

**ANÁLISIS DEL SINDICALISMO COLOMBIANO DESDE LA TEORÍA DE LA
AGENCIA**

Revisión del mecanismo de concertación del salario mínimo

Por:

JUAN PABLO ZAPATA CRUZ

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN**

2019

**ANÁLISIS DEL SINDICALISMO COLOMBIANO DESDE LA TEORÍA DE LA
AGENCIA**

Revisión del mecanismo de concertación del salario mínimo

Por:

JUAN PABLO ZAPATA CRUZ

Director del trabajo de grado:

Dr. Santiago Villa Restrepo

Trabajo de grado para optar para al título de abogado

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2019

RESUMEN

La defensa de los derechos e intereses de los trabajadores en Colombia, a través del sindicalismo, ha tenido y tiene implicaciones directas sobre las interacciones sociales, la capacidad productiva y la calidad de vida en el país. Al no tener presente estos efectos, los trabajadores y sus representantes sindicales desnaturalizan la esencia y la teleología del sindicalismo, y consecuentemente su desarrollo genera implicaciones perniciosas para las partes que intervienen en la negociación colectiva y para la sociedad entendida de forma íntegra. Las razones por las cuales estos se verifica se pueden entender por medio de la Teoría de la Agencia, que permite desglosar la forma en la que los trabajadores sindicalizados se comportan para la defensa común de sus derechos e intereses en el contexto colombiano.

PALABRAS CLAVES

Agencia, Asociación sindical, Derecho, Empresa, Representación, Trabajador, Sindicato.

ABSTRACT

The defense of the rights and interests of workers in Colombia, through the exercise of labor union associations, may have direct implications on social interaction, productive capacity and quality of life in the country. When these effects are not considered, the workers and their leaders in labor union associations denaturalize the essence and teleology of syndicalism, and consequently its development generates negative outcomes for the intervening parts of the collective negotiation and for the society understood as a whole. The reasons why these effects are verified can be understood through the Agency Theory, which allows to break down the way in which unionized workers behave for the common defense of their rights and interest in the Colombian context.

KEY WORDS

Agency, Enterprise, Law, Representation, Syndical association, Syndicate, Worker.

CONTENIDO

CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DEL CONTEXTO NORMATIVO Y PRÁCTICO EN EL QUE SE HA DESARROLLADO EL SINDICALISMO EN COLOMBIA DESDE 1991	8
Coexistencia de Pactos Colectivos y Convenciones Colectivas.....	12
Derecho de asociación sindical a trabajadores independientes, asociados y misionales	14
Paralelismo sindical, pluralidad de convenciones y multiafiliación	17
Abuso del derecho de asociación sindical: el carrusel de los sindicatos.....	22
Determinantes estructurales prácticos (no normativos) del sindicalismo en Colombia ...	24
CAPÍTULO TERCERO: TEORÍA DE LAS DIEZ GARANTÍAS DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL COLOMBIANO	25
CAPÍTULO CUARTO: DEFINICIÓN DE LA TEORÍA DE LA AGENCIA Y EXPLICACIÓN SOBRE SU PERTINENCIA	28
CAPÍTULO QUINTO: INCIDENCIA DE LA TEORÍA DE LA AGENCIA EN EL DESARROLLO DEL SINDICALISMO COLOMBIANO	30
Ángulo Político	30
Ángulo Jurídico	31
Ángulo Económico:	31
La Escuela Nacional Sindical como referente informático para el sector obrero	36
CAPÍTULO SEXTO: ANÁLISIS DE LAS ACTAS PROFERIDAS POR LA COMISIÓN PERMANENTE DE CONCERTACIÓN DE POLÍTICAS SALARIALES Y LABORALES (CPCPSL)	37
Boletines:	39
Actas	40
Actas de las negociaciones del salario mínimo:.....	40
Decretos de fijación del salario mínimo en Colombia desde el 2010	43
Aplicación de los postulados de la Teoría de la Agencia.....	44
CAPÍTULO SÉPTIMO: CONCLUSIONES	46
CAPÍTULO OCTAVO: FUENTES Y REFERENCIAS	50
CAPÍTULO NOVENO: ANEXO ÚNICO	53

CAPÍTULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN

Colombia es un país que desde sus primeros pasos se ha visto sumergido en álgidas convulsiones sociales, económicas, políticas, religiosas y culturales. Es por esto por lo que, con el objetivo de estabilizarse y de generar convergencia social, ha importado figuras y modelos de índoles inabarcables, y los ha implantado en ocasiones de forma exitosa, y en ocasiones de forma desafortunada. La asociación sindical es una de esas figuras que este país decidió adoptar del derecho comparado de forma diáfana y despreocupada, esperando que con ello se solucionarían múltiples problemas sociales y se nivelaría paulatinamente la distribución de las cargas sociales y de la riqueza.

De esta forma, se comenzaron a organizar y unificar los trabajadores del país bajo esquemas sindicales, con el objetivo de reforzar sus posiciones frente a los empresarios y frente al gobierno, y lograr así la concesión de prerrogativas laborales y extralaborales. Para entender la importancia de este hito, es preciso tener bien presente que Colombia ha sido (y lo es aún) un país caracterizado por la desigualdad en la distribución del ingreso, de la riqueza, de las cargas y de las oportunidades; un país en el que las normas de juego han variado incontables veces sin que ello conlleve un cambio estructural real de la sociedad. Veamos lo que afirma Valencia Villa, quien realiza acotaciones precisas sobre la sociedad colombiana, como la que se observa a renglón seguido:

“[...] La consecuencia inmediata del reformismo constitucional en tanto prevención del cambio social es el culto del orden. Estabilidad institucional y continuidad política, que las más de las veces se convierten en la defensa del orden por el orden mismo, son los valores supremos, las deidades en la cultura cívica de los gobernantes de Colombia. Y ello a su vez ha hecho de la violencia, de la guerra civil tanto como de la guerra de guerrillas, una metodología política, una manera de hacer política y de participar en el debate público. Aquí radica tal vez la clave para descifrar esa coexistencia excepcional de la legalidad y la violencia que distingue entre todos al régimen político colombiano. [...]”¹.

En este complejo escenario es en el que se ha desempeñado el sindicalismo colombiano, asumiendo desde las más chocantes posturas anticapitalistas hasta las más conciliadoras posiciones defensivas de derechos mínimos; con notorias diferencias organizacionales al observar y comparar sindicatos por sustento ideológico. En ocasiones, incluso, se ha visto involucrado el sindicalismo colombiano en eventos subversivos e ilegales, donde se ha acudido a la violencia de forma desafortunada para la consecución de las garantías deseadas por los trabajadores; esto último denota la innegable connotación política de los sindicatos. Es en este punto donde es importante recordar que la interacción de los sindicatos con el resto del

¹ VALENCIA VILLA, Hernando. “Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano”. Panamericana Editorial Ltda. Bogotá. 2012.

mundo, tanto a nivel jurídico como político, se efectúa a través de sus órganos de representación, casi como una sociedad comercial tradicional. Y este es un elemento crítico para entender el funcionamiento y la realidad sindical colombiana, puesto que estos representantes tienen una libertad casi absoluta y una potestad por poco incuestionable de cara a la expresión absoluta y última del sindicalismo: la negociación colectiva. Entonces, surge el problema de agencia, frente al cual no se realizarán aspavientos prematuros para poderlo desarrollar con detenimiento y profundidad a lo largo de este escrito.

