poderes públicos se encuentren sujetos a los mandatos, valores y principios supremos consignados en la constitución.

El principio de legalidad, como principio rector en el Estado social de derecho, irradia la actividad de la administración, pues esta debe tener fundamento en el ordenamiento jurídico, por lo cual, los entes públicos solamente podrán realizar aquellas actividades establecidas expresamente por la ley o su reglamento; es decir, que la administración solo podrá efectuar aquellos actos que su competencia le permita⁹⁰. Esto es la esencia del principio de legalidad, la cual es descrita por el filósofo del derecho Hans Kelsen en los siguientes términos (metateoría del principio de legalidad):

Un individuo obra como órgano del Estado cuando realiza actos en virtud de una autorización concedida por cierta norma válida. Esta es la diferencia entre el individuo y el Estado como personas actuantes; es decir, entre el que no actúa como órgano del Estado y el que obra como órgano estatal.

⁹⁰ ALTAMIRA, Julio. Principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978, p. 76-78.

Un individuo que no funciona como órgano del Estado puede hacer todo aquello que no está prohibido por el orden jurídico, en tanto que el Estado, esto es, el individuo que obra como órgano estatal, solamente puede hacer lo que el orden jurídico le autoriza a realizar.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica es superfluo prohibir cualquier cosa a un órgano del Estado, pues basta con no autorizarlo a hacerla. Si un individuo obra sin la autorización del orden jurídico, deja de proceder como órgano Estatal. Su acto es ilegal por la sencilla razón de que no tiene apoyo en ninguna autorización jurídica⁹¹.

A fin de dar cohesión y seguridad al ordenamiento de un Estado y a los ciudadanos, las autoridades solamente están revestidas de las facultades que expresamente les autoriza la ley y en ello radica la diferencia entre los individuos que no realizan funciones públicas y los que las realizan. El individuo al servicio del Estado solamente está facultado para realizar su actividad dentro del marco de los parámetros legales⁹². Por el contrario, el individuo particular puede realizar cual actividad le indique su voluntad, siempre y cuando no se encuentre prohibida por el ordenamiento.

Así el Estado social de derecho brinda la absoluta seguridad de que las autoridades estatales solamente podrán actuar dentro del marco de las funciones que le señale la ley para la observancia y respeto de los derechos ciudadanos. No es dable a las autoridades estatales la realización de actos que no se encuentran proscritos por la ley, pues esto desdibuja todo concepto de legalidad y abriría paso a un abismo de inseguridad jurídica en los individuos.

⁹¹ KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado de derecho. Traducción de Eduardo García Máynez. México, D.F.: Ediciones textos universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1969, p. 312-313.

⁹² Al respecto, el artículo 121 de la Constitución colombiana de 1991 dice en su tenor literal: “*Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*”.

En concordancia con los postulados de Kelsen sobre el principio de legalidad, la norma superior no debe convertirse en un breviario de autorizaciones y de prohibiciones para las autoridades públicas. Basta con que un servidor del Estado en sus actuaciones se aparte de lo que le señala la constitución y la ley para catalogar su proceder de ilegal y arbitrario.

De acuerdo con el pensamiento de Elías Díaz, la legalidad es el eje fundamental del Estado derecho:

Difícilmente cabría pensar hoy en un Estado sin derecho, un Estado sin un sistema de legalidad.

(...) El Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, o mejor, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el <<imperio de la ley>>⁹³.

La legalidad en palabras de Díaz se instituye como el propio Estado de derecho, más aún cuando con la evolución de los tiempos se habla hoy de Estado social de derecho, el cual es el arquetipo sobre el cual se edifica Colombia. En el Estado social de derecho los ejes transversales de la actividad estatal están marcados por el “imperio de la ley” y el respeto por los derechos humanos y sociales de los ciudadanos.

Es imprescindible en un Estado social de derecho que los ciudadanos sepan con exactitud las reglas del juego en democracia. Es así como para Elías Díaz el principio de legalidad brinda seguridad jurídica a los individuos ya que el derecho delimita el campo de acción tanto de los particulares como del Estado, permitiéndole en últimas a los ciudadanos estar seguros en cuanto a sus deberes, derechos y el ejercicio del poder público. La legalidad es aquello que permite superar la arbitrariedad y la concesión de una especie de confort en el que los

⁹³ DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática. Séptima edición. Madrid: Editorial Cuadernos para el diálogo, 1979. p. 13.

ciudadanos van a tener la seguridad de saber lo que pueden esperar del Estado y lo que les está permitido realizar en sociedad.

El principio de legalidad para poder ser aplicado en las prácticas jurídicas de un Estado social de derecho, de acuerdo con el profesor Pedro Salazar Ugarte, requiere de lo siguiente⁹⁴:

- i. Existencia de un cuerpo normativo emitido por una autoridad jurídicamente competente: relacionado con el concepto de validez de Norberto Bobbio, según el cual una norma jurídica será válida cuando sea emitida por el organismo competente para el efecto.
- ii. Dicho cuerpo normativo debe estar integrado por normas que deben cumplir con las siguientes características:
 - a. Estables
 - b. Prospectivas
 - c. Abstractas
 - d. Generales
 - e. Claras
 - f. Publicadas en debida forma
- iii. La aplicación del derecho a los casos concretos (aspecto dinámico del derecho) debe ser ejercida por instituciones imparciales y mediante procedimientos establecidos en las normas.
- iv. Deben contener estructuras para la protección de los derechos humanos fundamentales.

⁹⁴ SALAZAR UGARTE, Pedro. Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México. En: Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho. N° 8 (oct., 1998); p. 193-206. Consultado en la Biblioteca virtual Miguel de Cervantes: [<http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-9-octubre-1998/>]. Recuperado el 22 de septiembre de 2018.

En suma, el principio de legalidad en el Estado social de derecho actual no requiere únicamente del apego de las actividades de los poderes públicos a la ley, sino que debe contar con elementos importantes como la estabilidad de los cuerpos normativos, la aplicación por parte de entes imparciales y con arreglo a procedimientos establecidos legalmente y, no menos importante, mecanismos para la protección de los derechos humanos de los ciudadanos.

Las actuaciones de los servidores del Estado deben ceñirse a lo que les es permitido de acuerdo con la constitución, la ley y los reglamentos; so pena de que la actuación esté viciada de ilegalidad. Esto es lo que diferencia al individuo al servicio del Estado del que no lo está, pues a este último le está permitido realizar lo que no le está prohibido, regla que no aplica para los organismos estatales.

El principio de legalidad es fundamento del Estado social de derecho, pues no es concebible en la actualidad un Estado sin un sistema de legalidad que establezca las reglas del juego en democracia para en últimas, brindar seguridad jurídica a los individuos.

3.3.2. Seguridad jurídica

El principio de la seguridad jurídica o “certeza jurídica” –como también se le conoce en España- se encuentra estrechamente ligado al principio de legalidad, en palabras del filósofo Elías Díaz, puesto que la legalidad como forma de contrarrestar la arbitrariedad del poder es lo que constituye define y reafirma la seguridad jurídica⁹⁵. Al respecto, el referido filósofo del derecho se ha expresado en los siguientes términos: “La contraposición y superación de la pura arbitrariedad a través de la legalidad, significa ya la posibilidad de una primaria, aunque imprescindible y esencial, zona de seguridad jurídica”⁹⁶.

