



**Función Pública**

## Sentencia 00212 de 2017 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Rad. No.:110010325000201400212 00

No. Interno: 0548-2014

Actor: Jairo Villegas Arbeláez

Demandado: Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio del Trabajo y Departamento administrativo de la Función Pública.

Nulidad del numeral 10, parte final, del artículo 11 del Decreto 160 de 2014.

Asunto: Medio de control de nulidad - Ley 1437 de 2011

Sentencia de única instancia

La Sala decide la demanda instaurada por el señor Jairo Villegas Arbeláez, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, contra la parte final del numeral 10 del artículo 11 del Decreto 160 de 2014: en cuanto se considera la existencia de omisión relativa reglamentaria al no incluirse “el arbitraje” como medio de solución de controversias surgidas con ocasión de la definición de las condiciones laborales de los empleados públicos.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. LA DEMANDA

El 14 de febrero de 2014, el señor Jairo Villegas Arbeláez, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del numeral 10, parte final, del artículo 11 del Decreto 160 de 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»*, expedido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro del Trabajo y la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, y que fuera publicado en el diario oficial número 49.055 del 5 de febrero de 2014.

##### 1.1. El acto acusado

El ciudadano Jairo Villegas Arbeláez pretende que se declare la nulidad de la siguiente disposición, que se subraya, del decreto 160 de 2014, expedido por el Gobierno Nacional, y se module los efectos de la Sentencia con el propósito de que se incluya “el arbitraje” como medio de solución de los conflictos surgidos en la negociación de las condiciones laborales de los empleados públicos:

“DECRETO NÚMERO -160 DE 2014

(Febrero 5)

*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.*

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

(...)

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 11°. Términos y etapas de la negociación. La negociación del pliego se desarrollará bajo los siguientes términos y etapas:

(...)

10. Cumplidos los términos anteriormente señalados para la etapa de la negociación y para adelantar la mediación, se dará cierre a la misma y se levantarán las actas respectivas.

“ (... )”

## 1.2. Normas violadas y concepto de violación

El actor cita como violado el artículo 8 del Convenio 151 *“sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”*, adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), Ginebra, 1978, y aprobado mediante la Ley 411 de 1997; cuyo concepto de violación desarrolló a través de un único cargo:

### 1.2.1. Omisión Reglamentaria Relativa

Se plantea por el libelista que la parte final del numeral 10 del artículo 11 del Decreto 160 de 2014, adolece de omisión reglamentaria relativa por escisión en su unidad esencial del artículo 8 del Convenio 151 de la OIT, al no incluirse el medio de solución denominado “y el arbitraje”. Precisando, además, que la disposición vulnerada es de rango superior, al estar integrada al bloque de constitucionalidad.

Se considera de esta manera que el artículo 8 del Convenio 151 de la OIT determina de manera expresa y precisa que para la “solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá de tratar de lograr por medio de la Negociación entre las partes o mediante...la Mediación, Conciliación y el Arbitraje”; de forma tal, que dicha disposición plantea que la solución de controversias se debe tratar de lograr por medio de la autocomposición entre las partes, que puede ser mediante negociación directa o con intermediación, acudiendo al apoyo de mediador o conciliador; y si no se lograre la solución a las controversias por medio de estos mecanismos, debe acudir al arbitraje, esto es, a la decisión de un tercero o terceros que “mediante laudo o sentencia, arbitran e imponen a las partes la solución”.

En la medida en que la disposición acusada de nulidad solo reglamenta un medio de solución, omitiendo reglamentar el arbitraje como medio consecuencial de la segunda fase, cuando quiera que no fuere posible la autocomposición entre las partes, se escinde y fractura la unidad normativa integral de la norma reglamentada por el artículo 8 del Convenio 151 de la OIT, configurando así una omisión reglamentaria relativa.

Dicha omisión reglamentaria relativa, tiene lugar en la parte final del numeral 10 del artículo 11 del Decreto 160 de 2014 por cuanto que establece que “cumplidos...la etapa de negociación y...le mediación, se dará cierre”, sin que exista una disposición subsiguiente que permita acudir a “y el arbitraje” como mecanismo alternativo para solucionar controversias mediante laudo, que en todo caso versará sobre el contenido que hubieran podido acordar las partes a través de la fallida autocomposición.

## 2. TRÁMITE PROCESAL

Mediante providencia del 20 de mayo de 2014, se admitió la demanda conforme con el artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), y se ordenaron las notificaciones de Ley. Se notificó además al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Ministro de Trabajo, al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Se procedió a la fijación en lista por el término legal. (Folios 12 al 15)

## 3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

### 3.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El apoderado del Ministerio solicitó que se nieguen la suplicas de la demanda, fundado en consideraciones que desestiman el cargo argumentado en el líbello, de la siguiente manera. (Folios 73 al 77)

El decreto 160 de 2014 expresa la clara voluntad del Estado para permitir la participación de los empleados públicos en la definición de sus condiciones de trabajo, sin embargo, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencias como la C- 377 de 1998 y C-314 de 2004, la definición de dichas característica del empleo se encuentran sometidas a la Constitución y la Ley. Es decir, que son la Constitución y la Ley las que estipulan cuales son las autoridades competentes para establecer dichas condiciones de empleo, facilitando para el efecto la participación de los empleados públicos a través de la negociación y la mediación; situación que “da luces sobre la improcedencia del arbitraje en la negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos, por cuanto esta figura invadiría la órbita decisoria de las autoridades que estipula nuestra Carta Política, ya que sería un tercero quien impondría dichas condiciones”.

Adicionalmente se menciona que no es posible argumentar válidamente que la exclusión del arbitraje dentro de la etapa de negociación de las condiciones de empleo vulnere la Constitución o normas de rango constitucional toda vez que el Convenio 151 de la OIT no hace parte del bloque de constitucionalidad.

### 3.2. Ministerio del Trabajo

La apoderada del Ministerio del Trabajo, a Folios 86 al 90, manifiesta oposición a las pretensiones de la demanda y solicita que estas sean denegadas, fundada en que el artículo 8 del Convenio 151 de la OIT no establece de manera impositiva que los conflictos que se susciten entre el Estado y las organizaciones de empleados públicos deban solucionarse acudiendo necesariamente a la mediación, a la conciliación y al arbitraje; toda vez que dicha disposición precisa que se puede acudir a la negociación directa entre las partes o a procedimientos independientes e imparciales, apelando a modo de ejemplo, a las figuras de la mediación, la conciliación y el arbitraje, pero nunca dándoles a estos procedimientos el carácter de obligatorios.

Se señala entonces, que el Gobierno puede determinar teniendo en cuenta las condiciones nacionales, a que medio o procedimiento acude: si a la negociación directa entre las partes o si también utiliza uno o varios procedimientos imparciales, ya sea cualquiera de los que cita el artículo 8 del Convenio 151 de la OIT u otro u otros diferentes, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.

Por lo anterior, cuando se expidió el Decreto 160 de 2014 estableciendo el procedimiento para la negociación exclusivamente de las condiciones de empleo entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos, “señalando como términos y etapas de la negociación únicamente la negociación directa y la mediación, no se desconoció ni vulneró el artículo 8 de la Convención 151 de la OIT, por omisión reglamentaria relativa, como aduce el demandante”. (Sic).

### 3.3. Departamento Administrativo de la Función Pública

El Departamento Administrativo de la Función Pública manifiesta en su escrito de contestación<sup>1</sup> oposición a “que se hagan todas y cada una de las declaraciones solicitadas” por “carecer de fundamentos fácticos y jurídicos atendibles” y por consiguiente solicita negar las suplicas de la demanda de nulidad.

En ese sentido, se señala que los convenios 151 y 154 de la OIT no pueden ser considerados como un imponderable o una camisa de fuerza que imponga a las autoridades colombianas la ineludible e inexcusable obligación de negociar sin restricciones hasta sus propias competencias, sustituyendo o condicionando el marco axiológico y la propia preceptiva de la Carta política, pues dicha conclusión no emerge de la literalidad de los referidos convenios, que, por el contrario, bien advierten que su aplicación está sujeta a las “condiciones propias de cada nación”.

Se afirma que tampoco resulta pertinente plantear ningún conflicto normativo entre los Convenios 151 y 154 de la OIT y los preceptos de la carta Política, en la medida en que los primeros ostentan el carácter de Ley y la segunda es “norma normarum”, circunstancia que impone dar aplicación al artículo 4 del Estatuto Superior.

Por otro lado se precisa que las competencias para establecer condiciones de empleo en el sector público, como funciones y remuneración respecto de los empleados públicos, constituyen una potestad pública que permite su determinación unilateral por el Estado, aun en el caso de llegar el respectivo empleador estatal a acuerdos con el sindicato de empleados públicos o mixto, si fuere el caso, conforme a los convenios 151 de 1978 y 154 de 1981.