Los supuestos hasta ahora planteados no cobijan la totalidad de la esencia problemática del asunto, puesto que a ellos es necesario sumar el hecho de que el ordenamiento jurídico colombiano, en relación al derecho laboral colectivo, es realmente precario. Es claro que la inclinación de la protección jurídica está, a este respecto, encaminada a la protección de los derechos de los trabajadores; pero, esto en sí mismo no es un elemento que pueda ser considerado nocivo, sino que lo realmente pernicioso es que numerosas de aquellas disposiciones generan perjuicios a los mismos trabajadores que desean proteger, y otras muchas de ellas dañan a los empleadores sin que necesariamente ello se verifique en beneficios notables para los empleados. Es una regulación descuidada e irresponsable, consagrada desde el nivel constitucional (compréndase Constitución Política y Bloque de Constitucionalidad), pasando por el legal y reglamentario, y finalizando con operadores jurídicos como jueces y Ministerio del Trabajo.

Grosso modo, tenemos entonces que: los sindicatos y sus representantes se ven influenciados por un contexto histórico, social, político y económico considerablemente caótico; que los sindicatos y quienes con ellos interactúan parten, o deberían partir, de un conjunto normativo desordenado y contraproducente que señala las reglas de juego del derecho laboral colectivo; y, que los sindicatos se pueden ver influenciados por importantes circunstancias exógenas al sindicalismo, como sus intereses personales, su capacidad de negociar de forma eficiente, y diferentes elementos circunstanciales externos que afectan su disposición frente a la negociación y su aporte a la misma.

Finalmente, no debe dejarse de lado al sector empleador, que no es en el entorno sindical un sujeto pasivo o secundario, ni mucho menos. Es preciso tener presente que los empresarios han sido y son, en el modelo económico colombiano, quienes realizan actividades productivas que permiten la contratación de trabajadores y el consecuencial desarrollo del sindicalismo, y por ello es preciso incluirlos al analizar el impacto del régimen social y normativo vigente en el país sobre este fenómeno. Esto, con mayor énfasis aún al observar que los empleadores no solo deben lidiar con el desorden normativo a nivel del derecho laboral colectivo, sino que deben de sortear incongruencias y dificultades producto de normas comerciales y tributarias, entre otras ramificaciones del derecho que se verán implicadas dependiendo de la actividad productiva en cuestión, en un contexto socio económico de perennes traspiés.

De todo lo anterior se colige, tras una breve reflexión, que el sindicalismo tiene dos caras. La primera de ellas, la originaria y mediática: el sindicalismo es un mecanismo para proteger los derechos e intereses de los trabajadores; y, la segunda de ellas, la subyacente e inherente: el sindicalismo tiene un costo social, económico y político derivado del sufragio de las peticiones de los trabajadores, costo que se manifiesta en proporciones exacerbadas por cuanto que las normas y sus operadores se desvían de la teleología originaria del movimiento laboral colectivo. Es imprescindible procurar alguna especie de equilibrio entre estas dos realidades que se acaban de describir, dado que no se puede abusar tanto de los trabajadores que se desconozcan los grandes avances en materia de derechos del trabajo y se impida el desarrollo del capital humano; ni se puede ahogar a la empresa con erogaciones desproporcionadas y sin sentido, que impidan la realización de su objeto social, hasta tal punto que se vea obligada a cerrar y a despedir a todos sus trabajadores.

Cass R. Sunstein y Richard H. Thaler explican de forma excepcional las razones por las cuales es fundamental analizar de forma responsable el problema del sindicalismo, mediante una sencilla anécdota (asimilable por analogía a múltiples situaciones) que dice así:

“[...] Hace muchos años, en una ocasión en que Thaler tenía invitados para cenar (otros economistas, también jóvenes en aquellos tiempos), puso un gran cuenco de anacardos para picar con la primera botella de vino. Al cabo de unos minutos estaba claro que los anacardos iban a desaparecer y que después los invitados no tendrían suficiente apetito para disfrutar todo lo que se había preparado para la cena. Thaler pasó a la acción: cogió el cuenco de anacardos y (al tiempo que se comía unos cuantos) lo llevó a la cocina, donde lo puso en un sitio poco visible.

Cuando volvió al salón, los invitados le agradecieron que se hubiera llevado los anacardos. La conversación derivó de inmediato hacia la cuestión teórica de cómo era posible que les aliviara el hecho de no tener el cuenco de anacardos delante. [...] Un principio elemental de la economía (como de la vida diaria) es que nunca perjudica tener más opciones, porque siempre es posible ignorarlas. Antes de que Thaler retirase el cuenco, el grupo tenía las opciones de comer anacardos o no; después no las tenía. ¡En el país de los econs va contra la ley alegrarse de esto! [...].

En la terminología económica se diría que el comportamiento del grupo era *dinámicamente inconsistente*. Al principio, prefieren A a B, pero después escogen B en vez de A. [...]”².

Lo anterior permite colegir que la empresa, la economía y la sociedad son de alguna forma cuencos de anacardos. Estos cuencos deben ser consumidos con prudencia

² SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H. “Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad”. Penguin Random House Grupo Editorial S.A.S. Bogotá. 2017.

y razón, puesto que si el empresariado, los sindicatos de trabajadores o el gobierno deciden acabárselo en el presente, van a quedar llenos (o vacíos) y no podrán disfrutar del plato fuerte. El Paternalismo Libertario que propugnan estos autores implicaría crear un diseño institucional que permitiese que los agentes involucrados tomaran las decisiones más eficientes por su cuenta, pero ese es un proyecto que excede los propósitos y capacidades del presente estudio. Entonces esta investigación se limitará al análisis de los impactos socioeconómicos que implica el sindicalismo en los términos en los que se desarrolla en Colombia, desde la óptica de la Teoría de la Agencia, de tal forma que los operadores jurídicos involucrados puedan, tras su lectura, tomar decisiones un poco más acertadas -o un poco más conscientes, por lo menos-.

CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DEL CONTEXTO NORMATIVO Y PRÁCTICO EN EL QUE SE HA DESARROLLADO EL SINDICALISMO EN COLOMBIA DESDE 1991

Sin el ánimo de extender el estudio por fuera de las barreras que dicta la medida, sino con el objetivo de sentar bases sólidas para la comprensión holística del presente objeto de análisis, se realizará un somero análisis retrospectivo para poder entender de dónde vienen las figuras que hoy estudiamos, por lo menos a nivel nacional. Ello, teniendo bien presente la angustiosa premisa establecida por Guillermo Cabanellas hace más de medio siglo, pero tan vigente como cuando fue proferida; es la siguiente:

“[...] Esta legislación (la legislación laboral en Iberoamérica y en España) produce en mí el mismo efecto de una orquesta, integrada por personas sin conocimiento exacto del arte y de la técnica, a las que por azar se les entrega un instrumento musical. A cada uno de estos ejecutantes improvisados debemos reconocerle su *buena intención*, pero el resultado del concierto, en realidad, no podrá ser más desacorde, y en él habrá de todo, menos buena música. En la misma forma, estos ejecutantes *bien intencionados* de la legislación social dictan sus disposiciones, y el resultado es la falta de armonía que reina en esta materia, los frecuentes cambios, las contradicciones que se observan en los textos, la falta de sentido impreso a los mismos, las mutaciones rápidas de los sistemas y, en general, la carencia absoluta de armonía que es condición esencial para que una labor sea fructífera. [...]”³.