⁹⁵ DÍAZ GARCÍA, Elías. Sociología y filosofía del derecho. Madrid: Editorial Taurus, 1971. p. 44-45.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 44.

Así, la seguridad jurídica es el resultado que se produce en los individuos de una sociedad cuando ésta se rige por el derecho (esquema de Estado social de derecho) y es acatado por parte de los poderes públicos ya que se tiene la certeza en cuanto al papel que cada uno juega en la vida en sociedad así como el alcance de sus derechos, deberes y actuaciones por parte de los órganos del poder del Estado.

El principio de seguridad jurídica y el principio de legalidad son concomitantes en el pensamiento jurídico de Díaz ya que uno es el sustento del otro. Seguridad jurídica es consecuencia de la concreción del principio de legalidad. La legalidad aniquila la arbitrariedad y una sociedad en la cual el poder no se ejerce de manera arbitraria brinda seguridad jurídica a sus miembros. Contrario sensu, cuando el Estado desconoce o desprecia el ordenamiento jurídico surge la arbitrariedad y con ella el estado de zozobra e inseguridad jurídica para los miembros del colectivo social.

Si bien para Díaz la seguridad jurídica les permite a los individuos “saber a qué atenerse”⁹⁷, el significado de lo que realmente es la seguridad jurídica en el Estado social de derecho va mucho más allá de eso:

Tener seguridad jurídica no es sólo saber que existe un sistema legal vigente, por injusto que sea, no es sólo saber a qué atenerse, no es sólo saber lo que está prohibido o permitido por un ordenamiento jurídico. Tener seguridad jurídica es eso, que es sumamente importante, pero es también mucho más: es la exigencia de que la legalidad realice cierta legitimidad, es decir, un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre y considerado por él como conquista histórica irreversible: la seguridad no es solo un *hecho*, es también, sobre todo, un *valor*⁹⁸.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 42

⁹⁸ *Ibíd.* p. 47.

Por lo tanto, es posible colegir que la seguridad jurídica es un valor (axiológico) supremo que se debe preservar en una sociedad que se repute democrática; es un contenido de justicia que se encuentra expresado en clave de derechos y libertades fundamentales que los individuos consideran que deben ser suficiente protegidos por el orden jurídico y las autoridades y además deben ser realizables.

La seguridad jurídica trasciende el plano de la legalidad cuando las exigencias éticas y de justicia de una sociedad, expresadas en términos de derechos, libertades fundamentales y derechos humanos, se encuentran incorporados al ordenamiento jurídico y protegidas celosamente por la institucionalidad, procurando hacerlas reales y eficaces⁹⁹. Sin procesos que permita la realización de las exigencias humanas expresadas en forma de derechos y libertades ciudadanas, no es posible afirmar que exista seguridad jurídica aunque exista principio de legalidad en un Estado.

Para Gregorio Peces Barba, la seguridad jurídica se encuentra presente en las bases del Estado social de derecho ya que una de sus características es asegurar la vigencia del principio de legalidad en las actuaciones de los poderes públicos para preservar las libertades fundamentales, lo cual contempla entre las funciones del Estado la de brindar seguridad jurídica, que es “garantía de certeza para saber a qué atenerse”¹⁰⁰.

En un sentido de previsibilidad, la seguridad jurídica permite a los ciudadanos fundarse expectativas frente a las actuaciones de los órganos de poder, pues para éstos es apenas previsible que el Estado comportará su actuación conforme al derecho vigente. Al respecto, el Tribunal Constitucional Español define con precisión el significado del principio de seguridad jurídica como expectativa: “entendida en su sentido más amplio, la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la

⁹⁹ *Ibíd.* p. 48.

¹⁰⁰ PECES-BARBA, Gregorio. *Derecho y fuerza. Curso de teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 112. Citado por: CENTENERA, Fernando. La claridad legislativa en el pensamiento de Lon L. Fuller: Un análisis desde la teoría de la legislación. En: *Anales de derecho*. Vol. 33, N° 1 (ene., 2015); p. 20. Consultado en la Biblioteca de la Universidad de Murcia [en línea] <<http://revistas.um.es/analesderecho/issue/archive>> Consultado el 23 de septiembre de 2018.

actuación del poder en aplicación del derecho”¹⁰¹. Por ende, la seguridad jurídica deriva en la confianza que los individuos tienen en la aplicación del derecho a situaciones concretas y que es exigible a los órganos del poder en la observancia y respeto del ordenamiento jurídico.

La previsibilidad de las actuaciones del Estado configura uno de los pilares sobre los cuales sienta sus bases una democracia, debido a que los ciudadanos deben tener la certeza que las situaciones derivadas de la aplicación del derecho vigente serán observadas y respetadas por los poderes y la administración pública. Así, la sujeción del Estado al ordenamiento jurídico edifica la seguridad y confianza que las personas tienen en las instituciones, conllevando esto a la garantía de la armonía y paz social.

En caso contrario, esto es, la inseguridad acarrea profundos disvalores en la sociedad. En palabras de Atilio Aníbal Alterini, aquello que es inseguro “genera sensaciones angustiantes, de intranquilidad, de incertidumbre y de falta de protección”¹⁰². En suma, si se expone a los ciudadanos a un estado de inseguridad, en el que el Estado auspicia la arbitrariedad por desprecio al derecho, se arruinaría cualquier especie de confianza en la institucionalidad del Estado y se estaría retrocediendo a un estado de naturaleza latente en el que se reivindicaría la justa por mano propia como respuesta a la traición del Estado en garantizar seguridad.

En este punto es menester recordar que fue precisamente el anhelo de seguridad del hombre primitivo el que permitió edificar las bases de los modelos políticos primitivos, en los que los individuos enajenaron ciertos derechos personalísimos en la figura del soberano (de acuerdo a la lógica hobbesiana) o en la figura del pacto social (de Rousseau) a cambio de que se les garantizara, entre otras cosas, la tan anhelada seguridad.

¹⁰¹ Pronunciamiento referenciado por: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La seguridad jurídica como dato para la decisión empresarial. En: Revista de derecho comercial y las obligaciones. N° 5 (may-jun de 1998); p. 203. Citado por: ARRÁZOLA JARAMILLO, Fernando. El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como cuenta de derecho. En: Revista de Derecho Público. N° 32 (ene-jun de 2014); p. 6.

¹⁰² ALTERINI, Atilio Aníbal. La inseguridad jurídica. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1993, p. 17.

Respecto al significado de la certeza jurídica, Alterini sintetiza lo dicho hasta el momento cuando afirma:

Saber a qué atenerse concierne a la seguridad, al grado de certeza y a la estabilidad de una determinada situación. Porque cuando hay seguridad se está en situación de prever lo que sucederá, de verlo de antemano, como si se abriera una ventana por la cual fuera posible echar una ojeada al futuro. Lo expresa así la vieja máxima *savoir c' est prévoir*.

Se dice que algo brinda seguridad cuando está dotado de las calidades de ser seguro y no presentar peligro; cuando es *securus* porque está libre de *cura*, o sea de cuidado o riesgo. Lo seguro genera confianza, puesto que confía quien tiene una esperanza firme, quien tiene fe (*fides*)¹⁰³.

