

EFFECTOS DE LA CONVENCION COLECTIVA FRENTE A EMPLEADOS
PUBLICOS NO SINDICALIZADOS

URIEL GONZÁLEZ MANRIQUE

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO-POSGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
VILLAVICENCIO

2014

EFFECTOS DE LA CONVENCION COLECTIVA FRENTE A EMPLEADOS
PUBLICOS NO SINDICALIZADOS

URIEL GONZÁLEZ MANRIQUE

Trabajo final presentado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

Asesor

Dra. IRMA BEJARANO GARCÍA

Abogada –Magister (C)

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO-POSGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
VILLAVICENCIO

2014

Autoridades Académicas

P. CARLOS MARIO ALZATE MONTES O.P.

Rector General

P. EDUARDO GONZÁLEZ GIL O.P.

Vicerrector Académico General

P. JOSÉ ANTONIO BALAGUERA CEPEDA O.P.

Rector Sede Villavicencio

P. ALVARO JOSÉ ARANGO RESTREPO O.P.

Vicerrector Académico Sede Villavicencio

Abg. GILMA YAMILE CUBILLOS

Secretaria de División Sede Villavicencio

Dra. SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Decana Facultad de Derecho Sede Villavicencio

Notas de aceptación

SONIA PATRICIA CORTES ZAMBRANO

Decana Facultad de Derecho

IRMA BEJARANO GARCÍA

Directora Trabajo de Grado

Villavicencio, 15 de octubre de 2014

*“Sobre toda cosa guardada, guarda tu corazón;
Porque de él mana la vida” Proverbios 4:23*

*“A Dios todopoderoso,
quien es la razón de mi existencia,
quien segundo a segundo infunde el aliento de vida
para seguir adelante,
mi apoyo y pronto auxilio en las dificultades,
quien a través de su amado hijo Jesucristo
me ha mostrado su amor y misericordia,
quiero de corazón **dedicar este trabajo**, dándole la gloria
y reconocer que sin la sabiduría e inteligencia
del Espíritu Santo, no habría sido posible plasmar este escrito”*

Agradecimientos

Siempre y en todo momento gracias a Dios, quien me da su aliento de vida y me permitió estudiar conforme a sus propósitos.

Al P. Diego Orlando Serna Salazar O.P. y a la Dra. María Consuelo Caballero, quienes tuvieron en cuenta mi nombre para designarme durante el año 2013 el primer coordinador de la especialización en derecho administrativo en la sede de Villavicencio, gracias por su invaluable apoyo y su voto de confianza. Entrego la tercera cohorte de la especialización con un excelente posicionamiento a nivel regional.

A mi familia, en especial mi madre Blanca Manrique y mi padre Luis Eduardo, quienes siempre tuvieron en mente el deseo de verme salir triunfante en la vida- A mi hermana Uldy Yaneth, mi gratitud eterna por su apoyo incondicional siempre y en todo momento, junto con su esposo óscar, gracias. A yolimita, por su constante interés y preocupación. A mi hermano Javier, con especial dedicación este trabajo y agradecido por su compañía en los momentos difíciles, con la esperanza de que esta leve tribulación será pasajera y podrá salir adelante, porque para los que confiamos en Dios, todas las cosas son permitidas conforme a sus propósitos.

Contenido

	Pág.
Resumen.....	8
Introducción	10
1. Del Principio de Legalidad	13
2. Las Implicaciones de Carácter Interno y Externo. Orden Interno e Internacional. ..	20
Conclusiones	25
Referencias Bibliográficas	29

Resumen

El análisis tradicional del derecho administrativo, incluye la revisión de las bases jurídicas del principio de legalidad, aspecto esencial sobre el cual descansa el acto administrativo y del cual depende el control jurisdiccional que pueda hacerse al mismo. Control que debe ir en consonancia con los postulados de la Corte Constitucional, en materia de respeto a los Derechos Fundamentales, en especial el de igualdad y todo aquello que es inherente a la relación laboral como es el acceso al empleo y la promoción de oportunidades, que merecen un grado de mayor protección cuando el empleador es el estado. Esto implica resaltar la importancia de las normas internacionales del trabajo (NIT) frente a los casos de discriminación salarial por parte de la administración. Es objeto de análisis la situación mediante la cual un órgano de la administración en obediencia a lo establecido en la convención colectiva puede llegar a vulnerar el postulado elemental que reza “*a trabajo de igual valor, salario de igual valor*”

Palabra Clave

Salario, administración, legalidad, responsabilidad, teorías, convención colectiva, convenios, igualdad, trabajo, acto administrativo, remuneración, empleado público, trabajador oficial.

Abstracts

The traditional analysis of administrative law, includes the review of the legal basis of the principle of legality, essential aspect on which rests the administrative act and which depends on the judicial review that may be made to the same. Control which must be in keeping with the tenets of the Constitutional Court, in terms of respect for fundamental rights, in particular the equal to anything that is inherent in the employment relationship such as access to employment and promotion of opportunities, which deserve greater protection when the employer is the State. This implies to highlight the importance of the international labour standards (ILS) compared to the cases of wage discrimination by the administration. Is subject to analysis the situation whereby an organ of the Administration to comply with provisions in the collective agreement may infringe the basic postulate that reads "to work of equal value, equal pay"

Keyword

Wages, management, legality, liability, theories, collective agreement, equality, work, administrative act, compensation, public employee, hardworking officer.

Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico de manera tradicional se ha rendido culto al principio de legalidad y esto obedece a la influencia del derecho francés que ha marcado el camino a nuestras instituciones, circunstancias reconocidas en el siglo pasado pero que hoy entendemos deben estar acorde con un estado moderno, en el cual el hombre como ser humano tiene un papel preponderante frente al reconocimiento de sus derechos, que no pueden ser desconocidos de manera injusta aun en aplicación y respeto del principio de legalidad.

Con un desarrollo expresamente consignado en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el *principio pro homine* no encontraría reparo en las normas internas e internacionales para su aplicación, la acelerada expansión de mercados, la necesidad de fortalecer las decaídas economías mundiales y la exigencia de obtener el máximo provecho de los recursos minero-energéticos o la posibilidad de obtener el máximo grado de eficiencia y de economía en los presupuestos de las entidades del estado ha generado situaciones de discriminación laboral, desconociendo que el derecho a la igualdad permanece configurado normativamente como principio protector en los tratados internacionales y esto tiene una preponderancia extrema que todos los estados reconocen, sin embargo los estudiosos de la norma laboral coinciden en que **la economía global (gallin) afecta el mercado laboral mundial y fomenta la destrucción global del sindicalismo**¹

¹ Respondiendo ante previsible fusiones de sindicatos del sector público en Gran Bretaña, el **Times** de Rupert Murdoch, ya a comienzos de 1992, se manifestó contra "las grandes coaliciones de trabajadores" y proclamó la definición conservadora de las "exitosas organizaciones sindicales del mañana": "*Serán esencialmente asociaciones de personal, con base en el lugar de trabajo en particular. Serán no ideológicas, excepto en lo que se refiere a entender que la prosperidad de sus miembros está ligada a la de sus empleadores. Sostendrán y defenderán contratos individuales y los derechos legales de los trabajadores (...) Las organizaciones de trabajadores juegan un papel en la modernización de la gestión*". La Nueva Derecha desea tener ahí a los trabajadores: en "asociaciones de personal" de base empresarial, divididas e impotentes, autorizadas solamente a manejar quejas particulares y a promover la prosperidad del empleador. Gallin, Dan. Tomado en <http://www.inisoc.org/gallin.htm>

Durante este trabajo se planteara el debate teórico-práctico relacionado con la aplicación de la convención colectiva del trabajo que rige para los trabajadores oficiales de la Universidad de los Llanos y mediante la cual se reconocen unos estímulos salariales, de los cuales no gozan los que tienen la calidad de empleados públicos y desempeñan el mismo trabajo u oficio, nos podríamos enfrentar a una posible *discriminación* por trato desigual al momento de reconocer la remuneración y otros derechos de manera diferencial, pues es esta una situación *sui generis*, diferente a la que tradicionalmente maneja la jurisprudencia, al tutelar los derechos de los sindicalizados frente a prebendas del empleador, motivando su retiro del sindicato, pero en este caso sería a la inversa, dado que en forma indirecta lo que se incentiva es la afiliación a la organización sindical de trabajadores oficiales, dado que el sindicato de empleados públicos no existe y esto genera factores de discriminación salarial, dificultad para acceso al empleo y escasa promoción de oportunidades en razón a que los empleados públicos han preferido renunciar a los derechos que durante años le otorgo la carrera administrativa y optar por contratos precarios y temporales dados por la entidad estatal.

Con la situación fáctica y jurídica evidenciada, se violan claras normas de derecho internacional y convenios ratificados por Colombia, pero en especial crea un mal precedente en materia de vinculación laboral y estabilidad en el empleo, por cuanto al promover y consentir la distinción discriminatoria en materia salarial, generada por el contrato colectivo, aquellos que desempeñen la misma actividad en la misma institución y reciban menos ingreso, optan por renunciar y consentir para que sean vinculados por dos o tres meses, generando la inestabilidad en el empleo público y facilitando la temporalidad en las contrataciones laborales en una dependencia del estado.

No resulta razonable que el mismo estado en las formas de vinculación de sus empleados sea quien promueva las diferencias salariales entre quienes desempeñan el mismo trabajo

El ensayo se divide en dos bloques: en primer lugar se examinara el contexto del principio de legalidad, confrontando la actualidad del concepto de convención colectiva frente a las recientes disposiciones legales y jurisprudenciales en defensa de los derechos

fundamentales y finalmente las implicaciones de carácter interno y externo cuando un órgano de la administración en obediencia a lo establecido en la convención colectiva puede llegar a vulnerar el postulado elemental que reza “*a trabajo de igual valor, salario de igual valor*”

Sin embargo el punto de controversia resultaría en el criterio de la institución que amparada en la ley defiende su actuar y no es ajeno porque así lo expone la doctrina:

Los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en la ley y los funcionarios sólo aquello expresamente permitido por ella, constituye uno de los principios más sobresalientes de los derechos administrativo y constitucional de hoy.