Fue en la primera mitad del siglo XX cuando tuvieron lugar las primeras aproximaciones serias al derecho laboral colectivo en Colombia, a partir de la expedición de algunas leyes⁴, modificaciones al artículo 44 de la entonces vigente Constitución Política de 1886⁵, y la ratificación de algunos acuerdos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁶. No obstante, fue realmente a partir de la expedición del

³ CABANELLAS, Guillermo. “El contrato de trabajo”. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires. 1963.

⁴ Particularmente la Ley 78 de 1919.

⁵ Especialmente la reforma promovida por Alfonso López Pumarejo en 1936.

⁶ Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), C011 de 1921.

Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 2663 de 1950) que se instituyó una regulación medianamente completa del asunto. Esta norma, que fue fuertemente influenciada por la OIT, tuvo como premisa fundamental la protección del trabajador en el contexto de una economía agrícola cerrada con algunas industrias incipientes que tenían garantizado el mercado interno.

Establecida quedó entonces la base del colectivismo sindical durante la mayor parte de la segunda mitad del siglo XX. No sobra decir que su aplicación se vio fuertemente influenciada la realidad política, social y económica del entorno nacional e internacional. Para establecer un marco contextual somero, es posible traer a colación algunos eventos como el Frente Nacional, que dividió al país y limitó fuertemente la participación política, y que tuvo como consecuencia probada la formación de fuertes y longevos grupos subversivos; la Guerra Fría, en la que tuvo lugar un conflicto ideológico mundial entre el modelo capitalista de Estados Unidos y el comunista de la Unión Soviética, con impactos importantes en el conflicto armado interno colombiano; y, hacia 1990, el gran cambio de modelo económico que se surtió en Colombia, donde se trocó el ineficiente esquema de Sustitución de Importaciones por el de Apertura Económica, más acorde a la realidad comercial mundial en un entorno de globalización.

Fue entonces con la expedición de la Ley 50 de 1990 que se trató de modernizar la legislación laboral colombiana con miras a la antedicha actualización de modelo económico. Esta norma es importante en el espectro sindical puesto que dispone la prohibición de atentar contra el derecho sindical, declara la personería jurídica automática para los sindicatos, renueva la regulación de los sindicatos mixtos y deroga la prohibición que limitada a los sindicatos participar en política, entre otras normas de derecho colectivo de equivalente importancia relativa. Para esta época, aunque parezca sorprendente, Colombia ya había ratificado otros cuatro convenios de la OIT en materia de derecho laboral colectivo⁷, lo que permite comprender de alguna forma que este organismo tripartito ha contado históricamente con una profunda reverencia o estima de parte del Estado colombiano, o que este país decidió otorgar al derecho laboral colectivo un puesto realmente importante dentro de su regulación interna.

Es notable la transformación que para esta época había atravesado el derecho laboral colectivo en Colombia, pero el verdadero punto de quiebre tiene lugar en 1991, año en que se expide la actual Constitución Política. Este cuerpo relaciona múltiples reglas y principios atinentes al desarrollo del derecho laboral colectivo y en especial del sindicalismo, de entre las que se destacan (por su específica pertinencia) los artículos 38 y 39 que consagran los derechos de libre asociación y de constitución sindical, y que generan las únicas limitaciones constitucionales al ejercicio del sin-

⁷ 1. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, C087 de 1948.

2. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, C098 de 1949.

3. Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, C151 de 1978.

4. Convenio sobre la negociación colectiva, C154 de 1981.

dicalismo, que son la sujeción al orden legal, la observación de principios democráticos en el ejercicio sindical y la imposibilidad de asociación sindical de los miembros de la fuerza pública; además, el segundo contempla el fuero sindical, de gran cabida en el contexto actual del sindicalismo colombiano⁸.

La importancia de estas normas de rango constitucional no es tanta para nuestro análisis por las implicaciones textuales de su contenido, como por la forma en la que este se ha desarrollado a nivel legal, reglamentario y jurisprudencial. Sobre todo por esta última vía han tenido lugar distintos y contradictorios desarrollos normativos, que, como se verá, han ocasionado una inclemente inseguridad jurídica proveniente de interpretaciones cuestionables por parte de las altas cortes, que ciertamente se han contradicho a este respecto en múltiples ocasiones. Y es que es a partir de esta inseguridad jurídica que los operadores jurídicos, consciente o inconscientemente toman decisiones de forma permanente, y con ello se hace referencia tanto al entorno sindical como al ámbito empresarial o al gubernamental; pero, como los sindicatos y sus representantes son el objeto de estudio de la presente tesis, es entonces pertinente comenzar el análisis atendiendo a la forma en la que el desarrollo normativo colombiano interfiere o afecta de forma positiva o negativa en las actuaciones de los trabajadores sindicalizados y de sus representantes sindicales, tanto en el entorno negocial, que es su razón de ser, como en la aplicación de las diferentes gabelas que dentro del ordenamiento jurídico colombiano se le otorga a los trabajadores que se sindicalizan con el objetivo de garantizar que la sindicalización verdaderamente sea un mecanismo capaz de garantizar la mejora de las condiciones laborales y extralaborales del país.

Esto cobra verdadera importancia por cuanto que las normas jurídicas son incentivos o desincentivos para la actuación de los trabajadores y de sus representantes, para la afiliación y desafiliación a sindicatos y para el comportamiento de los trabajadores sindicalizados en el ejercicio de los derechos y deberes derivados de la asociación sindical, aunque lo cierto es que no sean el único incentivo. En Australia, Borland y Ouliaris determinaron en 1994 que la decisión de sindicalizarse parte de una evaluación de los costos y beneficios esperados de la afiliación⁹. En Suecia, Rothstein afirmó en 1990 que:

⁸ Importante tener en cuenta que el fuero sindical ya había sido consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 405 y siguientes. También es preciso considerar desde ahora que el Fuero Circunstancial existe a nivel reglamentario desde la expedición del Decreto 2351 de 1965, artículo 25, y del Decreto 1373 de 1966, artículo 10. Nótese que este último fuero no se encuentra consagrado constitucionalmente, pero actualmente se le considera como una “[...] garantía de estabilidad laboral reforzada destinada a evitar la persecución sindical y las medidas destinadas a evitar los reclamos de los empleados (tanto sindicalizados como no sindicalizados). [...]” (Corte Constitucional, SU432/15), lo que demuestra que se le reconocen nexos directos con derechos fundamentales. Hoy en día existen en el derecho colombiano 14 fueros para los trabajadores, pero solo estos dos tienen implicaciones directas en el desarrollo del sindicalismo.

⁹ BORLAND, Jeff, y OULIARIS, Sam. “The determinants of Australian trade union membership”. *Journal of Applied Econometrics* 9.4. 1994.

“[...] si los trabajadores actúan racionalmente, no deberían sindicalizarse, ya que los beneficios que logran los sindicatos son bienes colectivos. Los trabajadores racionales deberían preferir transformarse en “*free riders*”, esto es, obtener los beneficios de la organización colectiva de la negociación sin contribuir al costo de la organización. [...]”¹⁰. (En Colombia este planteamiento no puede aplicarse de esta forma, dado que de acuerdo con el artículo 470 del Código Sustantivo del Trabajo, solo las convenciones celebradas por sindicatos que tengan más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa serán aplicadas a todos los trabajadores. Empero, sirve para reiterar el impacto del incentivo.)