Según el profesor Federico Arcos Ramírez, en la filosofía del derecho de los últimos tiempos, el principio de seguridad jurídica no solamente se enmarca en brindar a los ciudadanos estabilidad frente a determinadas situaciones sino que amplía su espectro y llega a nutrir el marco de acción del Estado social de derecho para lograr maximizar y proteger aquellos derechos básicos para la consecución de un orden social justo¹⁰⁴. En concordancia con ese planteamiento, es necesario que la seguridad jurídica se materialice en las relaciones prácticas y deje de ser un postulado o mera aspiración; la seguridad jurídica debe dejar de lado su sentido formal y pasar a tener una esencia material.

La seguridad jurídica deja de ser una cualidad funcional o estructural de ordenamiento jurídico y pasa a tener una función social, política y moral, convirtiéndose de esta forma en garantía para el ejercicio de los derechos fundamentales, lo cual va a significar confianza y tranquilidad de las personas que viven en un sistema democrático¹⁰⁵. De tal manera que la

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 16.17.

¹⁰⁴ ARCOS RAMÍREZ, Federico. Seguridad jurídica, *rule of law* y justicia. Cuadernos de filosofía del derecho contemporáneo 5. Cali: Ediciones de la Universidad Autónoma de Occidente, 2014, p. 99.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 91-95.

seguridad jurídica adopta una función de protectora para determinados derechos y libertades expresados como bienes jurídicos que un Estado social de derecho debe preservar con recelo.

Una forma para poder materializar la seguridad jurídica y hacerla más cercana a las personas es acoplar la seguridad jurídica con las funciones protectoras del Estado social de derecho¹⁰⁶, para permitirle cumplir con mayor eficacia sus fines esenciales y lograr una justicia social efectiva. Al respecto, Arcos cita a Gregorio Peces Barba en los siguientes términos:

(...) además de la seguridad jurídica del ciudadano frente al poder, y del individuo en sus relaciones privadas, la seguridad se buscará en el seno de la sociedad, como expresión de la relación del hombre con las necesidades sociales y su satisfacción, y se podría hablar de seguridad social, en sentido amplio, como la función primordial que realiza el derecho social, además de las funciones de garantía del derecho privado y la represión del derecho penal del viejo derecho liberal. Esta función de seguridad del derecho será seguridad jurídica, puesto que se establece por medio de la ley, en la nueva relación libertad-ley del Estado social, pero mezclada con dimensiones de justicia material, y contribuirá a crear condiciones sociales de superación de necesidades de certeza ante la vejez, la enfermedad y la muerte¹⁰⁷.

La seguridad jurídica esbozada en las ideas de Federico Arcos se proyecta coherentemente con los valores fundantes, principios, derechos humanos y libertades preservadas por el modelo de Estado social de derecho, haciendo materialmente efectivos los derechos de las personas en las prácticas jurídicas. Se trata de una concepción más amplia de la seguridad jurídica, mucho más material y menos formal, lo cual implica dejar de lado la visión que se tiene sobre la seguridad jurídica como cualidad estructural del ordenamiento jurídico y del Estado.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 95.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 96.

En los inicios del Estado liberal y tal como se concibió en los albores de la revolución francesa, la seguridad jurídica buscaba proteger a las personas de la arbitrariedad del poder público y en sus relaciones privadas.

En los tiempos actuales, en los que la inmensa mayoría de los países del mundo han adquirido el modelo democrático a la luz del Estado social de derecho, han surgido nuevas amenazas para la tranquilidad de las personas producto de fenómenos como la economía del mercado globalizado, el cambio climático, la tecnología, entre otras.

Es por eso que en la concepción de Arcos¹⁰⁸, la seguridad jurídica debe tener un campo de acción encaminado no solamente a inspirar la conducta de los servidores públicos en el respeto por la ley, sino a la efectiva materialización de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas como elemento de cohesión y justicia social. De esta manera el concepto de seguridad jurídica propuesto por Arcos armoniza con la protección que el Estado social y constitucional de derecho debe brindar a determinada clase de bienes jurídicos, imprescindibles para el desarrollo del ser humano en condiciones de dignidad, justicia y solidaridad, a través de la implementación de planes de acción para la protección de derechos –tanto individuales como colectivos-, mecanismos de garantía de derechos, entre otros.

3.4. Validación cualitativa de la solución propuesta al problema jurídico de investigación

Para la validación de la solución propuesta al problema jurídico abordado en la presente investigación, se acudió nuevamente a los expertos consultados mediante entrevistas en el trabajo de campo esbozado en el segundo capítulo del presente escrito, con el fin de establecer la viabilidad de la intervención del Ministerio Público en el proceso de convocatoria a

¹⁰⁸ Se nutre de planteamientos que al respecto hicieron filósofos del derecho como Elías Díaz, Gregorio Peces Barba, Ronald Dworkin con la materialización del *Rule of Law* y Manuel Atienza, algunos de ellos retomados en la presente investigación.

tribunal de arbitramento que lleva a cabo el Ministerio del Trabajo por mandato de la ley, con el objeto de preservar el derecho humano laboral a la negociación colectiva de los trabajadores sindicalizados de los servicios públicos esenciales de las actuaciones arbitrarias que en tales efectos comete la autoridad administrativa del trabajo y que pone en riesgo la vigencia del mencionado derecho.

Los representantes de los sindicatos de trabajadores Fabio Arias Giraldo y Luis Alejandro Pedraza (ambos de la Central Unitaria de Trabajadores) afirmaron que el Ministerio del Trabajo en la convocatoria al mecanismo del tribunal de arbitramento debe proceder por solicitud de las dos partes o de una de ellas. Ven con anuencia que los diálogos que permitan llevar el conflicto a una solución concertada por las partes sea acompañada de un organismo estatal independiente e imparcial como la Procuraduría General de la Nación y que esta entidad establezca límites al accionar del Ministerio del Trabajo en el proceso de convocatoria al mecanismo alternativo del arbitramento.

El líder sindical de los pilotos de Acdac entrevistado, afirmó que sería una solución acertada al problema de la arbitrariedad del Ministerio del Trabajo el hecho que para que este organismo pueda proceder a realizar la convocatoria al tribunal de arbitramento deba contar con la aprobación de una autoridad imparcial como el Ministerio Público, ya que este es el organismo que por mandato constitucional es el encargado de la promoción de los derechos y tiene la obligación de velar por su realización.

Por su parte, los representantes de los gremios empresariales Eduardo Visbal Rey y Guillermo Botero Nieto –asociados a Fenalco- manifestaron que es obligación del Estado garantizar los derechos de los trabajadores y buscar la manera de alcanzar la paz y armonía en las relaciones de trabajo. Afirmaron que es viable convocar la asistencia de la Procuraduría General de la Nación en el procedimiento de convocatoria al tribunal para que ese ente vigile que las garantías de las partes inmersas en el conflicto colectivo se cumplan, aunque fueron enfáticos en decir que el tribunal es independiente y autónomo y en razón a ello el Ministerio Público no debe interferir con la decisión que tomen los árbitros.