Tales convenios se encuentran lejos de imponer la perentoriedad de un mecanismo de solución de conflictos en particular y concreto, se ocupan de enlistar de una manera enunciativa algunos de ellos, para que sean seleccionados y acogidos por los diferentes países suscribientes atendiendo su legislación interna, que en el caso colombiano hace impropio el uso del arbitraje, en la medida en que mal pueden quedar supeditadas las competencias constitucionales del Congreso de la República y del Ejecutivo Nacional en la definición unilateral de las condiciones de empleo a un laudo proferido por un tercero.

“Adviértase, entonces, que el cargo único de nulidad planteada por el ciudadano Villegas Arbeláez en su escrito introductorio fue puntualmente abordado y resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-377 de 1998, operando, en consecuencia, en el sub lite el fenómeno de la cosa juzgada constitucional absoluta; providencia en la cual la citada corporación explicó con toda suficiencia y claridad, que si bien el artículo 8 del Convenio 151 de la OIT, prevé la posibilidad, no la obligación, de buscar métodos o mecanismos alternativos de participación en la solución de conflictos generados en la definición de las condiciones de empleo, advierte, sin condicionamientos, que los mismos deben ajustarse a las condiciones nacionales, sin que, por tanto, puedan ser desconocidas las competencias constitucionales del Congreso de la República y del Presidente, en el plano nacional, y de las asambleas, concejos, gobernadores y alcaldes, en el plano territorial”.

Se concluye señalando que resulta inviable la utilización del mecanismo del arbitraje en la definición de las condiciones de empleo de los empleados públicos, en la medida en que, con su eventual consagración, quedarían comprometidas y relegadas las competencias ordinarias de las autoridades dispuestas por la Carta política para cumplir tales cometidos, modificando por vía de una ley o un decreto ordinario la propia constitución.

### 3.4. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Mediante memorial visible a folios 137 al 139, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a través de su representante, solicitó ser desvinculada del proceso, como quiera que la demanda de nulidad presentada “escapa completamente al ámbito de competencias de la

entidad”, por lo cual “no se pronunciará o intervendrá en la misma, ni asistirá a audiencias programadas”.

#### 4. LA AUDIENCIA INICIAL

Tal como fue convocada mediante auto del veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017), el trece (13) de marzo del mismo año se llevó a cabo la audiencia pública prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Habiendo comparecido el demandante, así como los representantes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del Ministerio del Trabajo y del Departamento Administrativo de la Función Pública, y contando con la presencia del doctor Rodrigo Alfonso Bustos Brasbi, Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, el Magistrado ponente procedió a reconocer personería a los apoderados de las partes demandadas, ordenó la desvinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y se procedió a determinar la inexistencia de vicios o irregularidades que afecten el proceso, como a precisar la no proposición de excepciones previas.

Las partes que posteriormente fueron escuchadas, reiteraron los argumentos presentados con ocasión de la contestación de la demanda, así como su oposición a las suplicas de la misma. Seguidamente, se procedió a la fijación del litigio, determinándose el problema jurídico que será precisado más adelante, se estableció la imposibilidad de conciliación por la naturaleza de la materia tratada, se señaló la ausencia de solicitud de medidas cautelares y se dispuso tener como pruebas las allegadas al expediente, prescindiéndose de la audiencia de pruebas por razón de los principios de concentración, inmediatez y responsabilidad. Finalmente se ordenó correr el traslado para alegar de conclusión.

#### 5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

##### 5.1. Parte actora

Considera el actor que mientras en la Constitución de 1886 solo se contemplaba la competencia unilateral de las autoridades públicas para fijar las condiciones de trabajo, en la Constitución de 1991 se operó un cambio en tanto se consagró “el nuevo derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales”.

No obstante, en la Constitución de 1991 concurren dos normas en conflicto: la reiterada sobre la competencia distribuida entre el Congreso, el Presidente, las Asambleas, los Gobernadores, los Concejos y los Alcaldes para fijar las condiciones de trabajo de los empleados públicos en forma unilateral y su imposición por medio de leyes o actos: Estado Soberano; y la establecida en el artículo 55 “por la cual se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, es decir, las condiciones de trabajo de los empleados públicos: Estado Empleador”.

En ese sentido, se señala que la Corte Constitucional advirtió la existencia de “dos normas constitucionales en conflicto” en el Convenio 151 de la OIT, tratándose de los artículos 7 y 8, cuya armonización finalmente fue posible “por cuanto la facultad de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo y los emolumentos de los empleados públicos en manera alguna excluye (...) nada en la Carta se opone a que los empleados públicos formulen peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y las discutan con ellas con el fin de lograr un acuerdo en la materia, lo cual implica que el derecho de negociación colectiva no tiene por qué considerarse anulado”.

Se sostiene que la negociación colectiva dentro del vínculo legal y reglamentario es especial y atípica, dada su propia naturaleza constitucional y la competencia de las autoridades públicas en la fijación de sus condiciones de empleo. Por ello, es complejo el procedimiento para la adopción de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Dicho procedimiento está integrado por dos etapas: 1ª etapa, previa, bilateral y negociada sobre el contenido sustantivo o el acuerdo colectivo para regular o para la determinación de las condiciones de empleo; y 2ª etapa, posterior, para la eficacia jurídica, el cumplimiento o la ejecución del acuerdo colectivo por la autoridad constitucional según la distribución de las competencias y para fijar las condiciones de empleo.

Por consiguiente, el análisis no debe hacerse en función del absolutismo unilateralista de la Carta de 1886 sino conforme al nuevo bloque de constitucionalidad del derecho de negociación colectiva, integrado por el artículo 55 de la Constitución de 1991 y los convenios 151 y 154, en cuanto al carácter relativo de la competencia formal/unilateral, predeterminada por el acuerdo colectivo sobre el contenido sustantivo resultante de la negociación colectiva.

Respecto de la solución de conflictos por medio del arbitraje el actor afirma que “el Gobierno Nacional se negó a aceptar el arbitraje, a cumplir el artículo 8 del Convenio 151, norma reglamentada y determinante del decreto como norma reglamentaria o derivada para la debida ejecución del convenio 151”.

“Si en forma ilustrativa y gráfica decimos que el procedimiento de negociación colectiva y su solución es una mesa de tres patas denominada autocomposición, mediación y arbitraje y el Gobierno le arrancó un pata: el arbitraje, ello significa que la mesa quedó torcida, desestructurada y limitada para prestar el servicio”. (Sic) (Folios 153 al 175)

##### 5.2. Parte demandada

Tanto el Departamento Administrativo de la Función Pública, como el Ministerio del Trabajo, reiteraron los argumentos de defensa esgrimidos en la contestación de la demanda, tal como consta a folios 185 a 188 y 189 a 190, respectivamente.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público no presentó alegatos de conclusión.

No obstante, el Departamento Administrativo de la Función Pública precisó que el artículo 11 del Decreto 160 de 2014, fue incorporado como artículo 2.2.2.4.10 del Decreto 1072 de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único reglamentario del Sector Trabajo”*, el cual se encuentra vigente y recogió la integridad del texto acusado en esta demanda de nulidad; considerando necesario que por razón de su identidad jurídica y material sea integrado en unidad normativa al precepto parcialmente demandado, para los propósitos de la decisión de nulidad que deba producirse.

## 6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado en concepto visible a folios 170 a 189 solicitó que se nieguen las pretensiones de nulidad fundado en que el Convenio 151 de la OIT no integra el bloque de constitucionalidad y en que las normas allí contenidas no obligan al Estado Colombiano a adoptar todos los mecanismos sugeridos.

En ese sentido, considera el Ministerio Público que las normas pretendidas por el demandante como parte del bloque de constitucionalidad, no lo son, porque los temas esenciales del derecho al trabajo no están presentes directamente, tratándose de un asunto limitado a las negociaciones de los empleados públicos para mejorar sus condiciones laborales dentro de los márgenes establecidos por la Constitución y la Ley, que en esta materia no admite imposición alguna, tal como se lee en el propio Convenio, pues su naturaleza es puramente optativa, según lo acepte cada Estado miembro.

Se precisa también que el artículo 8 del Convenio 151 de la OIT se refiere a que la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, lo que se traduce en que no hay imposición alguna, pero si el propósito de avanzar en el establecimiento de mecanismos de solución de conflictos con las organizaciones sindicales de los empleados públicos, por tanto no existe la obligación del Estado de conseguir insalvablemente la solución de los conflictos con tales mecanismos o procedimientos, sin lugar a posibilidad diferente, de ahí que el convenio y su reglamentación no imponen que se debe lograr, sino tratar de lograr.

La Procuraduría Delegada destaca que en el Decreto 160 de 2014 tampoco está reglamentada la conciliación como mecanismo para superar las controversias, y que no obstante estar mencionada en el Convenio 151 de la OIT “el actor no se refiere a esta circunstancia”. “Pero precisamente no se hace referencia a los otros mecanismos, porque tanto el Convenio como la Ley que lo aprobó, señalan tres a manera de ejemplo, por lo cual cada Estado puede usar uno, o dos, o los tres, e incluso otro u otros que considere que son apropiados para solucionar los conflictos, todo de acuerdo a las condiciones nacionales de cada Estado”.