En Inglaterra, Waddington y Whitston concluyeron en 1997 absolutamente lo contrario a Rothstein, y esto es que las razones por las cuales los individuos toman la decisión de sindicalizarse es el interés o la preocupación colectiva, el apoyo mutuo en el lugar de trabajo y el fortalecimiento de la posición obrera frente a los empleadores, el gobierno, y en general las condiciones adversas del mercado¹¹.

Finalmente, en Argentina, Marshall y Perelman encontraron en 2004 que:

“[...] varios factores, además del propósito de contribuir a la consecución de mejoras colectivas en las condiciones de trabajo y salariales, incidieron sobre la propensión a la sindicalización, entre ellos, el régimen legal que regula la actividad sindical, la negociación colectiva y la seguridad social. [...]”¹²:

Todo lo anterior lleva a pensar que un sistema jurídico como el colombiano puede estar induciendo los incentivos erróneos. Para comenzar a comprender la importancia de los incentivos en este caso, es conducente leer a Holmstrom y Milgrom, quienes afirman que:

“[...] The problem of providing incentives to agents and employees is far more intricate than is represented in standard principal-agent model. The performance measures upon which rewards are based may aggregate highly disparate aspects of performance into a single number and omit other aspects of performance that are essential if the firm is to achieve its goals. Commonly, the principal-agent problem boils down to this: Given a highly incomplete set of performance measures and a highly complex set of potential responses from the agent, how can the agent be motivated to act in the social interest?

Our approach emphasizes that incentive problems must be analyzed in totality; one cannot make correct inferences about the proper incentives for an

¹⁰ ROTHSTEIN, Bo. “Marxism, institutional analysis, and working-class power: the Swedish case”. *Politics & Society* 18:3. 1990.

¹¹ WADDINGTON, Jeremy, y WHITSON, Colin. “Why do people join unions in a period of membership decline?” *British Journal of Industrial Relations* 35.4. 1997.

¹² MARSHAL, Adriana, y PERELMAN, Laura. “Sindicalización: incentivos en la normativa sociolaboral”. *Cuadernos del IDES* 4. 2004.

activity by studying the attributes of that activity alone. Moreover, the range of instruments that can be used to control an agent's performance in one activity is much wider than just deciding how to pay for performance. One can also shift ownership of related assets, vary restrictions on the way a job can be done, vary limits and incentives for competing activities, group related tasks into a single job, and so on. [...]”¹³.

De esta forma, se comienza a avizorar que existen diversos roles en las relaciones sindicales, unas personas que fungen en calidad de trabajadores sindicalizados y otras que se desenvuelven como sus representantes frente al sector empresarial y al sector gubernamental, y cada uno recibe una serie de incentivos y desincentivos diferentes para desempeñar su función. Este entendimiento prematuro permite comprender que un sindicato es una organización compleja, tanto en su composición interna como en su relacionamiento externo. Por ello, es que en este punto se hace necesario comenzar con el estudio del desarrollo normativo concreto en que se ha visto inmerso el derecho laboral colectivo, especialmente en cuanto se refiere al derecho de asociación sindical, para de allí determinar si existen incentivos y en qué forma afectan a los trabajadores sindicalizados y a sus representantes. Para ello, se realizará una clasificación a partir del entendimiento jurisprudencial de algunos aspectos álgidos del desarrollo sindical; álgidos, por cuanto versan sobre términos de alta importancia para el desarrollo del sindicalismo.

Esto que se ha prometido, en los términos en que se puede observar a continuación:

Coexistencia de Pactos Colectivos y Convenciones Colectivas:

Desde 1950 existen en Colombia tres manifestaciones concretas del derecho laboral colectivo, a saber: Convenciones Colectivas, Pactos Colectivos, y Contratos Sindicales. Y, aunque pueda ser una afirmación quizá temeraria, es posible confirmar que hasta 1994 hubo una convivencia relativamente pacífica entre ellas. Pero, con la expedición de la Sentencia T-230 de 1994 se estableció la figura de la presunción de discriminación sindical cuando los Pactos Colectivos contuviesen prerrogativas superiores de alguna manera a las Convenciones Colectivas, desconociendo los siguientes elementos: (i) la libertad asociativa y configurativa de quienes participan en negociaciones colectivas. Libertad que ha de asumirse en sus dimensiones positiva y negativa; (ii) la posibilidad negocial de establecer prerrogativas superiores en la Convención Colectiva, frente a las que se establecen en el Pacto Colectivo, lo que tendría que considerarse como una discriminación para el trabajador que ha optado por no sindicalizarse; y, (iii) los costos implícitos, pero reales e imposibles de omitir, que implica el desarrollo del sindicalismo, en especial frente al desarrollo de los derechos políticos intrínsecos. Estos han de contabilizarse a la hora de comparar la base de ponderación entre un pacto y una convención.

¹³ HOLMSTROM, Bengt, y MILGROM, Paul. "Multitask principal-agent analyses: Incentive contracts, asset ownership, and job design". JL ECON. & Org. 7. 1991.

Estos son algunos apartes de esta sentencia:

“[...] Para que quien aplique el derecho justifique un trato diferenciado (entre la Convención Colectiva y el Pacto Colectivo) debe probar tres elementos: 1) empírico: que se trate de casos diferentes; 2) normativo: que exista un fin normativo que justifique racional y proporcionalmente la diferencia de trato y 3) valorativo: que la medida adoptada sea adecuada -razonable- a la luz de los principios y valores constitucionales. [...]”.

“[...] La libertad del empleador es siempre relativa al contexto y debe ser analizada como un valor relativo que no puede concebirse con independencia de los efectos que produce. Si el ejercicio de la discrecionalidad patronal trae como consecuencia la vulneración de un valor o principio esencial al sistema que regula las relaciones entre trabajadores y empresa, el derecho del empleador debe ceder frente al principio o valor. [...]”¹⁴.

Al parecer, esta tesis fue motivo de gran orgullo para la Corte Constitucional, debido a que inmediatamente, y sin mayor cavilación, reiteró la línea jurisprudencial por medio de copiosa jurisprudencia, de entre la que se pueden destacar la SU-342 de 1995, la SU-511 de 1995, la SU-596 de 1996, la SU-570 de 1996, la T-012 de 2007, la T-020 de 2007, la T-345 de 2007 y la T-069 de 2015. Se dispone a continuación un corto aparte de esta última sentencia, para confirmar la inmutabilidad de esta línea jurisprudencial:

“[...] Reglas jurisprudenciales respecto a las discriminaciones a trabajadores sindicalizados o los que se rigen por la convención: i. La creación injustificada de estímulos a los trabajadores no sindicalizados se erige en violación del derecho a la igualdad respecto de los trabajadores sindicalizados. Ello, porque la concesión de beneficios no justificados a los trabajadores que no hacen parte de un sindicato, promueve la deserción del sindicato, habida cuenta que sus miembros se ven discriminados en aspectos de su relación laboral, por el solo hecho de pertenecer a este tipo de asociaciones; ii. el derecho fundamental a la asociación sindical y a la igualdad se vulnera en el evento en que se exige al trabajador la renuncia al sindicato o de los derechos convencionales para acceder a los beneficios de un pacto colectivo; iii. La identificación de un pacto colectivo depende de los efectos que tiene sobre las relaciones laborales y no sobre el cumplimiento de las formalidades legales o reglamentarias. Entonces prima un criterio material para evaluar los acuerdos entre los empleados y los empleadores, los cuales pretenden resolver los conflictos colectivos; iv. Las cláusulas de los acuerdos pueden vulnerar los derechos a la asociación colectiva y a la igualdad cuando excluyen de forma injustificada a algún trabajador o cuando impiden su afiliación al sindicato o a la suscripción de la convención; v. el derecho fundamental a la asociación sindical se vulnera cuando se crea estímulos directos o indirectos para que los trabajadores se retiren del sindicato o con el fin de que los empleados no

¹⁴ Sentencia T-230 de 1994. Corte Constitucional. 1994.

sindicalizados beneficiarios de la convención renuncien a la aplicación del régimen convencional. [...]”¹⁵.