Los profesionales del derecho entrevistados coincidieron en afirmar que el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento debería contar con la anuencia de un organismo de control –como el Ministerio Público- que vele por la realización de los derechos laborales de los trabajadores en conflicto colectivo.

Al respecto, el abogado Francisco Javier Serna Giraldo de la Escuela Nacional Sindical afirmó que en el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento se debería contar con la participación de un organismo de control como el Ministerio Público a fin de preservar los derechos colectivos de los trabajadores y entre ellos la negociación colectiva. Afirmó que en la actualidad la Procuraduría General de la Nación cuenta con delegados para asuntos laborales y que nada les impide velar por la realización de los derechos humanos de los trabajadores en conflicto, pero en la práctica ello no se da debido a la ausencia de norma que expresa que los faculte para tal efecto.

El profesor y catedrático Iván Daniel Jaramillo Jassir afirmó estar seguro que con la intervención del Ministerio Público en el proceso que realiza el Ministerio del Trabajo para convocar el tribunal de arbitramento, se brindarían mayores garantías para el ejercicio del derecho de negociación colectiva de los trabajadores así como la realización del principio de legalidad. Aseguró que todas las medidas para garantizar los derechos laborales deben ser aceptadas, puesto que se trata de derechos humanos en el trabajo a los que no solamente hace referencia la Constitución Política sino los convenios 87, 98 y 154 de la OIT ratificados por Colombia.

Adicionalmente, propugnó por la creación de una “Superintendencia del Trabajo” para fortalecer la inspección, vigilancia y control que en estos momentos tiene el Ministerio y el viceministerio de relaciones laborales.

3.5. Implementación del mecanismo de garantía del derecho de negociación colectiva en el proceso de convocatoria e integración del tribunal de arbitramento

El mecanismo de garantía que se pretende instaurar en el procedimiento de convocatoria e integración del tribunal de arbitramento es la participación del Ministerio Público, y especialmente de la Procuraduría General de la Nación delegada para asuntos laborales y de la seguridad social. Lo anterior a la luz de la teoría de las instituciones de garantía del filósofo del derecho Luigi Ferrajoli que fue explicada con suficiencia en su momento.

Para positivizar la solución propuesta al problema de investigación es necesario realizar una reforma al decreto 017 del 8 de enero de 2016, proferido por el Ministerio del Trabajo, en el cual se especifica el procedimiento que debe seguir la autoridad administrativa del trabajo para la convocatoria e integración del mencionado mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Lo anterior con el fin de asegurar la materialización de la solución jurídica a la que se llegó en esta investigación y de esta manera garantizar la efectivización de los principios de legalidad y seguridad jurídica, a fin de mantener la estructura del ordenamiento jurídico, que resulta afectado con ocasión de las actuaciones arbitrarias del Ministerio.

Una vez finaliza la etapa de arreglo directo, el procedimiento que debe seguir el Ministerio del Trabajo para la convocatoria a tribunal de arbitramento, de conformidad con el decreto 017 del 8 de enero de 2016¹⁰⁹ es el siguiente:

- i. Solicitud de convocatoria a tribunal de arbitramento: Le corresponde a cualquiera de las partes inmersas en un conflicto colectivo, o a ambas, solicitarle por escrito al Ministerio del Trabajo que convoque al tribunal de arbitramento. Dependiendo la

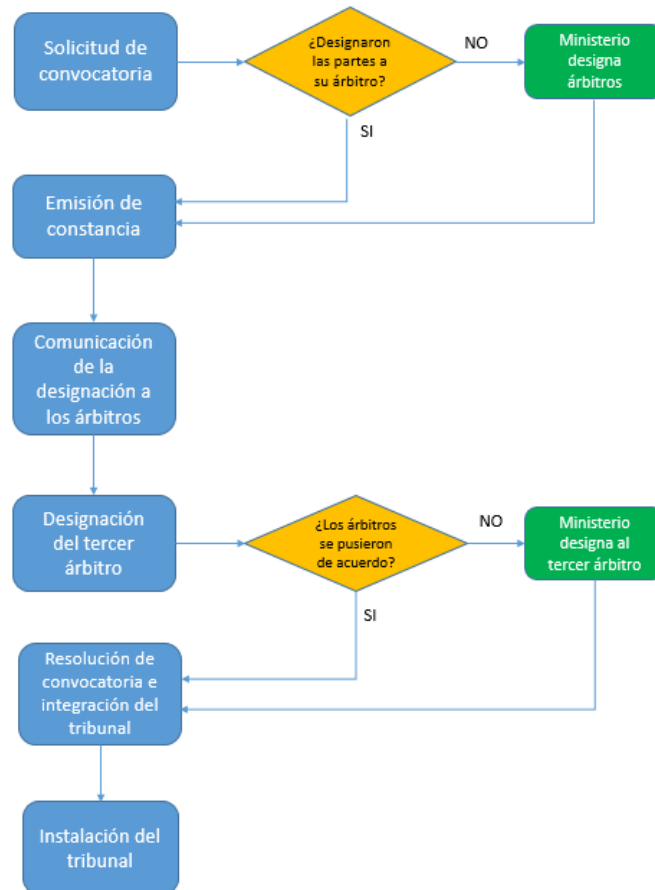
¹⁰⁹ Este decreto regula el procedimiento de convocatoria a tribunal de arbitramento que lleva a cabo el Ministerio del Trabajo. En su cuerpo normativo no se hace distinción entre tribunales de arbitramento voluntarios y obligatorios, por tanto es la normatividad aplicable en el proceso de convocatoria de ambos tipos de arbitramento.

parte que solicite la convocatoria, el escrito de solicitud debe contener unos documentos anexos (artículo 2.2.2.9.2). El anexo más relevante es la designación que las partes hacen del árbitro. Si las partes no designan un árbitro, el Ministerio procederá a designarlo (artículo 2.2.2.9.5).

- ii. Emisión de constancia: Dentro de los 3 días siguientes al recibo de la solicitud y sus documentos anexos, el Ministerio del Trabajo procede a dejar constancia de este hecho.
- iii. Comunicación de la designación a los árbitros: Inmediatamente a la emisión de la constancia, el Ministerio procederá a comunicar a los árbitros su designación y les invitará a tomar posesión del cargo dentro de los 3 días siguientes al recibo de la comunicación.
- iv. Designación del tercer árbitro: Los árbitros designados por las partes cuentan con 48 horas contadas a partir de su posesión para designar de común acuerdo al tercer árbitro que integrará el tribunal. Si los árbitros no se ponen de acuerdo, el tercer árbitro será designado por el Ministerio del Trabajo.
- v. Expedición de la resolución de convocatoria e integración del tribunal de arbitramento: Una vez cumplidos los requisitos para la convocatoria al tribunal y se encuentren posesionados los árbitros el Ministerio del Trabajo debe expedir una resolución en la que se convoque e integre el tribunal de arbitramento.
- vi. Instalación del tribunal de arbitramento: Una vez se notifique a los árbitros la resolución proferida por el Ministerio del Trabajo, cuentan con 8 días para proceder a la instalación del tribunal.

Para ilustrar de una mejor manera el proceso de convocatoria al tribunal de arbitramento que realiza el Ministerio del Trabajo se propone el siguiente diagrama de flujo:

PROCEDIMIENTO DE CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO EN LA ACTUALIDAD
(Decreto 017 de 2016)



Gráfica N° 3. Procedimiento de convocatoria e integración del tribunal de arbitramento en la actualidad. Fuente: Trabajo propio.