Señala también que el hecho de que no se culminen las negociaciones en forma definitiva por no lograrse acuerdos entre las partes, no significa que el asunto tenga que ser puesto bajo la competencia de un Tribunal de Arbitramento o un Árbitro, debido a que las condiciones de los empleos públicos exigen la continuidad y permanencia del servicio, en general, pues no responden al tráfico de prestación de servicios con ánimos lucrativos, sino al cumplimiento de funciones que soporten la existencia del Estado y la vida en comunidad de los asociados.

Finalmente se sostiene que la posición de las demandadas es acertada toda vez que “las condiciones de los empleos públicos, antes y después del Convenio 151, han sido del resorte exclusivo del Estado, que los crea, los financia, los estructura, les da sus funciones y ubica en la escala salarial; temas todos estos propios de la organización jurídica acogida por la Nación y sobre la cual no procede que haya determinaciones ajenas de orden privado en una sentencia”.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. COMPETENCIA

La Subsección es competente para conocer, en única instancia, de la presente demanda de nulidad contra la parte final del numeral 10 del artículo 11 del Decreto 160 de 2014 expedido por el Gobierno Nacional, conforme con el artículo 149 numeral 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### 2. PROBLEMA JURÍDICO

Tal como se señaló anteriormente, el problema jurídico a resolver se fijó en la audiencia inicial llevada a cabo el trece (13) de marzo de dos mil diecisiete (2017), de la siguiente manera:

La Sala debe establecer si la no inclusión de la expresión “arbitraje” en la normativa del Decreto 160 del 2014, artículo 11 numeral 10, en la parte que establece “cumplidos los términos anteriormente señalados para la etapa de la negociación y para adelantar la mediación, se dará cierre a la misma y se levantarán las actas respectivas”, viola por omisión reglamentaria relativa el artículo 8 del Convenio 151 de la OIT.

Sobre el particular, amerita precisar que esta Subsección resolvió recientemente un problema jurídico con idénticas características, referido a la posibilidad de que la autoridad administrativa nacional hubiere incurrido en omisión reglamentaria relativa al no prever la inclusión del mecanismo del arbitraje como instrumento para dar solución a los conflictos surgidos con ocasión de la negociación para la definición de las condiciones laborales de los empleados públicos, al estudiar la legalidad de las previsiones consignadas en el Decreto 1092 de 2012, que fuera

expresamente derogado por el artículo 17 del Decreto 160 de 2014.

En ese sentido, la Sala, teniendo en cuenta que no es posible predicar efectos de cosa juzgada en relación con el juicio de legalidad del numeral 10, parte final, del artículo 11 del Decreto 160 de 2014 habida cuenta que se trata de un acto administrativo formalmente distinto al Decreto 1092 de 2012, y que como tal debe ser objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación; llama la atención en la medida en que existe identidad de las partes, de la pretensión material y de los fundamentos de la demanda, comparativamente hablando, entre las referidas y consignadas en el líbello *sub examine* y aquellas que fueran estudiadas y decididas por esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B, mediante Sentencia del 27 de abril de 2017, expediente 11001-03-25-000-2012-00348-00, radicado interno 1346-2012. Circunstancia por la cual y dado que la *ratio decidendi* de esta providencia se constituye en el argumento jurídico suficiente para desatar el problema jurídico planteado, se procederá entonces a reiterar dicha jurisprudencia.

En efecto, teniendo entonces como base la jurisprudencia del Consejo de Estado mencionada que acá se reitera, se procederá a realizar el análisis dirigido a responder el problema jurídico, de manera tal, que este se llevará a cabo en dos partes.

En la primera parte, el análisis se encaminará a discernir y (i) determinar las normas que sirven de parámetro de confrontación y compatibilización para la revisión de la constitucionalidad y legalidad del aparte normativo acusado, lo que se logra estableciendo si los Convenios 151 y 154 de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad; así como a (ii) establecer el alcance y límites de la potestad reglamentaria, como de las circunstancias jurisprudencialmente establecidas para incurrir en omisión al deber de reglamentar y particularmente, tratándose de la omisión reglamentaria relativa.

La segunda parte se encaminará a precisar (i) los presupuestos constitucionales y legales en los que se desarrolla el goce efectivo del derecho a la Negociación de las condiciones laborales de los empleados públicos; y finalmente se abordará (ii) el caso concreto, para lo cual se adoptará consecuentemente una decisión.

### 3. PRIMERA PARTE: DE LA INTEGRACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE LOS LÍMITES A LA POTESTAD REGLAMENTARIA

#### 3.1. Integración del Bloque de Constitucionalidad

El concepto de “bloque de constitucionalidad” fue sistematizado de manera definitiva en la Sentencia de la Corte Constitucional C-225 de 1995<sup>2</sup>, fallo en el cual se procedió a la revisión del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), así como de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo. Se definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “*por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu*”.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones, las cuales de acuerdo con la Constitución tienen jerarquía constitucional (*bloque de constitucionalidad stricto sensu*)<sup>3</sup>, o a partir de otras normas que aunque no tienen rango constitucional, representan parámetros para analizar la validez constitucional de las disposiciones sometidas a su control (*bloque de constitucionalidad latu sensu*).

El conjunto de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu*, forman parámetros para determinar el valor constitucional de las disposiciones sometidas a control, “*...Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias...*”<sup>4</sup>

De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política, no todos los tratados internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha precisado que: “*...sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii)*. Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica...”<sup>5</sup>

Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu* (algunos tratados sobre de derechos humanos, leyes orgánicas y ciertas leyes estatutarias), forman parámetros de validez constitucional, por virtud de los cuales, si una ley u otra norma de rango inferior es incompatible con lo dispuesto en cualquiera de dichas disposiciones, el Juez de instancia deberá retirarla del ordenamiento jurídico, para cumplir con el mandato constitucional de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Dado que si los preceptos, principios y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad irradian el texto de la normatividad interna y obligan a las autoridades a acondicionarla a sus disposiciones, también las decisiones judiciales tienen que guardar similar obediencia. Así entonces, no sólo el productor del derecho positivo, sino también el ejecutor de la norma y su intérprete autorizado, están compelidos a seguir los lineamientos del bloque de constitucionalidad, ya que en dicha sumisión reside la validez jurídica de sus actuaciones.<sup>6</sup>

Todo el ordenamiento, en su contenido positivo y en su aplicación práctica, debe adecuarse a las normas de jerarquía constitucional. Observando que las normas que integran el bloque de constitucionalidad son verdaderas normas constitucionales, se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones de la Corte Constitucional que obran como síntesis de la subordinación jurídica a que se ha hecho referencia:

“10. La Constitución Política se postula a sí misma como “norma de normas” (C.P. art. 4). El orden jurídico se reconoce como un todo primeramente en la Constitución, y a partir de ella se desarrolla dinámicamente por obra de los poderes constituidos, pero en este caso dentro del marco trazado y con sujeción a los principios y valores superiores. No podría la Constitución orientar el proceso normativo y el conjunto de decisiones que se derivan de su propia existencia, si sus preceptos no fuesen acatados por todas las autoridades y las personas. La Corte Constitucional, cabeza de la jurisdicción constitucional, tiene asignada la misión de mantener la integridad y la supremacía de la Constitución, de lo cual depende que ésta pueda conservar su connotación normativa y su poder de imperio contra todo acto u omisión de los poderes constituidos.

“La afirmación del rango normativo superior de la Constitución Política se traduce en las sentencias que dicta la Corte Constitucional, a través de las cuales esta Corporación cumple su función de máximo y auténtico intérprete de la Carta. Estas dos calidades de la Corte surgen de su posición institucional como garante de la supremacía de la Constitución, cuyo sentido y alcance le corresponde inequívocamente establecer frente a todos y cada uno de los órganos del Estado, lo mismo que frente a las personas, que igualmente le deben obediencia.” (Sentencia SU-640 de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

### 3.1.1. Naturaleza y rango jurídico de los Convenios 151 y 154 de la OIT

La Corte Constitucional, señaló en la Sentencia C-225 de 1995, arriba mencionada, que *“la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”*.

Asimismo, advirtió que el ordenamiento interno debía guardar armonía con los convenios de la OIT, de modo que las organizaciones competentes del Estado tenían la obligación de hacer los ajustes necesarios para garantizar su concordancia con la legislación interna.

“Colombia es miembro de un gran número de organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos - entre ellas, la OIT-; las obligaciones que ha contraído en ese ámbito son exigibles por partida triple: pueden reclamarlas Organizaciones como tales (en virtud del tratado constitutivo), los Estados y, lo más importante, los individuos, como se explicó anteriormente. En cualquiera de los casos es el Estado el llamado a corregir lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de los acuerdos internacionales, y él es responsable por el cumplimiento del tratado en todo el territorio.” (Sentencia T-568 de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz) (Subrayado ajeno al texto original)

Por virtud del inciso 4 del artículo 53 de la Constitución Nacional, se ha establecido que los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia están integrados a la legislación interna, por tanto, no pueden ser considerados como parámetros supletorios de interpretación cuando quiera que se presenten vacíos en el orden legal, esto es, son fuente principal del Derecho, son Ley; y como tal, este tipo de convenios por el hecho de su ratificación adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el orden interno sin que sea necesario su desarrollo posterior o incorporación de un contenido específico a través de la promulgación de una nueva Ley.