En el mundo real puede resultar ciertamente ilusorio pero en los textos, en las clases y en los tribunales resuena como un elemento central de nuestro ordenamiento jurídico (**Diego, 2006**).

1. Del Principio de Legalidad

En nuestro enunciado inicial, el Doctor Diego Peña, resaltó el famoso postulado mediante el cual, los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en la ley y los funcionarios solo aquello que la misma ley de manera expresa les permite hacer, esto me permite remontarme a una definición lockiana de libertad:

La libertad del hombre en sociedad consiste en no hallarse bajo más poder legislativo que el establecido en la nación por consentimiento, ni bajo el dominio de ninguna voluntad o restricción de ninguna ley, salvo las promulgadas por aquel según la confianza en él depositada (**Locke, 2008, pág. 15**).

En torno al principio de legalidad, en primer lugar debemos efectuar unas precisiones conceptuales básicas, frente a la posibilidad de vinculación con la administración:

1.1. El vínculo laboral contractual, como aquel en el cual la ley apenas tiene un mínimo como elemento preponderante de la regulación contractual, son las partes quienes mediante el contrato deciden que normas le son aplicables y cuáles no, que para el efecto vendrían a ser los vínculos realizados con los trabajadores oficiales.

1.2. El vínculo laboral legal/reglamentario, como aquel que tiene su fuente en la ley y el reglamento, todo está inmerso allí, no existe posibilidad de regulación entre las partes y es aquel vínculo al que por norma general están supeditados los empleados públicos.

El principio de legalidad sufre serios reparos cuando la negociación colectiva es adelantada por los trabajadores oficiales, a diferencia cuando es realizada por los empleados públicos, quienes históricamente no gozaban de un derecho de negociación

plena² que les permitiera discutir con el nominador sus condiciones, ya hoy en parte superado con la aplicación de los convenios internacionales y la expedición de normas como el decreto 160 de febrero 15 de 2014.

Los reparos se presentan en la validez negocial y consecencial de los actos que se profieren, para ello se deben diferenciar las fuentes de regulación, según Villegas:

En la Negociación Colectiva de los Empleados Públicos, hay que tener clara la concurrencia de dos -2- normas Constitucionales: la del artículo 55 sobre el Derecho de Negociación Colectiva Bilateral para regular las relaciones laborales, y la de los artículos³ que atribuyen la Competencia para expedir Actos Unilaterales sobre las Condiciones de Empleo.

No son normas excluyentes. Son compatibles. Así lo señaló la Corte Constitucional⁴ por aplicar “el principio de armonización concreta o de concordancia práctica, según el cual, siempre se debe preferir aquella interpretación que permite satisfacer simultáneamente las normas Constitucionales en conflicto”, para concluir la Corte Constitucional afirmando que “sí es posible hacer compatible” el artículo 55 Constitucional sobre Negociación Colectiva Bilateral para regular las Condiciones de Empleo, con la Competencia Constitucional de las Autoridades públicas para expedir Actos unilaterales sobre Condiciones de empleo.

² El Código Sustantivo de Trabajo de 1950, en su artículo 416, proscribía a los Sindicatos de Empleados Públicos la presentación de Pliegos y la Negociación Colectiva y a los Directivos de los Sindicatos de Empleados Públicos los excluía de la garantía del Fuero Sindical.

³ Art 150 numerales 1º, 19 literal e), arts. 124,125, -Congreso- ; art. 150, numeral 19, literal e), numerales 11 y 14; Corporaciones y Autoridades Territoriales: Asamblea/Gobernador y Concejo/Alcalde, arts. 300.7, 305.7, 313.6, 315.7.

⁴ C-377/98: al ejercer la Corte Constitucional el control previo de Constitucionalidad del Convenio de OIT 151 sobre Negociación Colectiva y de su Ley aprobatoria 411/97.

Concurren así, el concepto de Estado Empleador/Negociador en forma Colectiva y Bilateral del Acuerdo Colectivo como contenido sustantivo de las Condiciones de empleo y fase previa, con el Estado Soberano/Autoritario/ Unilateral que en la fase siguiente, expide los Actos formalmente Unilaterales sobre Condiciones de empleo. Es una concurrencia de Bilateralidad y Unilateralidad. O de un contenido previo de origen Negociado/Bilateral, y de un Acto posterior formalmente Unilateral pero de causa/contenido Bilateral (**Villegas Arbeláez, 2012**).

El principio de legalidad en el orden del derecho administrativo, supone un mando de autoridad y de jerarquía en la imposición de condiciones que rigen las relaciones del estado para con sus semejantes, la expedición de estos actos formalmente unilaterales sobre condiciones de empleo parece no ir de la mano con una posible negociación bilateral en las condiciones del empleo para los empleados públicos.