Dado que el Ministerio del Trabajo puede ser convocado por solicitud de las partes para que participen en la fase de negociaciones de la etapa arreglo directo (decreto 1048 de 2011) proponiendo fórmulas de arreglo y estrategias de acercamiento que permita encontrar una solución concertada al conflicto, no tiene sentido implementar la intervención del la Procuraduría General de la Nación delegada para Asuntos Laborales y de la Seguridad Social cuando las partes no hayan solicitado el acompañamiento de la autoridad administrativa del trabajo, puesto que las actuaciones arbitrarias por parte de esta autoridad se cometen cuando

esta ha tenido participación en la etapa de arreglo directo y subsiguientemente continúa la etapa de convocatoria e integración del tribunal de arbitramento.

Cuando en un conflicto colectivo de trabajo entre un empleador y trabajadores sindicalizados de los servicios públicos esenciales no ha hecho participación el Ministerio del Trabajo en la etapa de arreglo directo, su competencia para convocar el tribunal de arbitramento se activa necesariamente por solicitud de las partes, pues al no tener conocimiento directo del conflicto carece de argumentos para determinar cuándo los diálogos se encuentran consumados a tal punto que la única solución al conflicto es el arbitramento obligatorio.

En ese orden de ideas, cuando el Ministerio del Trabajo hubiera sido llamado a intervenir en la etapa de arreglo directo, como mediador entre las partes vinculadas en un conflicto colectivo de trabajo, y una de ellas fuere una organización sindical o colectivo de trabajadores que desarrollen sus labores en alguna de las actividades que el legislador califica como servicio público esencial, debe ser necesario que el Ministerio del Trabajo comunique a la Procuraduría General de la Nación delegada para Asuntos Laborales y de la Seguridad Social para que esta realice una misión de observación y acompañamiento de las negociaciones, a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho humano a la negociación colectiva de los trabajadores sin intromisión de la autoridad administrativa del trabajo.

En el contexto anteriormente descrito, cuando finalicen la fase de conversaciones sin que por medio de estas hubiese sido posible poner fin al conflicto colectivo de trabajo, la Procuraduría General de la Nación delegada para Asuntos Laborales y de la Seguridad Social expedirá una constancia de finalización de la etapa de diálogos, en la que dé cuenta del suficiente ejercicio del diálogo social y la concertación, sin vulneraciones de derechos humanos laborales de ningún tipo y dé vía libre al Ministerio del Trabajo para que realice la convocatoria al tribunal de arbitramento de conformidad con la ley, es decir, mediando solicitud de las partes.

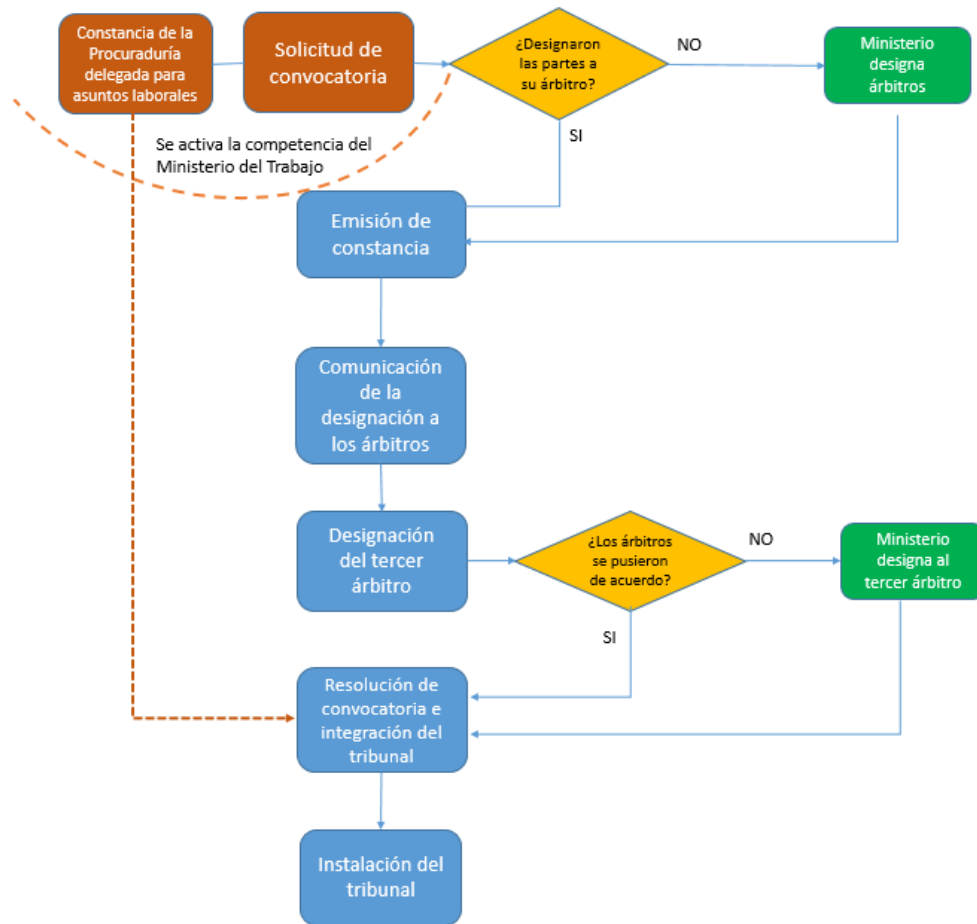
De tal manera que de implementarse en la práctica la solución propuesta en la presente investigación, para que el Ministerio del Trabajo pueda proceder a convocar el tribunal de

arbitramento obligatorio en el marco de un conflicto colectivo de trabajo donde los trabajadores realicen sus actividades en servicios públicos esenciales definidos por el legislador, el Ministerio requiere lo siguiente:

- Solicitud de convocatoria del empleador
 - Solicitud de convocatoria del sindicato o grupo de trabajadores
 - Solicitud de convocatoria de una sola de las partes cuando sea el caso
 - Constancia de la Procuraduría General de la Nación delegada para Asuntos Laborales y de la Seguridad Social
- } Conforme al decreto 017 del 8 de enero de 2016
- } Reforma propuesta

Por lo tanto, cuando el Ministerio del Trabajo hubiere intervenido en la etapa de arreglo directo como facilitador de los diálogos entre las partes en conflicto, el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento presentaría algunas variaciones, de conformidad con la propuesta. Para comprender el proceso a convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio que se propone en la presente investigación cuando el Ministerio hubiese intervenido en los diálogos se propone el siguiente diagrama:

**PROCEDIMIENTO DE CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
DE ACUERDO A LA SOLUCIÓN PROPUESTA CUANDO EL MINISTERIO HUBIERE INTERVENIDO EN
LA FASE DE ARREGLO DIRECTO
(Reforma al Decreto 017 de 2016)**



Gráfica N° 4. Procedimiento de convocatoria e integración del tribunal de arbitramento de acuerdo a la solución propuesta. Fuente: Trabajo propio.