Frente a los postulados que se acaban de aducir, es importante tener en cuenta que aunque no se vea reflejado en el pensamiento de la Corte Constitucional, el ordenamiento jurídico colombiano consagra el derecho de asociación sindical como uno que se manifiesta tanto en el derecho que tiene el trabajador de afiliarse a un sindicato (dimensión positiva), como el derecho que le permite no afiliarse al mismo, sino a otro, o a ninguno (dimensión negativa). Entonces, partiendo de la eventual validez jurídica de la coexistencia de pactos y convenciones dentro de una misma empresa, no tiene un sentido claro el que, asumiendo estas dimensiones del derecho de asociación sindical, se deba obligar al establecimiento derechos y prerrogativas iguales en pactos y convenciones (o por lo menos, no mayores en el pacto frente a la convención). Un sinsentido, más aún cuando es claro que la afiliación a un sindicato no tiene solo implicaciones económicas, sino que su desarrollo implica un gran importe de desarrollos políticos y sociales previos, simultáneos y posteriores. Se tiene, entonces, un desentendimiento de los derechos de igualdad, negociación colectiva y asociación sindical, con base en una supuesta discriminación.

Derecho de asociación sindical a trabajadores independientes, asociados y misio- nales

Una de las providencias más sorprendentes que ha expedido la Corte Constitucional es la Sentencia T-648 de 1999. Sorprendente, por cuanto se apropia del papel del legislador para establecer que el derecho de negociación colectiva no es propio y exclusivo de quienes tienen un contrato de trabajo, como se establece en la Constitución, en el Código Sustantivo del Trabajo, y en absolutamente todas las normas positivas que tocan este aspecto del Derecho Laboral Colectivo, sino que aplica también para los trabajadores independientes, y en general, para quien realice una labor. Veamos:

“[...] puesto que trabajo es, tanto la actividad que se ejecuta bajo subordinación en el marco de una relación laboral contractual o reglamentaria, como la que realizan sin subordinación y sin relación laboral los trabajadores independientes, resulta que el derecho a condiciones dignas y justas en su ejercicio, consagrado en los artículos 25 y 53 de la Carta Política para toda persona, se extiende más allá del grupo conformado por los empedados vinculados contractual o reglamentariamente con su empleador, y cubre a todos los trabajadores, así el desarrollo legal de este derecho no sea igual para todos ellos. [...]”¹⁶.

Compleja línea jurisprudencial, sin duda. No fue posible encontrar, en el desarrollo del presente estudio, otras sentencias que extendieran o explicaran las implicacio-

¹⁵ Sentencia T-069 de 2015. Corte Constitucional. 2015.

¹⁶ Sentencia T-648 de 1999. Corte Constitucional. 1999.

nes de esta providencia, que tampoco se ha visto desarrollada a nivel legal o reglamentario (siendo esto último bien razonable, puesto que implicaría la derogatoria o modificación de la segunda parte del Código Sustantivo del Trabajo).

Por el contrario, existe jurisprudencia que permite comprender que el derecho de asociación sindical lo pueden ejercer de forma exclusiva y excluyente quienes tienen contrato de trabajo, son servidores públicos o se encuentran afiliados a un contrato sindical. En este sentido, se tiene la Sentencia de Radicado N°2014 – 00077 – 01, proferida el 06/03/15 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en donde se afirma que una persona asociada a una Cooperativa de Trabajo Asociada no tiene la calidad de trabajador sino la de trabajador asociado, y en consecuencia no le corresponde derecho de asociación sindical:

“[...] Nótese que todas las disposiciones legales sustantivas y procedimentales citadas, se refieren a la condición de trabajador cuando hacen alusión a la conformación de los sindicatos o a las exigencias para pertenecer a un ente de esta naturaleza y por su puesto a su junta directiva, luego, en conformidad con lo anterior, para la Sala es claro que es condición *sine que non* tener la calidad de trabajador para ser miembro de un sindicato de industria o de su junta directiva como la de *Sinditra*, organismo al que se afilió el demandante y posteriormente fue elegida como miembro de su junta directiva.

[...]

Bien, no es de recibo el argumento expuesto por el Juez de conocimiento cuando dijo que no hay norma que impida a un trabajador asociado afiliarse a un sindicato y tener la protección foral, porque si bien no existe tal norma, lo cierto es que si hay norma expresa que indica quienes tienen el derecho de asociación, [...]

Así las cosas, al quedar demostrado la condición de trabajador asociado del demandante, significa que no ostentaba la condición de trabajador, indispensable para ser afiliado a la organización sindical mencionada, y con más razón a su junta directiva. [...]”¹⁷.

Esta última sentencia es reiterada por la Corte Constitucional colombiana, de tal forma que se contradice a sí misma, cuando, en el caso de una falsa cooperativa de trabajo asociado (falsa, por cuanto se probó que su objetivo no era el cooperativismo en la forma en la que lo regula la Ley 79 de 1988 sino el ocultamiento de una relación laboral), se determinó que lo que existía era una relación laboral y solo bajo ese entendido era válida la asociación sindical. Este es el tenor literal usado por la corporación de cierre:

¹⁷ Sentencia de Radicado N°2014 – 00077 – 01, proferida el 06/03/15 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

“[...] si bien formalmente los accionantes eran asociados, como quedó acreditado en el punto anterior, en realidad lo que existía entre los actores y la empresa Productos Químicos Panamericanos S.A. era una verdadera relación laboral, por lo que resultaba perfectamente posible que los mismos se afiliaran a Sintraquim a fin de que esta organización sirviera de instrumento para mejorar sus condiciones laborales, pues se reitera estos ostentaban la calidad de trabajadores independientemente de que su vinculación se hubiera dado a través de cooperativa de trabajo asociado. [...]”¹⁸.

Por otro lado, la reciente sentencia 2229-2014 expedida el 08 de agosto de 2019 por el Consejo de Estado¹⁹, establece que los trabajadores en misión pueden afiliarse a uno o varios de los sindicatos de la industria a la que pertenezca la empresa a la cual son enviados, y la empresa de servicios temporales que los empleó deberá recibir todos los pliegos de peticiones que le sean presentados por este medio, así como que deberá de otorgar todas las garantías que se deriven del desarrollo del sindicalismo. Expongamos algunos de los apartes más impactantes de esta providencia:

“[...] los trabajadores en misión gozan en igualdad de condiciones, de las garantías y derechos establecidos en la legislación laboral, para la generalidad de los trabajadores; lo cual, en criterio de la Sala, incluye, como es obvio, el disfrute de todos los derechos y garantías sindicales. [...]”. (Para fundamentar esta teoría a nivel internacional, la sala cita el Convenio 181 de la OIT, que NO ha sido ratificado por Colombia).