De antaño los nominadores y quienes tienen a cargo la dirección y manejo de las entidades administrativas en sus diferentes órdenes perciben que en la vinculación legal y reglamentaria no tiene cabida el artículo 55⁵ de la Constitución Política y por lo mismo tampoco los Convenios 151⁶ y 154⁷ de la OIT que introducen la negociación colectiva en el campo del vínculo laboral legal y reglamentario, produciendo de esta manera una alteración a su facultad de imposición unilateral que desde la concepción clásica defiende el estudioso del derecho administrativo.

Se trata hoy en día de que ese esquema rígido y de imposición unilateral absoluta en los aspectos que regulan la vinculación de los empleados públicos ceda frente a la posibilidad absoluta de negociación tal como ocurre en los demás ámbitos del derecho laboral.

⁵ En el artículo 55 de la Constitución Política se garantiza el Derecho de Negociación Colectiva para determinar las condiciones de trabajo.

⁶ El Convenio 151 de 1978 trata sobre la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo en la Administración Pública.

⁷ El Convenio 154 de 1981 trata sobre la negociación colectiva

Es un panorama que hoy en día se abre camino con la expedición del decreto 160 de febrero 15 de 2014, mediante el cual se armoniza el principio de negociación colectiva con la naturaleza estatutaria, legal y reglamentaria de la administración en la vinculación de sus empleados públicos, generando con ello que el tradicional estado-empleador permita hacer compatible la negociación colectiva en un marco de vinculación reglamentaria y con ello siga garantizando la efectividad de los principios, derechos y deberes que la Constitución consagra en favor de sus asociados.

El reseñado planteamiento de la legalidad es visto desde la óptica del caso de la Universidad de los Llanos de una manera diferente, pues en este caso el funcionario y para el caso el encargado de recursos humanos del ente Universitario, considera que está en la obligación de respetar la vinculación de los empleados públicos y como tal estos se encuentran sometidos a un régimen legal y reglamentario pre-establecido, que no les permite variar su condición salarial con una simple manifestación de inconformidad, que tampoco sería viable la discusión salarial, para nivelar la asignación con la de los trabajadores oficiales.

El ente estatal se limita a aplicar la convención colectiva que fue suscrita y aprobada con los trabajadores oficiales de la Universidad de los Llanos, en razón a la presunción de legalidad de la misma y en razón a la vigencia de esta, la presunción que se predica es la que se demanda de todos los actos administrativos que profiere la administración en desarrollo de su actividad estatal, como forma autónoma de gobernar y señalar su voluntad, de tal manera que hasta antes de la vigencia del decreto 160 de 2014 los empleados públicos no sindicalizados estaban sometidos a la regulación legal y clasificación salarial de sus empleos que había sido previamente definida y que no se podía variar por otro medio que no fuera a través de la misma ley o reglamento.

El principio de legalidad enmarcado en el control jurisdiccional del acto no puede supeditarse a un análisis formal del mismo en cuanto a su validez únicamente, dado que en su estudio juicioso y a fondo se pueden detectar claras violaciones a los

derechos fundamentales, como sería el caso objeto de estudio⁸, al determinar que los empleados públicos realizando la misma labor de quienes son vinculados como trabajadores oficiales, sufren una desigualdad salarial, entonces el estudio de la legalidad nos conlleva en nuestro análisis a preguntar: ¿porqué reciben una asignación salarial notoriamente diferente?.

Dado el cuestionamiento al interior de la entidad estatal, la respuesta los llevaría a resolver con base en criterios de equidad y justicia, pues ello implica abordar su estudio a la luz del derecho constitucional y en especial para buscar la protección de los derechos fundamentales de los afectados por tan desigual trato, de ahí la importancia del estudio de la noción de acto administrativo en su integridad, es decir no solo en su aspecto formal, verificando los ritos propios de su expedición sino ir más allá al constatar la aplicación efectiva del mismo, bien sea por la satisfacción de derechos o por cumplimiento del cometido para el cual fue expedido, todo esto se logra a través de su control efectivo.

En el derecho moderno no podríamos concebir a la ley en esa condición suprema, aun por encima de la misma Constitución, que es precisamente la situación objeto de confrontación al consagrar en el texto de la Convención colectiva unas prerrogativas en favor únicamente de los trabajadores oficiales, el operador judicial y en nuestro caso la administración debe integrar la ley como fuente de derecho con la Constitución para evitar desigualdades.

En reiteradas oportunidades los empleados públicos de la Universidad de los llanos, promovieron por la vía judicial a la través de la acción de tutela, la igualdad salarial y controvirtieron la naturaleza del acto que generaba la desigualdad, pero en razón al principio imperante y en razón a la legalidad del mismo, según el cual **los empleados**

⁸ Luis Alberto Peñaloza Zarate, empleado público de la Universidad de los Llanos. Octubre 2014.

públicos no tenían posibilidad de celebrar convenciones colectivas⁹, siempre su derecho se vio negado, en razón a que la convención aplicaba como fuente legal para los trabajadores oficiales y no para los empleados públicos, sugiriendo las vías ordinarias para buscar la igualdad salarial, situación por demás alejada del principio protector constitucional y de los tratados internacionales; hoy en día con el decreto 160 de 2014 que deroga el decreto 1092 de 2012, se mantiene una expectativa de negociación colectiva a los sindicatos de empleados públicos, aunque falta ver el desarrollo práctico de las normas contenidas en el mismo y su aplicabilidad en términos de eficiencia y satisfacción de derechos.

De lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que los empleados públicos no gozaban de un derecho pleno a la negociación colectiva y no tenían la posibilidad de presentar pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas. La posición del operador judicial, refería que tampoco se les podía vulnerar su derecho a buscar por diferentes medios de concertación, voluntaria y libre, la participación en la toma de las decisiones que los afectan, sin quebrantar, obviamente, la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente establecidas de fijar, de forma unilateral, las condiciones laborales de los empleados públicos. En todo caso, dichos mecanismos de concertación deben permitir afianzar un clima de tranquilidad y justicia social¹⁰.

Frente a la naturaleza del acto y como híbrido que es, no cabe duda de que forma parte del ordenamiento propio del ente educativo y además porque su régimen jurídico le deviene de la misma Constitución y la ley, con la salvedad que para el momento de la firma de la convención a los empleados públicos, les estaba vedado hacerlo y así lo reseñó el Consejo de Estado, retomando el precedente Constitucional:

⁹ Fue una de las posturas que el Consejo de Estado defendió con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en sentencia del veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011). Expediente No. 080012331000200502866 03.

¹⁰ Frente al tópico relativo al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos ver las sentencias C-110 de 1994, C-377 de 1998; C-161 de 2000, C-201 de 2002, C-1234 de 2005; C-280 de 2007 y C-466 de 2008.

“De esta forma, la Corte reafirmó la competencia de las autoridades constitucionalmente establecidas en el orden nacional y territorial para fijar las condiciones laborales de quienes están vinculados al Estado mediante una relación legal y reglamentaria e instó al legislador para que regule los mecanismos de concertación de los empleados públicos, con el objeto de garantizar su derecho a la negociación colectiva dentro de los límites que imponen su papel dentro del Estado¹¹” (Consejo de Estado, 29 de septiembre de 2011).

En consecuencia al abordar el principio de legalidad del acto queda claro que el constituyente y en su caso el funcionario que funge como operador debe adecuar su decisión a los principios de orden legal y constitucional para evitar violación de derechos fundamentales, como en el presente donde la desigualdad salarial, es consecuencia de un acto mismo de la administración en desmedro de sus empleados.

De manera definitiva con la regulación normativa del Decreto 160 de 2014, a la fecha de entrega de este artículo de reflexión, no existe argumento válido para que el ente universitario en un futuro pueda llegar a una negociación colectiva con el sindicato de los empleados públicos y homologar su asignación salarial con la de los trabajadores oficiales.

¹¹ “(...) La Corte no desconoce que el problema del ejercicio del derecho de los sindicatos de empleados públicos a la negociación colectiva radica en que no existen mecanismos legales apropiados para hacer cumplir este derecho. Es más, el legislador no ha desarrollado el procedimiento para que estos sindicatos puedan iniciar la concertación, garantizar que las peticiones o los reclamos sean recibidos y atendidos por la administración pública. Ni se ha establecido cuál es la autoridad pública competente para pronunciarse cuando se desconoce, sin motivo el derecho de negociación colectiva. Tampoco existen los mecanismos legales que garanticen que las solicitudes de los sindicatos de empleados públicos, después de la etapa de concertación, se reflejen en los proyectos de ley de presupuesto o en las leyes de carrera administrativa.

Por consiguiente, se comparte la solicitud del Ministerio Público en el sentido de que el legislador debe reglamentar el procedimiento encaminado a reglamentar, en un plazo prudencial, y concertando en lo posible con las organizaciones sindicales de empleados públicos, el derecho a la negociación colectiva de estos servidores, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución y con los Convenios 151 y 154 de la OIT debidamente ratificados por el país y que hacen parte de la legislación interna en virtud de las leyes 411 de 1998 y 524 de 1999, respectivamente.”

2. Las Implicaciones de Carácter Interno y Externo. Orden Interno e Internacional.

Es principio de naturaleza constitucional, el garantizar el respeto a los derechos fundamentales y propender por el mínimo vital cuando de garantías laborales se trata, por ello cuando un órgano de la administración en obediencia a lo establecido en la convención colectiva realiza su gestión, no obstante advertir que puede llegar a vulnerar el postulado elemental que reza “*a trabajo de igual valor, salario de igual valor*”, observamos que con su decisión se desnaturaliza el principio de legalidad y es allí cuando el operador judicial o administrativo debe remover obstáculos para evitar toda forma de discriminación.

En Colombia el derecho a la igualdad salarial ha sido objeto de estudio por nuestro máximo Tribunal Constitucional:

La libertad de asociación sindical además de ser una institución del derecho laboral colectivo que permite a los trabajadores agruparse con el fin de mejorar sus condiciones de trabajo, constituye una manifestación del derecho a la igualdad en la medida en que equilibra la relación entre el empleador y los trabajadores y crea escenarios de negociación en condiciones igualitarias.