Con la implementación en las prácticas jurídicas de la reforma propuesta, lo que en esencia se pretende reformular en el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio, cuando las partes en conflicto desarrollen actividades determinadas por el legislador como servicio público esencial, es la activación de la competencia del Ministerio del Trabajo que la legitime para poder proceder a realizar la convocatoria a dicho mecanismo alternativo de solución de controversias. Así, la autoridad administrativa del trabajo no podrá proceder a

realizar la convocatoria de manera oficiosa cuando hubiere intervenido en la fase de diálogos entre los trabajadores sindicalizados y el empresario.

La intervención del Ministerio Público en cabeza de la Procuraduría General de la Nación delegada para Asuntos Laborales y de la Seguridad Social funcionaría, en primer lugar, como un mecanismo de garantía para el ejercicio del derecho humano a la negociación colectiva y de los derechos propios de la libertad sindical de las partes en conflicto y, en segundo lugar, como elemento de control preventivo de legalidad de los actos llevados a cabo por la entidad administrativa del trabajo en el proceso de convocatoria e integración del tribunal de arbitramento.

De esta manera, se estaría dotando al organismo constitucional para la protección y promoción de los derechos humanos en Colombia de una puerta de ingreso para que pueda llevar a cabo su labor en los conflictos colectivos de trabajo. Esta facultad se encuentra prescrita en la Resolución 375 de 2003 de la Procuraduría General de la Nación, el cual en su artículo 1, literal f le da facultades a este organismo para intervenir permanentemente en el proceso arbitral, incluso desde su convocatoria. Hasta el momento esta facultad es poco ejercitada por la Procuraduría, debido a falta de regulación en la materia que la dotara de herramientas para participar.

Para que se active la competencia del Ministerio del Trabajo de manera legal y legítima en los eventos objeto de estudio es necesario que medie i) solicitud de las partes o de una de ellas –tal y como está establecido en el decreto 017 de 2016- y ii) la constancia suscrita por el delegado de la Procuraduría General de la Nación para asuntos Laborales y de la Seguridad Social en el que se plasme la observación que en el proceso de negociación no se ha encontrado vulneración a derechos humanos y laborales de ninguna de las partes intervinientes en el conflicto colectivo, que la fase de diálogo y concertación se encuentra desierta por haber sido suficientemente agotada por las partes y en consecuencia da vía libre al Ministerio del Trabajo para proceder a realizar la convocatoria al tribunal de arbitramento con arreglo a lo establecido en la ley

Con la implementación de la reforma propuesta al procedimiento de convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio el acto administrativo (resolución) en el cual se plasma la convocatoria e integración de dicho mecanismo de solución de controversias, se ajustará plenamente a los postulados legales y convencionales sobre el arbitramento, el cual según la OIT no puede representar la aniquilación del derecho humano de negociación a las partes, postergando cualquier vicio de arbitrariedad en el proceso de convocatoria y devolviendo la confianza de las partes en el Ministerio del Trabajo, ya que por medio de esta reforma se estaría satisfaciendo plenamente los principios de legalidad, seguridad jurídica y respeto por los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

4. CONCLUSIONES

Los principios de legalidad y de seguridad jurídica son valores fundantes de los modelos democráticos que se erigen sobre la base del esquema de Estado liberal. Para los habitantes de un territorio es imprescindible saber el alcance de sus derechos y deberes así como la respuesta del Estado en la aplicación del derecho a los casos particulares. Los trabajadores de los servicios públicos esenciales, como ciudadanos sujetos de derechos y protección por parte del Estado, deben tener la certeza de las actuaciones que realiza la autoridad administrativa del trabajo con ocasión del proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio en aquellos casos en los que el diálogo y la concertación ha resultado infructuoso.

Las actuaciones oficiosas, revestidas de arbitrariedad, que el Ministerio del Trabajo comete en el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento – tal y como quedó demostrado en la implementación del método etnometodológico- desencadena un constante estado de incertidumbre en los trabajadores, lo que conlleva a la pérdida de la confianza en la institucionalidad cuando se solicita el acompañamiento de dicha autoridad en la fase de diálogos en el marco de un conflicto colectivo de trabajo.

Los trabajadores de los servicios públicos esenciales en Colombia no tienen la posibilidad de ejercer su derecho a la huelga. En razón a ello, diversas recomendaciones de la OIT y el propio contenido de convenios de gran relevancia para los derechos de libertad sindical como el 87, 98 y 154 establecen que los Estados legítimamente pueden limitar el derecho a la huelga, en tal caso a los trabajadores que ven mermado su derecho, se les debe brindar garantías compensatorias para poder negociar sus condiciones de trabajo con los empleadores. Uno de los derechos que se debe fortalecer como garantía compensatoria es el derecho a la negociación colectiva, que reviste el carácter de derecho humano, dado que posibilita la discusión de temas que van a permitir desempeñar el trabajo en condiciones dignas.

Es por esto que el derecho a la negociación colectiva no debe estar expuesto a la arbitrariedad por parte de los poderes públicos, entre ellos el Ministerio del Trabajo, ya que por mandato de la Organización Internacional del Trabajo, el Estado debe crearles a los trabajadores de los servicios públicos esenciales garantías supletivas que les permitan la negociación de pliegos de peticiones con el empleador cuando por mandato legal se les restrinja el ejercicio del derecho a la huelga.

Como resultado del trabajo de campo elaborado en el que se implementó el método etnometodológico a la investigación socio jurídica, se llegó a la conclusión que el proceso de convocatoria al tribunal de arbitramento obligatorio necesita una reforma, en la cual se garanticen los derechos de los trabajadores intervinientes en el conflicto colectivo de trabajo, puesto que las normas consagran garantías especiales en este tipo de escenarios, pero estas difícilmente son llevadas a la práctica por parte del Ministerio del Trabajo. En razón a ello la desconfianza que se tiene en esa institución aumenta cuando se cometen actos de arbitrariedad, contrarios al orden legal, que lesionan derechos fundamentales en el ámbito laboral como el derecho de negociación colectiva.

Considerando los resultados de la aplicación del método etnometodológico como trabajo de campo y el pensamiento de Luigi Ferrajoli, uno de los filósofos del derecho más influyentes de los últimos tiempos, en lo referente a la teoría de las instituciones de garantía, fue posible corroborar con éxito la hipótesis planteada en la presente investigación, en razón a que el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio necesita con urgencia de un mecanismo de garantía que mitigue la arbitrariedad que pueda cometer una autoridad administrativa, como el Ministerio, y maximice los derechos de los intervinientes, para lograr llegar a una solución al conflicto que satisfaga las expectativas de las dos partes teniendo como base el diálogo y la concertación, ambos elementos nucleares del derecho a la negociación colectiva.

Es así como la institución de garantía más acertada a ser incluida en el proceso de convocatoria a tribunal de arbitramento es el Ministerio Pública, en cabeza de la Procuraduría

General de la Nación delegada para asuntos Laborales y de la Seguridad Social, que es aquella institución que por mandato del constituyente de 1991 le corresponde la defensa del orden jurídico institucional, la promoción y protección de los derechos y libertades humanas, fundamentales reconocidas en la constitución y los convenios internacionales ratificados por Colombia.