“[...] el concepto de “industria” no debe concebirse desde un punto de vista restringido y formal, sino que debe entenderse en un sentido amplio y material, con el fin de extender las garantías a los derechos sindicales consagrados en la Constitución Política de 1991 y en los instrumentos internacionales ya citados, y de esta manera, importante es que el trabajador o trabajadores, respecto de los que exista duda o controversia sobre sus afiliaciones a un sindicato de industria, material y efectivamente presten sus servicios o desarrollen sus labores en empresas de un mismo ámbito de producción, sin paramientos, o sin importar la clase de vínculo laboral. [...]”.

“[...] no existen limitaciones para que un trabajador que se encuentra prestando sus servicios “en misión”, en alguna empresa de las diferentes ramas de la economía, pueda afiliarse al sindicato o sindicatos “de industria” conformado por los trabajadores de tales sectores económicos; ello en virtud del hecho mismo de realizar o prestar, materialmente y efectivamente, labores en la respectiva rama o sector de la industria o de la economía. [...]”.

¹⁸ Sentencia T-616 de 2012. Corte Constitucional de Colombia. 2012.

¹⁹ Sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho. Expediente: 11001-03-25-000-2014-00716-00 (2229-2014). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Lo que se acaba de elucidar ciertamente no permite un entendimiento tranquilo del derecho de asociación sindical, porque es claro que en Colombia existen actualmente reguladas múltiples formas de trabajar que no se compadecen con la ortodoxa relación laboral del Código Sustantivo del Trabajo y sus tres elementos esenciales, que es la relación para la cual fue ideado y consagrado el derecho de asociación sindical. De esta forma, se tiene que pese al rango constitucional que tutela el derecho de asociación, su regulación actual solo permite la taxativa aplicación a quienes cuentan con un contrato de trabajo, los servidores públicos y los trabajadores adscritos a un contrato sindical, a pesar de que los altos tribunales del país obscurezcan su rango de cobertura.

Paralelismo sindical, pluralidad de convenciones y multifiliación

El artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo define las Convenciones Colectivas como el acuerdo voluntario que “[...] se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.”.

Se entiende por paralelismo sindical la posibilidad de existencia simultánea de más de un sindicato en una empresa, y la pluralidad de convenciones se comprende como un fenómeno consecuencial al paralelismo sindical, por cuanto que trata de la presencia de más de una convención colectiva en una empresa. Por otro lado, la multifiliación es el fenómeno por medio del cual se consagra la posibilidad de que un trabajador se encuentre afiliado a un mismo sindicato de forma contemporánea, pero, y cuidado con esto, no debe entenderse que el trabajador puede estar cobijado por los beneficios de más de una convención al tiempo, ni por las prerrogativas derivadas de una convención y un pacto; se supone que el trabajador se afilia a varios sindicatos, mas escoge una sola convención²⁰.

Para desarrollar un aparte tan delicado como el presente, es preciso comenzar por la contemplación de la forma en que se han manifestado las Cortes al respecto, que es la que se observa a continuación:

La Sentencia C-567 de 2000, comienza por analizar diferentes explicaciones académicas que permiten entender el porqué de la existencia de sindicatos de empresa debe limitarse en número, aludiendo a que la existencia de varios sindicatos impide que los empleadores enfrentados a un sindicato de base fuerte, propicien la creación de otro sindicato de base que le quite fortaleza al primero; que al limitar la existencia de un solo sindicato de base en una misma empresa, se fortalece la representación de los trabajadores. A pesar de que no es analizado en esta providencia, también es preciso es considerado pacíficamente que cuando existe más de un sindicato de empresa, es posible que se encarezcan los elementos negociales y se pierda efectividad (esto es, se disminuye el margen de maniobra por complejizarse

²⁰ Para profundizar a este respecto atiéndase la Sentencia del 29/04/08, rad.: 33988, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

la relación costo-beneficio de los pliegos de peticiones considerados de forma general).

Tras la realización de las anteriores elucubraciones, la Corte Constitucional determina que: “[...] al continuar con la comparación del artículo 39 de la Constitución, en cuanto que garantiza a todos los trabajadores el derecho de constituir sindicatos, y de las disposiciones del Convenio 87 de la OIT, especialmente en el artículo 2, que dice que todos los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, se concluye que la prohibición legal de formar sindicatos de base en una misma empresa, cuando ya exista otro, resulta injustificada a la luz de la garantía expresa de la Constitución de 1991. [...]”.

Frente a la representación, que se complejiza de forma considerable al adoptar esta tesis, la corporación en cuestión afirma en la antedicha Sentencia C-567/00 que: “[...] Es claro para la Corte que si un grupo de trabajadores constituye y se afilia a un sindicato, este, para la efectividad del ejercicio del derecho de asociación sindical, tiene la representación de tales trabajadores; y, siendo ello así, resulta violatorio del artículo 39 de la Carta imponerle por la Ley que esa representación deba necesariamente ejercerla “conjuntamente” con otro u otros sindicatos si ninguno agrupa la mayoría de los trabajadores de la empresa, pues eso menoscaba, de manera grave la autonomía sindical [...]”²¹. Con base en estas consideraciones fue que la Corte Constitucional decidió declarar inexecutable el mecanismo por medio del cual se ejercía la representación sindical consagrado en el artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, porque se dijo que:

1. Pueden coexistir dos o más sindicatos de base;
2. La representación la ejerce de forma independiente cada sindicato respecto de sus trabajadores afiliados.

Cualquier persona, incluso si es ajena a las vicisitudes consustanciales de una negociación colectiva, podrá suponer lo que implica una negociación desde la vigencia de esta línea jurisprudencial, que fue reiterada por la Sentencia C-797 del 2000, donde se dijo literalmente que: “[...] corresponde a las organizaciones sindicales en forma autónoma definir lo relativo a la representación. [...]”²².

Esta última sentencia es importante no solo por la antedicha reiteración, sino también porque en ella la Corte Constitucional esclareció los componentes de la libertad sindical, que serían entonces los siguientes:

1. Derecho de agrupación para los trabajadores, sin distinción. Este se manifiesta en la posibilidad de afiliación, de no afiliación y de retiro.

²¹ Sentencia C-567 del 2000. Corte Constitucional. 2000.

²² Sentencia C-797 del 2000. Corte Constitucional. 2000.

2. Derecho de constituir organizaciones sindicales de forma automática, sin intervención del Estado o de terceros.
3. Derecho de determinar las reglas de para el funcionamiento interno de las organizaciones sindicales. Este, limitado por la sujeción al orden legal y a los principios democráticos.
4. Derecho de organizar libremente planes de acción en defensa de sus intereses.
5. Derecho a que su personería jurídica no pueda ser cancelada por vía administrativa, sino solo por vía judicial.
6. Derecho para las organizaciones sindicales para constituir federaciones y confederaciones.
7. Prohibición para las autoridades públicas de obstaculizar el disfrute del derecho de libertad sindical.