Pero el interrogante que surge, a partir de los argumentos presentados en la demanda, como en las respectivas contestaciones, es si los convenios internacionales del trabajo se entienden automáticamente incorporados no solo a la legislación interna sino también al bloque de constitucionalidad y si particularmente los Convenios 151 y 154 de la OIT integran este bloque sin ningún tipo de diferenciación ni fundamentación.

Al respecto, la Jurisprudencia Constitucional acerca de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia ha ido evolucionando paulatinamente; señalando en un primer momento que hacen parte del orden interno, para luego considerar con base en el inciso 2 del artículo 93 Superior que integran el bloque de constitucionalidad, como puede entenderse a partir de las Sentencias C-010 de 2000 y C-038 de 2004. En particular, la Sentencia T- 1303 de 2001 con ponencia del Magistrado doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, precisó lo siguiente:

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, lo que hace es reafirmar aún más el deber de interpretar los derechos humanos (dentro de ellos los derechos sociales) de conformidad con los tratados internacionales. No tendría coherencia que se protegieran todos los derechos humanos menos los que se refirieran al derecho al trabajo, cuando en la Constitución de 1991 el trabajo es un derecho fundante (artículo 1° C.P.), una finalidad de la propia Carta (Preámbulo), un derecho fundamental (artículo 25). En consecuencia, los Convenios de la OIT integran el bloque de constitucionalidad en virtud del inciso 2° del artículo 93 de la C.P. y tal característica se refuerza con lo determinado en el inciso 4° del artículo 53 ibídem.” (Subrayado ajeno al texto original)

Posteriormente, se precisó una distinción entre los convenios internacionales del trabajo, para señalar que algunos de ellos integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y otros pertenecen al bloque de constitucionalidad en sentido lato.

“Sin embargo, de igual manera se ha reiterado, que el legislador puede acudir a los Convenios proferidos al amparo de la Organización Internacional del Trabajo, para encontrar en ellos guías ineludibles que le permitirán establecer, si la regulación que se pretende realizar se adecua o no a la finalidad que se persigue con cada acreencia laboral o prestación social y, adicionalmente, si las condiciones impuestas logran asegurar su adquisición, goce y disfrute al amparo de los hechos que le sirven de fundamento. (...)

Por ello, en varias oportunidades, esta Corporación le ha concedido a los convenios y tratados internacionales del trabajo, la naturaleza de **Sentencia 00212 de 2017 Consejo de Estado**

normas constitutivas del bloque de constitucionalidad por vía de interpretación, cuyo propósito consiste precisamente en servir de herramienta para desentrañar la naturaleza abierta e indeterminada de los conceptos jurídicos previstos en el Texto Superior (...)”<sup>7</sup> (Subrayado ajeno al texto original)

Finalmente, y hasta ahora se tiene como postura jurisprudencial definitiva, la Corte Constitucional considera que la inclusión de los convenios internacionales del trabajo dentro del bloque de constitucionalidad debe hacerse de manera diferenciada y fundamentada. De suerte que si bien todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia forman parte de la legislación interna, tal como ya se puso de presente, no todos integran el bloque de constitucionalidad, y aquellos que lo integran lo pueden hacer en sentido lato o en sentido estricto.

Y no puede ser de otra manera, por cuanto que considerar que los convenios internacionales del trabajo integran el bloque de constitucionalidad de manera automática sin un análisis respecto de las temáticas que abordan y del contenido sustantivo de las normas que incorporan, permitiría que la multiplicidad de temas que estos involucran y que son objeto de sus disposiciones, ostentaran raigambre constitucional. Así por ejemplo, la órbita de temas sobre los que se refieren los convenios internacionales del trabajo va desde lo relacionado con los derechos fundamentales en el trabajo hasta aspectos variados y disímiles como la administración y las estadísticas del trabajo, la protección contra los riesgos específicos, e incluso la cerusa en la pintura, el benceno, el asbesto, la maquinaria y el peso máximo por cargar.

Al respecto sostuvo el Tribunal Constitucional Colombiano:

“Hasta el año 2002, Colombia había ratificado 55 convenios, de los 185 que había aprobado la OIT hasta 2003. Pues bien, los convenios ratificados por Colombia también se refieren a una amplia diversidad de temas, que abarcan desde los derechos humanos fundamentales en el trabajo (como los convenios Nos. 87 y 98, relativos a la libertad sindical, al derecho de sindicación y a la negociación colectiva; los Nos. 29 y 105, relativos a la abolición del trabajo forzoso, etc.) hasta las estadísticas del trabajo (convenio 160), pasando por los asuntos de la simplificación de la inspección de los emigrantes (convenio 21), de la inspección del trabajo (convenios 81 y 129) y de la preparación de las memorias sobre la aplicación de convenios por parte del Consejo de Administración de la OIT (convenio 116).

Ello sugiere que para establecer cuáles convenios ratificados por Colombia integran el bloque de constitucionalidad es necesario que la Corte proceda a decidirlo de manera específica, caso por caso (...)”<sup>8</sup> (Subrayado ajeno al texto original)

Conforme con lo dicho, hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios internacionales del trabajo que la Corte Constitucional determine, luego de examinarlos específicamente, teniendo en cuenta las materias que traten. *“A la Corte también le corresponde señalar si un determinado convenio de la OIT, en razón de su materia y otros criterios objetivos, forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, puesto que prohíbe la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolla dicha prohibición contenida en un tratado internacional (C.P., art. 93, inciso 1)”*<sup>9</sup>.

Mediante la Sentencia C-377 de 1998<sup>10</sup>, la Corte Constitucional efectuó la revisión constitucional del “*Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública*”, adoptado en la 64ª reunión de la conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1978, y de la Ley aprobatoria número 411 del 5 de noviembre de 1997, por medio de la cual se aprueba dicho convenio; no obstante declarar su conformidad con la Constitución y consecuente declaratoria de exequibilidad, no analizó la pertenencia de estas disposiciones al bloque de constitucionalidad.

Por su parte, con Sentencia C-161 de 2000, se efectuó la revisión constitucional del Convenio 154 “*sobre el fomento de la negociación colectiva*”, adoptado en la sexagésima séptima reunión de la conferencia general de la organización internacional del trabajo, y de la Ley 524 de 1999, por medio de la cual se aprueba dicho Convenio; declarando la exequibilidad de sus disposiciones, sin entrar a pronunciarse respecto de su pertenencia al bloque de constitucionalidad.

Con ocasión de la revisión que sobre la constitucionalidad del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo hiciera la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1234 de 2005<sup>11</sup>, se retomó el análisis realizado en las providencias anteriores respecto de los Convenios 151 y 154 de la OIT. En esa ocasión la Corte fue enfática en señalar que dichos convenios hacen parte de la legislación interna. Veamos:

“(…) De conformidad con lo expuesto, a modo de resumen se tiene : (i) hacen parte de la legislación interna del país los Convenios 151 y 154 de la OIT, incorporados a través de las Leyes 411 de 1998 y 524 de 1999; (…)

No hay duda que los Convenios tantas veces mencionados hacen parte de la legislación interna, tal como lo establece el inciso cuarto del artículo 53 de la Carta, pues se trata de instrumentos de naturaleza legal : las Leyes 411 de 1998 y 524 de 1999 (…)

(…) la declaración de exequibilidad de la disposición acusada, se adoptará bajo el entendido que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva contemplada en los Convenios 151 y 154 de la OIT, que hacen parte de la legislación interna de Colombia, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán (…)” (Subrayado ajeno al texto original).

Para que los Convenios 151 y 154 de la OIT hicieran parte del bloque de constitucionalidad, bien en sentido estricto o en sentido lato, era necesario que la Corte Constitucional al emprender su análisis particular así lo estableciera expresamente, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de ese propio Tribunal; circunstancia que no ocurrió tal como se advierte del análisis de las Sentencias C-377 de 1998 y C-161 de 2000.

En efecto, la Corte Constitucional no solo no determinó explícitamente que los Convenios 151 y 154 de la OIT se constituyeran en normas de

raigambre constitucional, sino que mediante la Sentencia C-1234 de 2005 señaló categóricamente que estaban integradas al ordenamiento jurídico interno, por tanto, es dable concluir, *a contrario sensu*, que si hacen parte de la legislación interna, no hacen parte del bloque de constitucionalidad.

### 3.2. Alcance y límites de la Potestad Reglamentaria

Una vez definido entonces el espectro jurídico de los Convenios 151 y 154 como parámetros de compatibilización y confrontación de orden legal y no constitucional para efectuar el juicio de legalidad del numeral 10, parte final, del artículo 11 del Decreto 160 de 2014, se hace necesario determinar el alcance y límites que tiene la Potestad Reglamentaria, toda vez que el problema jurídico gravita entorno a la posibilidad que con la expedición de dicha disposición contenidas en el acto administrativo objeto de reproche, se hubieren trasgredidos normas constitucionales y legales ejercidas en el marco de dicha facultad, que conllevaran a una omisión en su ejercicio.