La violación del derecho a la igualdad surge del hecho del desconocimiento de la premisa: “a trabajo igual salario igual”, bajo el entendido de que otros trabajadores con iguales cargos pero bajo la especial circunstancia de no ser empleados sindicalizados sí obtuvieron el correspondiente aumento en su remuneración. Esta circunstancia también comporta la violación de la libertad de asociación sindical, toda vez que la brecha salarial constituye un motivo para que los trabajadores sindicalizados desertaran de las filas de la organización sindical y, eventualmente, optaran por suscribir el pacto colectivo con el fin de obtener un incremento salarial,

que se itera, deriva de la misma Carta Política y no debe sujetarse a la condición de ser sindicalizado o no sindicalizados (**Constitucional. T-012/07**).

Providencia que como se indicó protegen a trabajadores sindicalizados frente a las motivaciones del empleador para que renuncien a la organización sindical a cambio de beneficios, pero en el caso sometido a estudio, jurisprudencialmente no se encontró referente de situación alguna en que se tutele el derecho del no sindicalizado a permanecer en esa condición y se cuestione al empleador en este caso el Estado por incentivar la vinculación a la organización sindical.

Además el derecho a la igualdad salarial, también se encuentra establecida desde vieja data y de manera concreta en varias disposiciones de orden constitucional y legal; por ejemplo, los artículos 13 y 53 de la C. P., el art. 7 del PIDESC, los convenios 100 y 111 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, así como los arts. 10 y 143 del CST.

La administración no debe ser ajena a los criterios de igualdad salarial y en virtud a la promulgación de la ley 1496 que entro en vigencia el 29 de diciembre de 2011, debe tener en cuenta que por razón del genero ya se establecen mecanismos para erradicar toda forma de discriminación y uno de ellos es el relativo a los factores que debe considerar el empleador al momento de fijar una remuneración salarial y no incurrir en discriminación, elementos diferenciadores que se pueden tomar como referente y reseñados por un sector de la doctrina así:

Estos factores son: a. La naturaleza de la actividad que se va a realizar; b. acceso a los medios de formación profesional; c. condiciones en la admisión en el empleo; d. condiciones de trabajo; e. la igualdad de oportunidad y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación; f. otros complementos salariales (**Bermudez Alarcon, 2012**).

Al respecto se destaca que dichos factores deben ser objeto de regulación por parte del Ministerio del Trabajo en consenso con la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales a través de un decreto reglamentario que hasta ahora no se ha expedido.

Los convenios de la OIT ratificados, son normas de obligatoria aplicación en Colombia, son normas obligatorias y principales por sí mismas y no necesitan de que una ley posterior las transcriba o desarrolle, es lo que se puntualiza del análisis del artículo 53-4 y 93 de la Constitución, por lo tanto el operador debe dar cumplimiento a los convenios de la OIT, sin esperar que una disposición interna los desarrolle.

El convenio 111 en materia de discriminación en materia de empleo u ocupación es prevalente, al igual que el convenio 87 y 98 sobre libertad sindical y el 100 sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor.

Para nuestro caso los empleados públicos, que fueron nombrados mediante un acto legal y reglamentario en el cargo de CELADOR, código 6020, grado 04 reciben una remuneración muy por debajo de quienes tienen contrato a término indefinido y con actividades de CELADOR, lo que genera una discriminación salarial, que induce a la renuncia de los derechos laborales, dado que en algunos fallos de Tutela de Villavicencio, el Juez Constitucional únicamente ha tenido en cuenta el aspecto formal de la Convención Colectiva como criterio diferenciador para negar el derecho de los trabajadores.

No obstante las decisiones dadas por los Jueces de Tutela en el orden municipal, en la doctrina constitucional mediante sentencia T-097 de 2006 y SU- 519 de 1997 la Corte Constitucional al hacer referencia al artículo 53 de la Constitución, reitera los principios mínimos que el legislador debe tener en cuenta cuando decida dictar el Estatuto del Trabajo y uno de estos principios es precisamente el relacionado con el derecho que tiene todo trabajador a una remuneración mínima, vital y móvil, la cual

debe ser proporcional a la cantidad y calidad del trabajo desarrollado, lo que tradicionalmente ha planteado la Corte en términos de igualdad: "*a trabajo igual, salario igual*", postulado que es el que se busca le sea reconocido por el ente universitario a los empleados públicos que realizan la misma labor que los trabajadores oficiales.

No significa que la acción de tutela sea el único mecanismo para nivelar los derechos de los trabajadores del ente universitario, pero a la postre la acción de tutela es más idónea y eficaz que las acciones ordinarias laborales para reparar esta forma de discriminación salarial. Se entiende discriminación de manera directa y explícita, pues el trato en materia de pago de salarios, es desigual y así se evidencia en los comprobantes de pago que reciben los trabajadores oficiales, el cual está muy por encima del recibido por los empleados públicos y con ello se determina una vulneración al derecho fundamental de la igualdad.