Volviendo al tema de la representación sindical en la negociación colectiva, es imprescindible atender a la Sentencia C-063 de 2008 por cuanto en ella se dispone que “[...] el impedimento absoluto a los sindicatos minoritarios, de negociar colectivamente, no atiende los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y vulnera no solo el derecho de negociación colectivo sino también el de libertad sindical, eje fundamental de los derechos de los trabajadores, como pasa a explicarse. [...]”²³, lo que reitera el antes citado pensar de la Corte Constitucional. Sin embargo, de esta sentencia es más importante aún que la Corte afirma que “[...] la exclusión del ordenamiento jurídico de la norma acusada (artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo) no habría de conducir a la atomización de las negociaciones y al desmedro de la seguridad jurídica de las relaciones laborales, ya que no se trataría de multiplicar las negociaciones y las convenciones en función del número de sindicatos existentes, sino de asegurar la participación directa de cada uno de tales sindicatos en las negociaciones que conduzcan a la suscripción de la correspondiente convención colectiva de trabajo. [...]”.

El presente es un caso en el que se observe un grave “choque de trenes” entre el tribunal de cierre y la Corte Suprema de Justicia, dado que este último tribunal considera en sentido contrario que cada sindicato suscribe su propia convención salvo que en atención al Decreto 089 de 2014 decidan voluntariamente comparecer a la negociación colectiva con un solo pliego de peticiones e integrar conjuntamente la comisión negociadora sindical. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la Sentencia SL8693/14 (rad. 59713), que textualmente afirma que:

²³ Sentencia C-063 del 2008. Corte Constitucional. 2008.

“[...] para la negociación colectiva, y con independencia de si tiene o no la condición mayoritaria, cada organización sindical tiene su propia representatividad, circunstancia que permite afirmar que también pueden adelantar válidamente un conflicto colectivo de trabajo hasta su culminación, y así mismo, que sea posible la existencia de más de una convención colectiva de trabajo en una empresa, lo que significa que ahora nada impide que otra asociación sindical promueva un conflicto colectivo de trabajo, el cual debe o puede culminar en la suscripción de otra convención colectiva, o en casos como el presente, con la expedición de un laudo arbitral.

Ahora bien, cuando en una empresa coexistan varias convenciones colectivas de trabajo, los trabajadores solo pueden beneficiarse de una de ellas, la que más convenga a sus intereses, sin que se pueda perder de vista que frente a la suscripción de diversas convenciones por parte no solo de sindicatos minoritarios sino de cualquier organización sindical, cada afiliado en principio será beneficiario de la convención que suscriba el sindicato al cual pertenezca [...]”²⁴.

Nótese como en este último párrafo la Corte Suprema de Justicia realiza la conexión que antaño se realizó, respecto de que los trabajadores solo pueden beneficiarse de una de las convenciones vigentes, sin importar que estén afiliados a más de un sindicato. Se entiende, no obstante, que son ellos mismos quienes deben de realizar la elección de acuerdo a criterios de mayor conveniencia personal.

Teniendo en cuenta el importante vacío normativo producto de la declaración de inexecutable de las normas relativas a la representación sindical consignadas en el artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, decidió el ejecutivo expedir el antes citado Decreto 089 de 2014. En el Artículo primero de este cuerpo se establece que:

“Cuando en una misma empresa existan varios sindicatos, estos, en ejercicio del principio de la autonomía sindical, podrán decidir, comparecer a la negociación colectiva con un solo pliego de peticiones, e integrar conjuntamente la comisión negociadora sindical.

Si no hubiere acuerdo, la comisión negociadora sindical se entenderá integrada en forma objetivamente proporcional al número de sus afiliados y los diversos pliegos se negociararán en una sola mesa de negociación para la solución del conflicto, estando todos los sindicatos representados en el procedimiento de negociación y en la suscripción de la convención colectiva.

Los sindicatos con menor grado de representatividad proporcional al número de sus afiliados, tendrán representación y formarán parte de la comisión reguladora. [...]”.

²⁴ Sentencia SL8693 del 2014, radicado No. 59713. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. 2014.

Importante aducir en este punto que de acuerdo con el texto de las consideraciones que anteceden al cuerpo normativo de este decreto, la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), en una comunicación remitida al Ministerio del Trabajo, consideró que el entonces proyecto de decreto se compadecía con la orientación internacional de la OIT y establecía lineamientos que permitirían mejorar el diálogo social-laboral y evitar la atomización del sindicalismo; la Federación Nacional de Comerciantes (FENALCO) dijo a su vez, en comunicación enviada al Ministerio del Trabajo, que el decreto promovía el derecho de asociación y la negociación colectiva. Por otra parte, las principales confederaciones sindicales del país, a saber: CUT, CGT, CTC, afirmaron frente al decreto en cuestión que era importante fomentar la unidad sindical, pero no se refirieron a la conducencia de las estipulaciones normativas.

Gernigon, Otero y Guido, al parafrasear a manera de síntesis los principios de la OIT sobre el Derecho de Negociación Colectiva, establecen que, de acuerdo con este centenario organismo internacional, “[...] Es admisible que el sindicato que represente a la mayoría o a un porcentaje elevado de trabajadores de una unidad de negociación hoce de derechos preferenciales o exclusivos de negociación, pero cuando ningún sindicato reúna esas condiciones o no se le reconozcan tales derechos exclusivos, las organizaciones de trabajadores deberían cuando menos estar en condiciones de concluir un convenio o acuerdo colectivo en nombre de sus afiliados. [...]”²⁵. Esto demuestra entonces que los antaño eminentes principios de Unidad de Negociación y Unidad de Convención no se encuentran actualmente dentro de la agenda internacional del derecho colectivo.

Se tiene entonces una comprensión parsimoniosa a este respecto por parte de la OIT, el Ministerio del Trabajo, las organizaciones de empresarios y las confederaciones sindicales. No obstante, hay un grave dislate entre el máximo tribunal de cierre, que es la Corte Constitucional Colombiana y la Corte Suprema de Justicia, lo que evidentemente genera confusión frente a los operadores jurídicos que deben decidir la forma en la que se realiza o se practica la esencia fundamental del sindicalismo, que es la negociación colectiva.

Además, al profundizar un poco más en las implicaciones prácticas de este cuerpo de normas, se colige con facilidad que es confuso el tema respecto de los fueros sindical y circunstancial, ¿A quiénes beneficia? ¿Quiénes deben considerarse protegidos? Esto, por cuanto pueden existir tantos sindicatos en una empresa como intereses “independientes”, y que cada uno puede presentar su propio pliego, y que cada uno tendrá sus fundadores y sus juntas directivas; y, además, se encuentra una relación directa de este elemento con la problemática de atomización sindical, frente a la que los tres sectores implicados encuentran dificultades insolutas, puesto que el sector empleador y gobierno afirman que su gestión se torna excesivamente onerosa, y el sector obrero sostiene que tiene como efecto la devastación de la posición sindical, que unificada logra fortaleza en los pedimentos.

²⁵ GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio. “La negociación Colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control”. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 2000.

Abuso del derecho de asociación sindical: el carrusel de los sindicatos

La figura de asociación sindical, cuya teleología es de lo más loable, ha sido usada en numerosas ocasiones de forma abusiva por parte de algunos empleados, que desnaturalizan la finalidad de la norma para lograr beneficios personales. Esto no debe extrañarnos, puesto que es la más vieja de las historias; véase por ejemplo la frase acuñada por Tito Maccio Plauto en *Asinaria*²⁶, al rededor del 210 a.C.: “*Lupus est homo homini non homo, quom quialis sit non novit*”, que traduce algo como: Lobo es el hombre para el hombre, y no hombre, cuando desconoce quién es el otro. Se observa que desde los comienzos de la civilización, se ha considerado que el hombre es capaz de abuso y daño a su prójimo.