Para adentrarse en el análisis de la potestad reglamentaria, y particularmente en lo atinente a la omisión reglamentaria relativa, se procederá a reiterar lo considerado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado mediante Providencia del 2 de diciembre de 2013, radicado 41719; y lo dicho por la Sección Tercera, Subsección C, en Sentencia del 10 de octubre de 2016, radicado 55813, cuyo Consejero Ponente fue el doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En cuanto a la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la capacidad de producir normas administrativas de carácter general reguladoras de la actividad de los particulares y base para la actuación de las autoridades, resulta claro que la Constitución de 1991 distribuyó dicha potestad entre las diferentes autoridades y organismos administrativos. Desde esta perspectiva, es posible formular una regla general que nos traslada de inmediato a las competencias del Presidente de la República; y unas reglas de excepción, algunas de ellas previstas en la Constitución y otras en la ley, que le entregan la potestad normativa o reglamentaria a otros sujetos de la función administrativa.

En este orden de ideas, la *regla general en materia reglamentaria* la tiene el Presidente de la República por dos vías: por una parte, a través de la reglamentación directa de la ley cuando sea indispensable para hacer posible su cumplimiento (Constitución, artículo 189. 11), pues en su condición de Suprema Autoridad Administrativa le corresponde “*ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes*”; y por otra parte, en los casos en que la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria es directamente de la Constitución<sup>12</sup>, asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación denominó como deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro punto de vista, no es más que el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general, pues orgánica y funcionalmente el acto sería administrativo y no legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3.<sup>9</sup> Constitucional.

Por otra parte se encuentran las *reglas de excepción en materia reglamentaria*, estando frente a estas cuando por mandato constitucional algunos otros organismos del Estado pueden dictar normas con carácter general en asuntos de su competencia<sup>13</sup>.

La jurisprudencia del Consejo de Estado admite que es potestad administrativa de los ministerios y demás dependencias administrativas y no del Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, reglamentar mediante actos generales los asuntos que legalmente les corresponda. Así lo ha dejado claro la Corporación en multiplicidad de fallos, entre los que se destaca el siguiente:

“(…) Cuando la ley ordena que determinada materia sea regulada por un Ministerio, con ello quiere dar a entender el legislador que se hace innecesario hacer uso de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política, adscrita al Presidente de la República, quien la ejercita con el Ministro o el Director del Departamento Administrativo respectivo. Sabido es que una cosa es hablar del Gobierno, entendiendo éste como presidente y Ministro o Director del Departamento Administrativo respectivo, conforme lo prevé el inciso 3o. del artículo 115 de la Carta Política, y otra muy diferente es hablar de una función administrativa que le corresponde únicamente al Ministro por mandato de la ley, porque aquí juega papel importante uno de los principios que rigen la actuación administrativa, como es el de la desconcentración de funciones”<sup>14</sup>.

Ahora bien, otro punto importante al estudiar la potestad reglamentaria es el referente a su contenido y alcance. Sin duda alguna, dicha potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de la legalidad.

Por su parte, la Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, ha estudiado el contenido material de la potestad reglamentaria, sosteniendo que se trata de un tema siempre problemático y complejo, sobre todo en la definición de sus límites materiales frente a la ley; no obstante reconoce que, en lo que si hay consenso, es en que, en toda materia sometida por el Constituyente a reserva de ley, no se admite normativa reglamentaria de no haber sido tratada previamente por el legislador, pues es este el llamado a producirla y, en consecuencia, que la reglamentación de la administración depende directamente del texto legal, quedando habilitada la administración directa e intemporalmente, no de manera exclusiva el Presidente de la República, por la sola presencia y existencia de la ley, para ejercer la potestad reglamentaria que considera oportuna y necesaria con el propósito de cumplir, hacer viable y ejecutorio los postulados de la norma legal.

En cuanto a sus límites, esta Corporación ha indicado que “(…) el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede

*dictar disposición alguna que viole una ley cualquiera, no sólo la que dice desarrollar o ejecutar sino todas las normas que tengan carácter legislativo (...)”<sup>15</sup> y que so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar<sup>16</sup>.*

En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: *la competencia y la necesidad*<sup>17</sup>. El primero se refiere a la extensión de la regulación que el Legislador defiende al Ejecutivo “*de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo*”<sup>18</sup>.

De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable<sup>19</sup>. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que:

“Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles”.<sup>20</sup>

Así mismo, para la Sala resulta oportuno señalar como la reserva de ley constituye un límite a la potestad reglamentaria. En relación con este tema, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que, se “*hace referencia a la prohibición general de que puedan establecerse restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley*”<sup>21</sup>.

### 3.2.1. La Omisión Reglamentaria Relativa

La Jurisprudencia del Consejo de Estado, a través de múltiples decisiones de esta Sección ha admitido la posibilidad de decidir respecto de una omisión reglamentaria por vía del estudio de la acción de nulidad; de suerte que la línea jurisprudencial en esta materia ha tenido un constante desarrollo<sup>22</sup>.

Mediante Sentencia del 9 de octubre de 2008, se señaló que cuando quiera que la autoridad encargada de la regulación de una materia, incumple la obligación de dictar una norma, puede incurrir en una inconstitucionalidad por omisión. De tal manera que corresponde al juzgador establecer la conducta negativa, de inercia o inactividad de un órgano del poder que no adecuó su conducta, total o parcialmente al cumplimiento de una obligación de dictar una norma tendiente a garantizar la efectividad de los mandatos constitucionales y legales.

De tal manera que “*A los ciudadanos se les deben proporcionar las vías procesales idóneas con el fin de que los afectados con la omisión inconstitucional puedan acceder a la administración de justicia con el fin de obtener la descalificación de la conducta omisiva, pues un derecho sin acción o posibilidad de ejercicio resulta inexistente*”.<sup>23</sup>

Es así como esta Corporación consideró que en atención al desarrollo jurisprudencial en materia de la inconstitucionalidad por omisión, *mutatis mutandis*, es viable la comparación a fin de establecer la omisión regulatoria, entre un precepto legal y su reglamento. De manera que “*La procedencia de la declaración de “inconstitucionalidad por omisión” tiene fundamento, además, en el artículo 170 del C.C.A., que establece<sup>24</sup> (...)”*:

“Esta norma le permite al Juez de lo Contencioso Administrativo, al revisar la legalidad de una norma, estatuir nuevas disposiciones, modificarlas o reformarlas, lo que debe entenderse en sentido amplio, es decir, no sólo para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o la de reparación directa, como se había concebido inicialmente<sup>25</sup> sino para la acción de simple nulidad, en donde, como en el presente caso, a partir de la anulación del acto general se pueden incluir disposiciones nuevas que modifiquen o reformen, de acuerdo con la Constitución y la Ley, las que se declaran nulas”.

Posteriormente, también se admitió la posibilidad de discutir por vía de la acción de nulidad la existencia de una omisión reglamentaria, cuando, a partir de su expedición, se excluye o se omite incluir en un reglamento, sin razón justificada, a un grupo de personas beneficiarias o posibles beneficiarias de una preceptiva legal.

En materia de la Omisión Reglamentaria Relativa, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 28 de febrero de 2013, radicado interno 0458-10, cuyo Consejero Ponente fue el doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, señaló que “*se está ante la presencia de una omisión legislativa, cuando el debate surge en torno a un texto legal que se reputa incompleto, habida cuenta que se prescinde de una condición o ingrediente que, atendiendo al contenido superior del ordenamiento, debe formar parte de la materia normativa*”.

En esa ocasión, esta Corporación siguiendo los parámetros establecidos por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1009 de 2005<sup>26</sup>, adoptó unos requisitos para determinar si es procedente emprender el análisis de una norma por Omisión Reglamentaria, a saber: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la

regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al Legislador.

Además de los cinco requisitos anteriores, y siguiendo la línea de esta Sección que ha acogido los criterios de la Corte Constitucional, debe ponerse de presente que ese Tribunal mediante Sentencia C-833 de 2013 señaló que también se deben tener en cuenta dos requisitos más: *“vi) si la supuesta omisión emerge a primera vista de la norma propuesta, o (vii) si se está más bien, ante normas completas, coherentes y suficientes, que regulan situaciones distintas”*<sup>27</sup>.

En similar sentido, siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha identificado que la omisión reglamentaria relativa se configura en aquellos casos en que la Autoridad Administrativa al reglamentar una disposición omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución y/o la Ley, sería exigencia esencial para armonizar con ella. Lo que puede ocurrir de varias maneras: (i) cuando expide un Decreto que si bien desarrolla un deber impuesto por la Ley, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional o legal, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una disposición legal omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución o la Ley reglamentada<sup>28</sup>.