La situación de desigualdad salarial, ha sido objeto de estudio, cuando la Corte ha afirmado:

(...) en materia salarial, si dos o más trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno o varios de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo **(Constitucional, T-097, 2006)**.

Del estudio realizado por la Corte, se puede concluir que la aplicación del principio "a trabajo igual salario igual" tiene como punto de partida la necesaria igualdad de las funciones desempeñadas por quien alega la discriminación frente a los sujetos que posiblemente son beneficiados por el trato favorable y esto se debe medir y analizar en

cada caso particular, pues en ocasiones se utiliza una forma de discriminación cuando la naturaleza del cargo requiere unas exigencias técnicas y de conocimiento, que permitan diferenciar la remuneración, de tal manera que esa diferencia no puede sustentarse en argumentos meramente formales como la fecha de vinculación a un cargo.

Como lo ha reiterado la Corte la aplicación del principio “*a trabajo igual, salario igual*”, tiene como punto de partida la necesaria igualdad de las funciones desempeñadas por quien alega la discriminación y por los sujetos supuestamente beneficiados por el trato favorable en el caso concreto (**Constitucional, T-1048, 2008**)

Para el caso que nos ocupa el empleado público, desarrolla funciones de celador iguales a la que desarrollan sus compañeros celadores pero en su condición de trabajadores oficiales, quienes merced a lo estipulado en la convención colectiva vienen a recibir una asignación mucho mayor que la recibida por los empleados públicos no sindicalizados.

Esta desigualdad salarial es la que motiva el reclamo de equiparación de derechos, dado que no resulta razonable que cumpliendo las mismas funciones, resulte el trato desigual en materia de reconocimiento salarial y que a la postre le generara una situación inequitativa cuando se trate de liquidar su pensión de vejez.

Conclusiones

Una conclusión después del cuestionamiento y reflexión hecha en este artículo, es que en razón a la naturaleza misma del trabajo, -como aquel que dignifica al ser humano- este constituye para el Estado uno de sus deberes especiales como es la protección del trabajo y que se consagra en la Carta de 1991, en su artículo 25, al disponer que no sólo se trata de un derecho sino de “un deber” el cual debe ser garantizado a todas las personas en condiciones dignas y justas, resaltando que la desigualdad salarial promovida por un órgano de la administración resulta en contradicción con el artículo 25 de la carta magna referenciado.

En otra decisión el Tribunal Constitucional dejó su punto de vista así:

(..) en materia salarial, si dos o más trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno o varios de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo” (**Constitucional, T-545A, 2007**).

En el orden internacional, la discriminación salarial es cuestionada a través de pronunciamientos contenidos en los convenios o en otras oportunidades mediante recomendaciones del Comité de libertad sindical de la OIT, pero siempre debemos partir de la normatividad interna y en este caso el soporte de la reclamación, sería el art 143 del C.S.T., sin olvidar que las normas internacionales en virtud de la ratificación, constituyen fuente directa de aplicación para el operador jurídico.

Ahora bien, según lo consignado en el artículo 53 “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”, es el denominado bloque de legalidad, en virtud del cual existen diferentes normas de carácter internacional que hacen parte o están al mismo nivel de la legislación interna, que por lo mismo pueden ser susceptibles de aplicación para resolver la dificultad planteada.

Por demás resaltar las normas propias del bloque de constitucional, que vienen a servir de apoyo en la solución de conflictos y que pueden ser utilizadas por los operadores judiciales y administrativos, a más de ello se pueden mencionar entre otras, las siguientes normas internacionales:

Convenio Internacional del Trabajo No. 111 y 100 de la OIT que impone a los Estados Partes la obligación de reconocer a toda persona el derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, así como de asegurar a todos los trabajadores la igualdad de oportunidades. Convenios aprobados por Colombia mediante Ley 54 de 1962 y ley 22 de 1967.

Así mismo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en donde los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativa y satisfactoria, pero en especial la igualdad salarial como elemento fundante de los derechos humanos, dada la evolución al colocar al derecho del trabajo como aquel que dignifica al ser humano, el pacto resalta que se debe asegurar de manera especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual. (*PIDESC, Artículo 7*)

Otra **conclusión**, que se puede evidenciar es que además de la normatividad internacional proteccionista en favor del trabajador, se ha de resaltar que en el estudio

de la doctrina constitucional, no deben existir factores de diferencia entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados.

Tampoco deben existir factores objetivos de diferenciación, los beneficios otorgados a los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados deben ser iguales, so pena de que el empleador incurra en violación de los derechos de igualdad y de asociación sindical **(Constitucional, T-012, 2007)**.

En la jurisprudencia de la Corte existen referentes de casos que pueden ser aplicables a la solución del conflicto surgido en la Universidad de los Llanos, como el caso de un sujeto sindicalizado al cual no se le hizo el reajuste salarial del IPC del año 2006 pero con la diferencia de que si recibieron su aumento los trabajadores no sindicalizados. En su análisis preliminar la Corte consideró que era una situación de naturaleza económica, no susceptible de protección, sin embargo la Corte tuteló el derecho, revocó las sentencias y ordenó “el reajuste y pago del IPC con el argumento de que la movilidad del salario es un principio constitucional”. **(Constitucional, T-020, 2007)**.