Es necesario dotar el Ministerio Público de herramientas que le permitan llevar a cabo su función constitucional en los conflictos colectivos de trabajo de los trabajadores de los servicios públicos esenciales, máxime cuando fenómenos que acaecen en los tiempos actuales como la globalización económica, el auge de la tecnología, etc. traen consigo nuevos riesgos para los derechos humanos de los trabajadores, entre ellos del derecho de la negociación colectiva.

Por lo anterior, en la presente investigación se proyectó una reforma al decreto 017 de 2016 en el que se establecen los parámetros que el Ministerio del Trabajo debe seguir para llevar a cabo la convocatoria e integración del tribunal de arbitramento. En esencia se pretende mitigar la oficiosidad arbitraria de esta autoridad, con la exigencia de una constancia suscrita por el procurador delegado para asuntos laborales y de la seguridad social cuando el Ministerio del Trabajo haya intervenido en la fase de diálogos de la etapa de arreglo directo (por solicitud de las partes), en la que se constate que no se advierte violación a derecho humano o fundamental alguno de las partes en conflicto, que se ejercitó plenamente el derecho a la negociación colectiva de las partes mediante el diálogo y la concertación sin que se encuentre una solución al conflicto y en razón a ello, el Ministerio queda plenamente facultado para proseguir con la convocatoria al tribunal de arbitramento obligatorio.

Es decir, cuando las partes soliciten la intervención del Ministerio del Trabajo en la fase de arreglo directo automáticamente también hace su intervención el Ministerio Público, a fin de garantizar la vigencia de los derechos de las partes en conflicto y poder ejercer control de legalidad preventivo al proceso de convocatoria al mecanismo del arbitramento.

De esta manera, el Estado garantiza la vigencia de uno de los derechos que se constituyen como pilar de la libertad sindical de los trabajadores del mundo, a saber la negociación colectiva, cumpliendo con las exigencias de la OIT en cuanto a las garantías supletivas de los trabajadores de los servicios públicos esenciales que tengan prohibido ejercer la huelga por mandato legal.

Así, el Estado social de derecho se materializa en los conflictos colectivos de trabajo llevando a la práctica los postulados de legalidad y seguridad jurídica, ya que a partir de la implementación de la solución propuesta se reconstruye y se resguarda el estructuralismo del ordenamiento jurídico vigente, que se ve afectada por las actuaciones oficiosas, arbitrarias e ilegales que lleva a cabo el Ministerio del Trabajo en el proceso de convocatoria al tribunal arbitral, aumentando la confianza de los trabajadores de los servicios públicos esenciales en las instituciones del Estado cuando se solicite su intervención en los conflictos colectivos de trabajo, lo cual permite superar el problema de legalidad que acontece en la actualidad en el marco de la convocatoria a este mecanismo alternativo de solución de controversias en su modalidad obligatorio.

5. REFERENCIAS

ALTAMIRA, Julio. Principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1978. 82 págs.

ALTERINI, Atilio Aníbal. La inseguridad jurídica. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1993. 183 págs.

ARRÁZOLA JARAMILLO, Fernando. El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como cuenta de derecho. En: Revista de Derecho Público. N° 32 (ene-jun de 2014). 133 págs.

ARCOS RAMÍREZ, Federico. Seguridad jurídica, *rule of law* y justicia. Cuadernos de filosofía del derecho contemporáneo 5. Cali: Ediciones de la Universidad Autónoma de Occidente, 2014. 186 págs.

BALANTA MORENO, Xiomara Cecilia y TREJOS MAFLA, Thalia Lorena. Análisis de la responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a las obligaciones emanadas del convenio 87 de la OIT. Santiago de Cali, 2016, 33 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad de San Buenaventura. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

BENEYTO CALATAYUD, Pere *et al.* Trabajo y empresa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. 253 págs.

BLASCO RASERO, Cristina. El ejercicio del derecho de libertad sindical en la empresa privada: problemas actuales. En: RODRÍGUEZ-SADUÑO, Fermín y CARRIZOSA PRIETO, Esther. El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa. Madrid: Editorial Tecnos, 2011. 277 págs.

CABANELLAS, Guillermo. Tratado de derecho laboral. Tomo I. Parte general. 3ª edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1987. 523 págs.

CANASI, José. Derecho Administrativo. Vol. 1. Parte general. Buenos Aires: De palma, 1972. 916 págs.

CEBALLOS BUSTAMANTE, María Clara y GÓMEZ HERRERA, Manuela. Convenios de la OIT Vs. normas constitucionales sobre la regulación de pensiones convencionales. Medellín, 2013, 114 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad EAFIT. Escuela de Derecho.

CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel y RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. Introducción jurídica a las relaciones de trabajo. Madrid: Editorial Dykinson, 2014. 427 págs.

CIDONCHA MARTÍN, Antonio. Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial. En: Revista Teoría y Realidad Constitucional. N° 23, 2009, ISSN: 2174-8950.

COLOMBIA, Contraloría General de la República. Política pública de fortalecimiento de la justicia. Cuaderno 13. Bogotá: Imprenta Nacional, 2014. 42 págs.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-112 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-009 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-248 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-063 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-161 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-271 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-069 de 2015. M.P. (e) Martha Victoria Sáchica Méndez.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 22224-2017 del 18 de octubre de 2017. Radicación 77822. Acta 38. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 1 de junio de 1983.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 4924-2017 del 29 de marzo de 2017. Radicación 48786. Acta 11. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 14 de febrero de 1980.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 08 de febrero de 2011. Radicación 36318.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 9390-2017 del 28 de junio de 2017. Radicación 76688. Acta 23. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 16887-2016 del 16 de noviembre de 2016. Radicación 70387. Acta 43. M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL 16811-2017 del 3 de octubre de 2017. Radicación 52775. Acta 36. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

DE LA PUEBLA PINILLA, Ana *et al.* Esquemas de derecho del trabajo II. Derecho Sindical. Tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. 680 págs.

DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y democracia. En: DE ASÍS ROIG, Rafael; BONDIA GARCÍA, David y MAZA ZORRILLA, Elena (coord.) Los desafíos de los derechos humanos hoy. Valladolid: Dykinson editores, 18 a 20 de octubre de 2006, 2007. 566 págs.

DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus ediciones, 1983. 174 págs.

DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática. Séptima edición. Madrid: Editorial cuadernos para el diálogos, 1979. 208 págs.

DÍAZ GARCÍA, Elías. Sociología y filosofía del derecho. Madrid: Editorial Taurus, 1971. 423 págs.

DÍAZ TÁMARA, Yair. La extinción de beneficios pensionales convencionales extralegales y su desaparición a partir de una sustitución de la Constitución Política. Santiago de Cali, 2012, 52 p. Trabajo de grado (Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social). Universidad ICESI. Facultad de Derecho.

DROMI, José Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1983. 576 págs.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Madrid: Editorial Trotta, 2008. 373 págs.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2010. 373 págs.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. *La ley del más débil*. Sexta edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009. 180 págs.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2013. 132 págs.

GARCÍA INFANTE, Dayana Milena *et al.* La negociación colectiva en Colombia. Bogotá, 2011, 103 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad Libre. Facultad de Derecho.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Parte general. 1ª edición colombiana. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 1998. XVI-26 Págs.