#### 4. SEGUNDA PARTE: EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

Una vez determinado que el Convenio 151 de la OIT no integra el bloque de constitucionalidad y que por tanto, la previsión contenida en su artículo 8, norma que se estima violada, hace parte del orden interno; y definidas las condiciones para que se pueda considerar que se presenta una omisión reglamentaria relativa, se hace necesario entrar a (i) señalar los presupuestos constitucionales y legales en los que se desarrolla el goce efectivo del derecho a la Negociación de las condiciones laborales de los empleados públicos; y finalmente a (ii) abordar el caso concreto.

##### 4.1. El Derecho a la Negociación de las Condiciones Laborales de los Empleados Públicos

El Derecho a la Negociación es de estirpe constitucional, teniendo su génesis en el artículo 55 Superior, que sin hacer distinción alguna, otorga su titularidad tanto a trabajadores del sector privado como a los Servidores Públicos, bien que sean trabajadores oficiales o empleados públicos. En ese sentido se señala:

*“Artículo 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.*

*Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”.*

De la anterior disposición constitucional, se tiene que el propósito fundamental del derecho a la negociación colectiva es el de regular las relaciones laborales, y que dicho derecho se encuentra excepcionado, en cuanto a su aplicación para alcanzar los fines especificados, en la medida y en los casos en que la Ley lo determine.

Se establece también por rango superior que el Estado tiene como deber el de promover la concertación y demás mecanismos necesarios a efectos de lograr la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

En los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, con ocasión de los antecedentes que motivaron la inclusión del artículo 55 Constitucional, se afirmó que el derecho a la negociación colectiva *“(…) es un derecho inherente al sindicato, no se puede concebir el derecho de sindicalización sin el derecho de los trabajadores a presentar sus peticiones y que estas peticiones sean negociadas en igualdad de condiciones con los representantes de los empleadores (...)”*<sup>29</sup>.

Mediante Sentencia SU-342 de 1995, La Corte Constitucional definió el derecho a la negociación colectiva como aquél *“regulador de una esfera de libertad en cabeza de patronos y los trabajadores”*<sup>30</sup>; y más tarde con Sentencia C-161 de 2000 se dijo que los objetivos de la negociación colectiva *“se centran en la concertación voluntaria y libre de condiciones de trabajo, la necesidad del diálogo que afiance el clima de tranquilidad social, la defensa de los intereses comunes entre las partes del conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de las partes sean oídos y atendidos y, el afianzamiento de la justicia social en las relaciones entre trabajadores y empleadores”*<sup>31</sup>.

Para el Tribunal Constitucional el fomento a la negociación colectiva también encuentra su sustento en el preámbulo, en el artículo primero y en el artículo segundo de la Carta Fundamental, que al establecer que Colombia es un Estado Social de Derecho organizado bajo la forma de república se funda en valores como *“el trabajo”*, teniendo entre sus fines esenciales *“promover la participación de todos en las decisiones que los afectan”*, para lo cual la negociación colectiva cumple el papel de promover la *“participación activa y decidida de los sujetos de la relación laboral, en la búsqueda de soluciones a los conflictos económicos que surgen de ella”*<sup>32</sup>.

En ese sentido, y dado que el derecho a la negociación colectiva se torna fundamental cuando su desconocimiento conlleva *“la vulneración o amenaza de los derechos al trabajo o de asociación sindical”*, el Estado *“no sólo debe garantizar el libre ejercicio de este derecho sino que debe “promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”*<sup>33</sup>.

##### 4.1.1. El Derecho a la Negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos no es absoluto

Los empleados públicos gozan del derecho a la negociación de las condiciones de trabajo como toda persona y particularmente como todo trabajador, sin embargo, este derecho tiene unas notas características que lo hacen singular y especial tratándose de la posición que ocupa su

titular dentro del Estado, que limitan su goce efectivo y que no permiten su plenitud.

La Ley 411 de 1997 aprobó e incorporó al ordenamiento jurídico interno el Convenio 151 de 1978 de la OIT, referente a las relaciones de trabajo en la administración pública, cuyas disposiciones por regla general se aplican a *“todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo”*<sup>34</sup>.

Sin embargo, en su campo de aplicación el Convenio 151 de la OIT dejó abierta, de manera expresa, la facultad para que la propia legislación nacional determine hasta qué punto las garantías previstas en dicho instrumento internacional se aplicarían a *“los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial”*, y *“a las fuerzas armadas y a la policía”*.

En otras palabras, el Convenio 151 de la OIT plantea, de un lado, una reserva en su campo de aplicación, dejando en cabeza de los países suscritores la potestad de excluir, por vía de regulación, específicamente de los efectos de su normativa a los integrantes de la fuerza pública y de policía, como a los empleados de alto nivel, directivos o que desempeñan obligaciones de naturaleza altamente confidencial; así como de otro lado, facilita la posibilidad de armonizar sus disposiciones con legislaciones, que como la nuestra, excluyen a la fuerza pública y a la policía de las prerrogativas derivadas de la deliberación, como a los empleados públicos de dirección, confianza y manejo de las posibilidades del ejercicio de la negociación colectiva de sus condiciones de empleo.

Analizado *a priori* el campo de aplicación del Convenio 151 de la OIT, pareciera entonces habilitarse plenamente en Colombia a los empleados públicos distintos a los de dirección, confianza, y manejo, como de aquellos que integran las fuerzas militares y de policía, de todas las garantías previstas en ese acuerdo de voluntades de Derecho Internacional. Sin embargo, tratándose de *“los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo”* y de la *“solución de conflictos”*, se requiere realizar un estudio más detallado del alcance normativo de las disposiciones allí contenidas.

El artículo 7 del Convenio 151 de la OIT, desarrolla en su parte IV lo relativo a *“los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo”*, con el siguiente tenor literal:

*“Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”*.

A partir de la anterior disposición, es posible determinar las siguientes premisas a ser normadas:

- (i) Se deben adoptar medidas para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos;
- (ii) Los procedimientos de negociación a adoptar serán acerca de las condiciones de empleo;
- (iii) Será posible adoptar cualesquiera otros métodos, distintos a los de los procedimientos de negociación, que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de las condiciones de empleo;
- (iv) Las medidas se adoptarán, de ser necesario; y,
- (v) Las medidas a adoptar serán adecuadas a las condiciones nacionales.

Por su parte, el artículo 8 del Convenio 151 de la OIT aborda lo relacionado a *“la solución de conflictos”*, señalando lo siguiente:

*“La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados”*.

De la anterior disposición, se establecen las siguientes premisas a ser normadas:

- (i) Con motivo de la determinación de las condiciones de empleo surgen conflictos cuya solución se debe tratar de lograr por medio de negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales;
- (ii) Los mecanismos para la solución de conflictos planteados deben establecerse de manera apropiada a las condiciones nacionales; y,
- (iii) Los procedimientos independientes e imparciales que se establezcan para la solución de conflictos surgidos, con motivo de la determinación de las condiciones de empleo, deben inspirar la confianza de los interesados: tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje.

La Corte Constitucional, abordó el examen de Constitucionalidad del Convenio 151 de la OIT, y para el efecto estudió el alcance de su objeto, campo de aplicación y de cada una de sus disposiciones y normas.

públicos no tienen las mismas prerrogativas de los trabajadores oficiales, aunque si bien tienen el derecho de sindicalización y con este el de la búsqueda de soluciones negociadas y concertadas, tal y como se deriva de los artículos 2 y 55 de la Constitución, y como tal pueden participar en la definición de sus condiciones de trabajo formulando peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y participar de discusiones con ellas con el fin de lograr acuerdos; el derecho a la negociación no es pleno, por cuanto que no puede afectar la facultad que la Constitución les confiere a las autoridades de determinar unilateralmente las condiciones de empleo y la fijación de salarios.

En ese sentido, señaló la Corte Constitucional en Sentencia mencionada:

“(…) a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales, que tienen un derecho de negociación pleno, la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas no puede llegar a afectar la facultad que la Carta confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Esto significa que la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente. Con esa misma restricción, es igualmente legítimo que se desarrollen instancias para alcanzar una solución negociada y concertada entre las partes en caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades. (...)” (Subrayado ajeno al texto original)

Prosigue la Corte:

“(…) En cuanto a la solución de los conflictos que se susciten con motivo de las condiciones de empleo de los servidores públicos, el artículo 8º del Convenio prevé que la solución se logre de manera apropiada a las condiciones nacionales (...)”. (Subrayado ajeno al texto original)

Respecto de las condiciones para la aplicación del Convenio 151 de la OIT, resulta pertinente traer a colación la recomendación número 159 de la misma Organización Internacional del Trabajo, toda vez que esta establece criterios complementarios a dicha normatividad con el propósito de lograr de algún modo la aplicación uniforme de los mecanismos de participación. De tal manera que se observa en el punto 2º, 1, que con respecto a la negociación colectiva, que debería recurrirse a la legislación nacional o a “*otros medios apropiados*” a fin de determinar “*las personas u órganos que han de negociar en nombre de la autoridad pública, y los procedimientos a fin de poner en práctica las condiciones de empleo convenidas*”. El punto 3º señala que al concluirse los acuerdos “*normalmente debería especificarse su periodo de vigencia o el procedimiento para su terminación, renovación o revisión, o ambas cosas*”.