En razón a las reflexiones del presente artículo y la trascendencia del acto administrativo como generador de derechos y consecuencias jurídicas, se impone la aplicación moderna de la concepción del servicio público, en aras del respeto a los derechos fundamentales y con la convicción de que la igualdad como principio debe ser reconocida por la administración pública en sus manifestaciones de voluntad, en especial cuando se trata de la remuneración que debe dar a sus funcionarios, con criterios de equidad y de justicia. La discriminación salarial sin fundamentación alguna en un órgano de la administración, es un elemento que debe ser subsanado por los operadores jurídicos y por la misma administración, dado que uno de sus fines es la protección de los asociados.

La homogeneidad en la remuneración para los servidores del estado cuando desarrollan la misma actividad, constituye uno de los pilares en torno al principio de la legalidad,

para evitar discriminaciones por razón del empleo o la aplicación o no de una convención.

En nuestro sentir coincidimos con la posición del Dr. Villegas, en que todo esto se evitaría eliminando las diferentes regulaciones de trabajadores particulares, trabajadores oficiales, empleados públicos y establecer una sola categoría común: la de los trabajadores, con regulación común y derecho pleno de negociación colectiva.

Referencias Bibliográficas

- Bermudez Alarcon, K. (2012, noviembre). Igualdad Salarial: Un cambio en la reglamentacion. *Publicación Discurso Laboral. Universidad Externado* (21), 3.
- Colombia. Presidencia de la Republica. Ministerio del Trabajo. *Decreto 160* (5, febrero, 2014). Por el cual se reglamenta la ley 411 de 1997 aprobatoria del convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos. Diario Oficial. Bogotá, pp. 1-6.
- Colombia. Congreso de la República. *Ley 1496*. (29, diciembre, 2011). Por la cual se se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, pp. 1-5
- Consejero Ponente: Alvarado Ardila, V.H. Expediente 080012233100020050286603. Numero Interno: 2434-2010. Actor: Universidad del Atlántico contra Julia Lourdes Llanos Borrero. -Autoridades Departamentales. (Consejo de Estado. 29, septiembre, 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo-seccion segunda.)
- Diego, p. (2006, junio). El trasegar del acto administrativo en colombia: Entre el retrato y la convivencia. *Revista de Derecho Publico*. [Version Digital PDF] Bogota. Ed. Universidad de los Andes (1), 3.
- Gallin, d. (s.f.) Sindicalismo y nuevo orden mundial. www.inisoc.org. Recuperado 10 mayo de 2014 de [<http://www.inisoc.org/gallin.htm>]
- Locke, j. (2008). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Mexico: Porrúa.

M.P.: Beltrán Sierra, A. *Sentencia T-097*. Referencia: expediente T-1224181
Peticionaria: Diana Isabel Bolívar Voloj (Corte Constitucional, 16, Febrero
2006)

M.P.: Escobar Gil, R. *Sentencia T-012*. Referencia: expedientes T-1418312, T-
1420454 y T-1421148. Accionantes: José Ignacio Contreras Ballén, María del
Carmen Ramírez Veloza, Sara Piratova Fuquene, Demandado: Caja de
Compensación Familiar CAFAM. (Corte Constitucional. 19, enero, 2007)

M.P.: González Cuervo, M. *Sentencia T-1048*. Referencia: expediente T-1.962.252
Accionante: Silvia Yamile Cadavid Jaller. Accionados: Gobierno Nacional
(Presidencia de la República, Ministerios del Interior y de Justicia, de Hacienda
y Crédito Público y Otros). (Corte Constitucional, 24, octubre, 2008)

M.P.: Pinilla Pinilla, N. *Sentencia T-020*. Referencia: expediente T-1430202.
Accionante: Díaz Méndez Jairo. Accionados: Caja de Compensación Familiar
"CAFAM". (Corte Constitucional. 25, enero, 2007,)

M.P.: Sierra Porto, H. A. *Sentencia T-545A*. Referencia: expediente T-1371772
Accionante: Luz Elena Botero Larrarte y Germán Gómez Rojas, Accionados:
Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa.(Corte Constitucional.
19, julio, 2007)

OIT. Convenio Internacional del Trabajo No. 100 sobre igualdad de remuneración
(1951) www.ilo.org. Recuperado de:

[\[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C1001\]](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C1001)

OIT. Convenio Internacional del Trabajo No. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) (1958) www.ilo.org. Recuperado de:

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111]

OIT. Convenio Internacional del Trabajo No. 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, (1978) www.ilo.org. Recuperado de

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312296:NO]

OIT. Convenio Internacional del Trabajo No. 154 sobre la negociación colectiva. (1981) www.ilo.org. Recuperado de

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C154]

ONU. Pacto internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales. 16, diciembre (1966) www.cinu.org.mx. Recuperado de [<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>]

Villegas Arbeláez, j. (2012). Decreto 1092 de 2012 cartilla pedagógica. *Negociación colectiva y sindicatos de empleados publicos*.