HERNANDEZ VALDERRAMA, Francisco. El sindicalismo en Colombia: *implicaciones sociales y políticas*. Bogotá, 2004, 541 p. Trabajo de grado (Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social). Pontifica Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

HERNÁNDEZ VIANA, Laura y JIMÉNEZ VILLEGAS, Elizabeth. El derecho a la negociación colectiva frente a la expedición del Acto Legislativo N° 1 y la consolidación de un único sistema de pensiones. Bogotá, 2013, 138 p. Trabajo de grado (Abogado). Pontifica Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

HOBSBAWM, Eric. La era de la revolución, 1789-1848. Barcelona: Crítica, 1997. 311 págs.

ÍÑIGUEZ-RUEDA, Lupicinio. El lenguaje de las ciencias sociales: fundamentos, conceptos y modelos. Barcelona: Editorial UOC, 2013. 193 págs.

IRÁIZOZ, María. La eficacia del defensor del pueblo en Iberoamérica. Expansión y caracterización como Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Madrid: Dykinson editores, 2012. 320 págs.

JARAMILLO JASSIR, Iván. Derecho del trabajo en el posfordismo: el proyecto de regulación universal en la globalización económica. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015. 340 págs.

JIMÉNEZ FLOREZ, Gustavo Andrés. Estructura sindical en un contexto de competencia imperfecta. Bogotá, 2016, 44 p. Trabajo de grado (Economista). Pontifica Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas.

KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado de derecho. Traducción de Eduardo García Máynez. México, D.F.: Ediciones textos universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1969. 477 págs.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La seguridad jurídica como dato para la decisión empresarial. En: Revista de derecho comercial y las obligaciones. N° 5 (may-jun de 1998); p. 203. Citado por: ARRÁZOLA JARAMILLO, Fernando. El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como cuenta de derecho. En: Revista de Derecho Público. N° 32 (ene-jun de 2014). 133 págs.

LEE, Chang-Hee *et al.* Desde la época de los artesanos hasta su edad adulta: la negociación colectiva ofrece la clara ventaja de ser más flexible para introducir cambios. En: OIT, La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio. Ginebra: Ediciones de la OIT, 1999. 144 págs.

LUCCHINI, Cristina. Tiempos modernos: del taylorismo al fordismo. Buenos Aires: Ediciones la bisagra, 2011. 89 págs.

LEÓN PALENCIA, Ingrid Andrea. Análisis de las cláusulas laborales en los TLC de Canadá y USA con Colombia, su impacto y realidad material en el mundo del trabajo. Bogotá, 2012, 136 p. Trabajo de grado (Abogado). Universidad Libre. Facultad de Derecho.

MÉXICO, Comisión Nacional de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo. México, D.F.: Publicaciones de la Comisión Nacional de DD.HH., 2012. 28 págs.

MIRA SANTA, Liliana María y MARTÍNEZ MORENO, Juliana. El administrador y su papel en el proceso de negociación de conflictos sindicales en la empresa AES Chivor S.A. periodo 2003-2005. Bogotá, 2006, 112 p. Trabajo de grado (Economista). Universidad de San Buenaventura. Facultad de Ciencias Administrativas, Económicas y Contables.

MORENO VIDA, María Nieves. Las funciones de la negociación colectiva y su proyección en los contenidos de los convenios colectivos. En: MONEREO PÉREZ, José Luis. Los

derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada. Granada: Editorial Comares, 2011. 467 págs.

NAVIA MARTÍNEZ, Jhonny Mauricio. Conflicto laboral y acción sindical en Llorede S.A. 2008-2016. Santiago de Cali, 2017, 81 p. Trabajo de grado (Sociólogo). Universidad del Valle. Facultad de Ciencias Sociales y Económicas.

OIT, Conferencia General. Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación. San Francisco, 1948. 7 págs.

OIT, Conferencia General. Convenio N° 98 sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva. Ginebra, 1949. 9 págs.

OIT, Oficina Internacional del Trabajo. Promoción de la negociación colectiva: convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154) y recomendación sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 163). Ginebra: Publicaciones de la OIT, 2015. 33 págs.

OJEDA AVILÉS, Antonio. Compendio de derecho sindical. Tercera edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2014. 677 págs.

ORTÍZ PALACIOS, Iván David. Lecciones básicas sobre derecho internacional laboral y de la seguridad social. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2009. 566 págs.

OSTAU DE LA FONT DE LEÓN, Francisco Rafael y NIÑO CHAVARRO, Leidy Ángela. Limitación y desprotección del mundo del trabajo en la negociación colectiva en Colombia. En: Revista Ingenio Libre N° 11, 2013; p 11. ISSN: 1692-0767.

PECES-BARBA, Gregorio. Derecho y fuerza. *Curso de teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 112. Citado por: CENTENERA, Fernando. La claridad legislativa en el pensamiento de Lon L. Fuller: Un análisis desde la teoría de la legislación. En: Anales de

derecho. Vol. 33, N° 1 (ene., 2015). Biblioteca de la Universidad de Murcia [en línea] <<http://revistas.um.es/analesderecho/issue/archive>> Consultado el 23 de septiembre de 2018.

RODRÍGUEZ SANTOS, Carlos Manuel. Lecciones de administración pública. Bogotá: Librería ediciones del profesional, 2016. 115 págs.

SALAZAR UGARTE, Pedro. Una aproximación al concepto de legalidad y su vigencia en México. En: Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho. N° 8 (oct., 1998). Biblioteca virtual Miguel de Cervantes: [<http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-9-octubre-1998/>]. Consultado el 22 de septiembre de 2018.

SILVA ROMERO, Marcel. Flujos y reflujos: proyección de un siglo de derecho laboral colectivo en Colombia. Tercera edición. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2005. 797 págs.

TANGARIFE LÓPEZ, Carmen Lucía. Libertades sindicales: *esenciales para lograr un trabajo decente*. Medellín: Ediciones Escuela Nacional Sindical, 2016. 119 págs.

THOMSON, David. Historia mundial de 1914 a 1968. México: Fondo de Cultura Económica, 2006. 269 págs.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. Las conductas lesivas de la libertad sindical. Madrid: Ediciones Consejo Económico y Social, 1994. 169 págs.

VALTICOS, Nicolás. Derecho internacional del trabajo. Madrid: Editorial Tecnos, 1977. 558 págs.

VIDAL PERDOMO, Jaime y MOLINA BETANCUR, Carlos. Derecho administrativo. XIV Edición. Bogotá: Legis, 2016. 634 p.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: *sindicación, negociación colectiva y huelga*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 2007. 91 págs.

ANEXOS

Evidencias fotográficas de la implementación del método etnometodológico de investigación

Entrevistas a representantes de organizaciones sindicales

Fabio Arias Giraldo (CUT):



Luis Alejandro Pedraza (CUT):



Capitán Roberto Ballén Bautista (Acdac):



Entrevistas a representantes de gremios empresariales

Guillermo Botero Nieto (Fenalco):



Eduardo Visbal Rey (Fenalco):



Entrevistas a profesionales del derecho expertos en derecho laboral colectivo:

Iván Daniel Jaramillo Jassir (Universidad del Rosario)



Ana Rocío Niño Pérez (Universidad Libre):