Esta recomendación concluye señalando que en la legislación nacional o en “*otros medios apropiados*” debería preverse los métodos distintos de la negociación para permitir que los representantes de los trabajadores participen en la fijación de las condiciones de empleo, el procedimiento para asegurar esa participación y para determinar de manera definitiva las condiciones de empleo.

Con la Ley 524 de 1999 se aprobó e incorporó a la legislación interna el convenio 154 de la OIT, sobre la negociación colectiva; y mediante Sentencia C-161 de 2000 se surtió su respectivo control de Constitucionalidad.

En la sentencia C-161 de 2000, la Corte señaló que esta expresión “*negociación colectiva*”, resulta ajustada a la Constitución, pues se enmarca en los siguientes objetivos : (i) busca lograr una concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo; (ii) para ello, se hace necesario un diálogo que afiance el clima de tranquilidad social; (iii) el propósito de la negociación es la defensa de los intereses comunes entre las partes del conflicto económico laboral; (iv) y debe haber garantías para que los representantes de las partes sean oídos. Todos estos objetivos conducen al afianzamiento de la justicia social en las relaciones entre trabajadores y empleadores.

Adicionalmente, la Corte afirmó en dicha oportunidad:

“(…) la Corte considera que la legislación interna puede interpretar, dentro del contenido general del instrumento, aquellas actividades donde podría predicarse la negociación colectiva (...)”

(…) el artículo 1º del instrumento sometido a consideración de la Corte señala que la legislación interna podrá fijar modalidades particulares de negociación para la administración pública (...)”

(…) por lo cual los empleados públicos tienen el derecho de participar en la determinación de sus condiciones de trabajo, pero no en forma plena (...)”

(Subrayado ajeno al texto original)

De acuerdo con lo dicho, y analizados armónicamente las disposiciones Constitucionales previstas en el preámbulo y los artículos 1,2 y 55; los preceptos normativos del Convenio 151 de la OIT y particularmente los previstos en los artículos 7 y 8, la Sentencias de la Corte Constitucional C- 377 de 1998, C-161 de 2000 y C- 1234 de 2005; la Recomendación número 159 de la OIT; y los preceptos normativos pertinentes del Convenio 154 de la OIT, es dable concluir para este acápite que el Derecho a la Negociación Colectiva para determinar las condiciones laborales de los Empleados Públicos, no solamente encuentra limitaciones tratándose del ejercicio de los integrantes de la fuerza pública y la policía nacional, o de los empleados de dirección, confianza y manejo, sino que el mecanismo de la negociación colectiva o cualquier otro mecanismo establecido para dichos fines y para resolver pacíficamente las controversias surgidas con ocasión de dicho procesos de definición de las condiciones de empleo, no puede ser ejercido plenamente por los empleados públicos toda vez que se encuentra limitado :

a) Por razón de su adaptación de manera apropiada a las “condiciones nacionales”;

b) Por las modalidades particulares de negociación para la administración pública que fije la legislación interna, y;

c) Por la decisión final que adopten las autoridades establecidas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente.

#### 4.2. El Caso Concreto

Procede la Sala a resolver respecto del cargo formulado en el líbello, a partir del cual se acusa la nulidad de la parte final del numeral 10 del artículo 11 del Decreto Reglamentario número 160 del 2014 *"Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos"*.

Para efectos de un mejor proveer respecto del estudio de cada uno de los planteamientos que sustentan el cargo formulado en la demanda, se hace necesario poner de presente las conclusiones a las que hasta el momento ha arribado la Sala y que se constituirán en fundamento de la *ratio decidendi* de esta providencia de reiteración jurisprudencial, que se expresará como parte del análisis encaminado a resolver el problema jurídico planteado.

Al respecto, es importante resaltar que: (a) las disposiciones contenidas en los Convenios 151 y 154 de la OIT, y las normas que de ellos se derivaren hacen parte del orden jurídico interno y por tanto, no integran el bloque de constitucionalidad ni en sentido estricto, ni en sentido lato, de tal suerte que no se constituyen en parámetro de comparación con superior jerarquía a las de la Ley ordinaria, no pudiendo ser equiparables a aquellas de raigambre constitucional. (b) La potestad reglamentaria, entendida como la capacidad de producir normas administrativas de carácter general, reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades públicas, la tiene asignada de manera general, en principio, el Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 de la Carta Política, quien puede ejercerla en cualquier momento sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. (c) Se incurre en exceso de la potestad reglamentaria cuando quiera que se amplía el ámbito de aplicación de la ley, lo que ocurre cuando el acto reglamentario no se limita a aportar los detalles, los pormenores de ejecución o aplicación de la ley para hacer explícito lo implícito en ella y para facilitar su entendimiento y comprensión, sino que se adiciona o se cambia su sentido; también se trasgreden los límites de dicha potestad cuando quiera que se reglamenten asuntos sometidos a reserva legal. (d) Se quebranta la facultad reglamentaria por omisión relativa en la medida en que el acto reglamentado restrinja la ley o la recorte en su esencia o sustancia, de manera que para evidenciar dicha infracción la jurisprudencia de esta Corporación, teniendo en cuenta los precedentes constitucionales en materia de omisión legislativa, ha adoptado, *mutatis mutandis*, unos requisitos para determinar si es procedente emprender el análisis de una norma por omisión reglamentaria y ha identificado que la omisión reglamentaria relativa se configura en aquellos casos en que la Autoridad Administrativa al reglamentar una disposición omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución y/o la Ley, sería exigencia esencial para armonizar con ella. (e) Los empleados públicos son titulares del Derecho a la Negociación Colectiva para la definición de sus condiciones laborales y para solucionar los conflictos surgidos con ocasión de este proceso, aunque el goce efectivo no es pleno y no puede ser equiparable al de los trabajadores oficiales, debido a que su derecho se encuentra limitado por la calidad del empleo, su forma de vinculación y sus obligaciones, tratándose de los integrantes de la fuerza pública y la policía, y de los empleados de dirección, confianza y manejo; y por las modalidades particulares de negociación para la administración pública que fije la legislación interna, la adaptación de manera apropiada a las condiciones nacionales de los instrumentos para la negociación, para la participación de los empleados públicos en la definición de sus condiciones laborales y la solución pacífica de los conflictos que de dichos procesos surgieren, y por la decisión final que adopten las autoridades establecidas en la Constitución, siendo estos, el Congreso y el Presidente en el plano nacional, y las asambleas, los concejos, los gobernadores y los alcaldes en los distintos órdenes territoriales.

Hechas las anteriores precisiones, procede la Sala a abordar el estudio del cargo formulado al numeral 10, parte final, del artículo 11 del Decreto 160 de 2014, el cual se acusa por violar el artículo 8 del Convenio 151 de la OIT, toda vez que a decir del actor, omitió reglamentar el mecanismo del arbitraje como instrumento para la solución de conflictos derivados de la negociación de las condiciones laborales de los empleados públicos, escindiendo su unidad esencial.

##### 4.2.1. La Omisión Reglamentaria Relativa acusada

El demandante considera que el Gobierno Nacional al reglamentar el artículo 8 del Convenio 151 de la OIT, a través del artículo 11 numeral 10, parte final, incurrió en omisión reglamentaria relativa al escindir la unidad esencial de la norma reglamentada y dejar por fuera el medio de solución denominado "y el Arbitraje".

El numeral 10, del artículo 11 del Decreto 160 de 2014, señala lo siguiente:

(...)

ARTÍCULO 11°. Términos y etapas de la negociación. La negociación del pliego se desarrollará bajo los siguientes términos y etapas:

(...)

10. Cumplidos los términos anteriormente señalados para la etapa de la negociación y para adelantar la mediación, se dará cierre a la misma y se levantarán las actas respectivas.

(...)"

Por su parte, el artículo 8 del Convenio 151 de la OIT, señala:

“La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados”. (Negrilla ajena al texto original).

Tal como se indicó en el acápite respectivo, para efectos de determinar el acaecimiento de una omisión reglamentaria relativa se hace necesario revisar si con ocasión de la respectiva reglamentación del artículo 8 del Convenio 151 de la OIT, el Presidente de la República omitió una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución y/o la Ley, sería exigencia esencial para armonizar con ella.

En el presente análisis se ha señalado en varias oportunidades que el derecho a la negociación colectiva para definir las condiciones laborales de los empleados públicos y para dar solución a los conflictos surgidos con ocasión de dichos procesos se encuentra limitado y por consiguiente no es absoluto, correspondiendo a las autoridades administrativas su armonización a las condiciones nacionales, a las modalidades particulares de negociación para la administración pública que fije la legislación interna, y precisando su observancia a las decisiones finales que sobre la materia adopten el Congreso y el Presidente en el plano nacional, y las asambleas, los concejos, los gobernadores y los alcaldes en los distintos órdenes territoriales.

De suerte que, como también se explicó atrás, el artículo 8 del Convenio 151 de la OIT prevé que la solución de conflictos que surjan con ocasión de la determinación de las condiciones de empleo pueden ser llevados a cabo a través de dos mecanismos como son la negociación entre las partes o la implementación de procedimientos independientes e imparciales, que en todo caso se adoptan “de manera apropiada a las condiciones nacionales”.

Esta misma disposición realiza una enumeración no taxativa de los procedimientos independientes e imparciales a los que se puede recurrir para solucionar las controversias surgidas con ocasión de la definición de las condiciones laborales. No puede entenderse cosa distinta cuando se utiliza la expresión “tales como”, la cual claramente es enunciativa y no obliga a que efectivamente dichos mecanismos, mediación, conciliación y arbitraje, deban ser reglamentados en su integridad, máxime si como se dijo, estos pueden ser adoptados “de manera apropiada a las condiciones nacionales” y deben en todo caso respetar las decisiones finales que en las materias sometidas a su competencia exclusiva determinen las autoridades definidas en la Constitución.

Al respecto resulta pertinente traer de nuevo a colación la Sentencia de la Corte Constitucional C- 161 de 2000, que revisara la Constitucionalidad del Convenio 154 de la OIT, sobre el fomento de la negociación colectiva, donde además se dijo:

“(…) el instrumento consagra como cláusula general el principio de fomento de la negociación colectiva, mientras que las cláusulas específicas deberán ser desarrolladas por la legislación interna, dentro de los objetivos allí señalados.

(…) A su vez, la Recomendación 163 de la OIT “sobre el fomento de la negociación colectiva” desarrolla el instrumento objeto de estudio. En estos ellos, se hace un especial énfasis en la libertad legislativa para adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales (…).” (Subrayado ajeno al texto original)

Hechas las anteriores precisiones, es claro que al no existir imperativo legal para que se adopten todos y cada uno de los mecanismos independientes e imparciales tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, para resolver pacíficamente los conflictos surgidos con ocasión de la negociación colectiva de las condiciones de empleo de los empleados públicos, al ser no solamente estos enunciativos, sino al requerir en su reglamentación que se adecúen a las condiciones nacionales y por tanto se armonicen con las disposiciones constitucionales y legales existentes en la materia, no es posible establecer que se omitió por parte del Presidente de la República una condición o ingrediente necesario conforme con la Constitución o la ley para armonizar con ella, y para particularmente facilitar el amplio cumplimiento de las normas contenidas en el artículo 55 Superior, en relación con el derecho a la negociación y el desarrollo de los preceptos normativos contenidos en los artículo 7 y 8 del Convenio 151 de la OIT en cuanto a los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo y la solución de conflictos surgidos con ocasión de estos.

Dado que no es dable establecer que el Decreto 160 de 2014, al desarrollar un deber impuesto por la Ley, favorezca a ciertos sectores y perjudique a otros, como tampoco que se omita una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución o la Ley reglamentada que se constituya en requisito necesario y suficiente para que la reglamentación emanada estuviere en plena consonancia con dicha Ley, el cargo formulado no tendrá vocación de prosperidad.

Finalmente la Sala cree conveniente precisar que aunque la disposición acusada, que finalmente mantendrá incólume su presunción de legalidad, conforme se ha expuesto ampliamente, ha sido reproducida literalmente y conservada de manera intacta en el artículo 2.2.2.4.10 del Decreto 1072 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo*”; no es posible atribuirle los efectos de esta sentencia a las normas derivada de esta disposición, toda vez que no ha sido ese acto administrativo el objeto del estudio de legalidad en esta providencia. Por tanto, para obtener un pronunciamiento respecto de la mencionada previsión normativa, se hace necesario activar la jurisdicción contenciosa administrativa con dicho fin particular y concreto.

### III. DECISIÓN

Como corolario de lo expuesto la Sala encuentra que con la incorporación al acto acusado de las previsiones normativas contenidas en el artículo 11 numeral 10, parte final, del Decreto 160 de 2014, disposición reglamentaria del Convenio 151 de la OIT, no se incurrió en omisión de la potestad reglamentaria, ni en violación al artículo 8 de dicho Convenio.

Se reitera de esta manera, la Sentencia emitida por esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B, el 27 de abril de 2017, expediente 11001-03-25-000-2012-00348-00, radicado interno 1346-2012.

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

**FALLA**

DENIEGASE las pretensiones de la demanda instaurada por el Ciudadano Jairo Villegas Arbeláez.

**CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**

**NOTAS DE PIE DE PÁGINA**

1 Folios 94 al 112.

2 La expresión “bloque de constitucionalidad” fue utilizada antes del 95 en las Sentencias C-4988/93, C-089/94, C-372/94 y C-555/94, El entendimiento de la expresión antes del 95 estaba dirigido a que la Constitución Política es un bloque armónico de preceptos que debe interpretarse de manera global y sistemática.

3 Hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación es los estados de excepción. (C-358 de 1997), los tratados limítrofes (C -191 de 1998) y los convenios 87 y 88 de la O.I.T (T- 568 de 1999), entre otros.

4 Corte Constitucional. Sentencia C - 358 de 1997. Sobre ley estatutaria y bloque de constitucionalidad: C - 708 de 1999.

5 Corte Constitucional. Sentencia C - 582 de 1999.

6 “Que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las consiguientes consecuencias: a) dado que la constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma de normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente de derecho sin más.” Ignacio de Otto, Derecho Constitucional, Ariel Derecho, 1999. P-76 (Cita tomada de la Sentencia de la Corte Constitucional C-063 de 2003).

7 Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2005. M.P. Doctor Rodrigo Escobar Gil.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-401 de 2005. M.P. Doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

9 Ibídem.

10 Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Martínez Caballero.

11 Magistrado Ponente: Doctor Alfredo Beltrán Sierra.

12 Ejemplos de potestad reglamentaria constitucional los encontramos de sobra en las disposiciones transitorias de la Constitución, en donde en varios asuntos se le entrega esta potestad al Presidente de la República.

13 Sobre la potestad reglamentaria dispersa, esto es, no en cabeza del Presidente de la República, véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de abril de 2010, Exp.: 31223. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 26 de febrero de 1998. Exp.- 4500. Ernesto Rafael Ariza.

15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I, Sentencia del 15 de mayo de 1997. Exp. 4015-4068, C.P.: Juan Alberto Polo.

16 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28615, C.P.: Alier Eduardo Hernández.

17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Exp.: 36054, C.P.: Enrique Gil Botero.

18 Ibídem.

19 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997, Exp.: 8308. C. P.: Germán Ayala Mantilla y Sección Cuarta, Sentencia de mayo 5 de 2003. Exp.: 13212 C. P.: Ligia López Díaz.

20 Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 0294-04 y 0295-04, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

21 Corte Constitucional, Sentencia C-1262 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

22 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 9 de octubre de 2008. C.P. Jesús María Lemos Bustamante, radicado 110010325000200400092 (1017-04). Tesis reiterada en las Sentencias del 9 de abril de 2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicado Interno 9901-2005 y el 28 de febrero de 2013, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno 0458-2010.

23 Ver entre otros, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Revista semestral del centro de estudios constitucionales, julio de 2006, Autor: Luz Bulnes Aldunate. "La Inconstitucionalidad por Omisión", Teoría General, José Julio Fernández Rodríguez, Civitas Madrid -1998; "Inconstitucionalidad por Omisión", Víctor Bazán, Coordinador, Temis, Bogotá 1997.

24 Ver además la Sentencia del 18 de septiembre de 2014 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1091-2009, siendo Consejero Ponente el doctor Gerardo Arenas Monsalve.

25 Texto original del Decreto 1 de 1984: "ARTICULO 170. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia analizará los hechos de la controversia,

las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis resolverá las peticiones, en forma que no quede cuestión pendiente entre las partes y por los mismos hechos.

Para el solo efecto de atender las peticiones previstas en los artículos 85 a 88, podrán estatuirse en las sentencias disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o no expedidos, y modificar o reformar aquellas.”.

26 Corte Constitucional. Sentencia C- 1009 de 2005. Magistrado Ponente, Doctor. Manuel José Cepeda Espinosa.

27 Corte Constitucional, Sentencia C- 833 de 2013, María Victoria Calle Correa. Esos dos requisitos fueron identificados en las siguientes sentencias: C-371 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-800 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-100 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa. Además, fueron reiterados en la sentencia C-584 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

28 Siguiendo, mutatis mutandis, los preceptos definidos por la Corte Constitucional, en Sentencia C-351 de 2013.

29 Asamblea Nacional Constituyente. Antecedentes del artículo 55 de la Constitución Política, Sesión Plenaria del 10 de junio de 1991. Pág. 22.

30 Corte Constitucional. Sentencia SU-342 de 1995. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

31 Corte Constitucional. Sentencia C-161 de 2000. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

32 Ver además las Sentencias de la Corte Constitucional C-593 de 1993, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz y C-110 de 1994, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

33 Corte Constitucional. Sentencias citadas.

34 Artículo Primero de la Ley 411 de 1997.

---

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:03:54