Esta realidad fue acuñada por el pensador inglés T. Hobbes, quien en su obra *El Leviatán*²⁷ realizó las consideraciones que simplificamos a continuación:

- El hombre es un dios para el hombre.
- El hombre es un lobo para el hombre.

Para entender esto es imprescindible partir del presupuesto teórico del “Estado de Naturaleza”, establecido por los teóricos contractualistas, como la situación hipotética en la que se encuentra el hombre por fuera de la sociedad civil. En este estado, todos los hombres procuran su supervivencia por cualquier medio que se les posibilite, lo que trae de la mano una relación de enemistad entre ellos, que deben competir azarosamente. Se añade a lo anterior que todos los hombres son relativamente iguales en cuanto a facultades y posibilidades, por lo que nadie puede imponerse de forma garantizada. Esto da lugar a que el hombre sea un lobo para el hombre. Empero, dentro de los hombres los hay quienes son prudentes o sabios, y promueven la creación de sociedades regidas por leyes que limitan el consabido Estado de Naturaleza y promueven la creación de un Estado que permita garantizar un respeto entre determinados derechos y deberes reconocidos a los hombres, que pasan a ser una especie de dios por permitir la supervivencia social por medio de la convivencia.

Hasta ahí el desarrollo histórico y teórico de las relaciones entre los hombres puesto que este no es un tratado de filosofía, ya que a partir de lo expuesto es viable entender con facilidad que solo las sociedades civiles que construyen buenas leyes y garantizan su cumplimiento van a evitar el resurgimiento del lobo interno que es inherente al hombre. Colombia no parece ser el caso de una sociedad de sabios, y la regulación del sindicalismo en este país es un gran ejemplo de una que es permisiva y permite abusos. Es entonces a instancias jurisprudenciales donde tienen que llegar los casos de abuso para requerir un tardío restablecimiento de las condiciones de justicia con base en principios de índole constitucional y no con base en

²⁶ TITO MACCIO, Plauto. “*Asinaria*”. 210 a.C.

²⁷ HOBBS, Thomas. “*Leviatán: o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil.*” No. 320.1 H62y 1980. 2003.

la regulación originaria, lo que es sin duda alguna ineficiente frente a la situación deontológica antes ilustrada.

A continuación se esbozan consideraciones proferidas por la Corte Constitucional en dos de los casos que han surtido proceso hasta su conocimiento, para constatar así la realidad de la problemática:

1. Sentencia T-809 de 2005: “[...] Con la creación del sindicato mencionado se pretendió asegurar a los afiliados una protección temporal de sus cargos, ante la inminente decisión de suprimirlos. Se trata, entonces, de un procedimiento mediante el cual se utilizan las herramientas creadas para proteger a los trabajadores con un fin distinto a aquél para el que fueron creadas. [...]”²⁸.
2. Sentencia T-215 de 2006: “[...] Naturalmente la Corte Constitucional no ha sido ajena a la línea jurisprudencial, según la cual, no se está en presencia de una vulneración a los derechos sindicales, especialmente el de fuero, cuando a partir del abuso del derecho bajo la manta de conformar múltiples sindicatos dentro de una misma empresa, se determina que no se cumple con el fin primario del sindicato que no es otro que el de buscar la protección de los derechos del trabajador; por demás los principios generales del derecho laboral indican que el fuero sindical es un mecanismo de protección establecido primariamente en favor del Sindicato, y solo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. [...]”²⁹.

El periodismo nacional ha dado con la oportuna ocurrencia de denominar a estos eventos de abuso como “Carruseles de Sindicatos”, siendo esta primera palabra su apelativo favorito cuando se trata de eventos fraudulentos relacionados con corrupción en entornos donde se verifica nepotismo o apropiación sin solución de continuidad frente a determinados cargos, especialmente cuando estos son en entidades públicas. No sobra aducir en este punto que estas vicisitudes se pueden desarrollar bajo la textualidad de la normativa colombiana, y que actualmente solo pueden deshacerse bajo la intromisión judicial profunda, y no siempre atinada. Se colige finalmente que algunos sindicatos, en ocasiones por medio de sus representantes y en ocasiones por iniciativa de los más vivos de los trabajadores sindicalizados, se aprovechan de la obscuridad del ordenamiento jurídico colombiano en cuanto al derecho laboral colectivo para sacar provecho para sí, en desmedro de los derechos de sus empleadores y de la sociedad misma.

²⁸ T-809 de 2005. Corte Constitucional. 2005.

²⁹ T-215 de 2006. Corte Constitucional. 2006.

Determinantes estructurales prácticos (no normativos) del sindicalismo en Colombia

De acuerdo con Guataquí, Rodríguez y García, la información disponible en el entorno colombiano es un obstáculo estructural frente a la realización de estudios sobre la sindicalización en Colombia. Empero, sostienen que los determinantes de la participación en asociaciones sindicales pueden dividirse en dos grupos: 1) Los determinantes estructurales (género, edad, escolaridad, tamaño de la firma, perfil ocupacional, geografía, tipo de contrato); y, 2) Los determinantes no estructurales (legislación laboral y componentes del entorno). Haremos una somera remisión a los resultados encontrados por estos autores frente a los determinantes estructurales (dado que los no estructurales los hemos analizado a profundidad hasta el momento), para ubicar nuestro estudio en un contexto real:

- Escolaridad: Hay mayor escolaridad en el sindicalismo público que en el privado. La mayor densidad sindical la presentan los grupos de primaria completa y secundaria incompleta.
- Geografía: No es posible establecer relación entre la tasa de densidad sindical y el criterio geográfico. Tampoco a partir del tamaño del mercado laboral. Esto, dado que las diferencias son considerables al diferenciar entre el sector público y el sector privado.
- Tamaño de la firma: En el sector privado, la densidad sindical se centra en las grandes firmas. En el sector público, no hay mayor diferencia a este respecto.
- Perfil ocupacional: En el sector privado, la densidad sindical se centra en los cargos de mayor rango. En el sector público, todo lo contrario.
- Tipo de contrato: Las características del contrato laboral no están estrechamente correlacionadas con la existencia de relación sindical. Aunque se observa mayor probabilidad de sindicalización en las personas con contrato a término indefinido.
- Edad: Es claro que la edad tiene un efecto creciente sobre la probabilidad de afiliación sindical.
- Género: Se evidencia que los hombres tienen mayor probabilidad de afiliación a un sindicato que las mujeres.

A manera de conclusión, afirman los autores: “[...] se encuentra que individuos de sexo masculino, o con mayor escolaridad o experiencia presentan una mayor probabilidad de pertenecer a una asociación sindical. Así mismo, las variables de empleado público, *blue-collar*, firma grande y contrato a término indefinido presentan un efecto positivo en esta probabilidad. Es importante anotar que la diferencia entre la probabilidad de pertenecer a un sindicato creciente con la edad para todas las

características socioeconómicas de los trabajadores. [...]”³⁰. Estos elementos prácticos de la estructura de los sindicatos en el país es importante puesto que permite establecer un punto de partida para entender la forma en que los trabajadores sindicalizados reciben los incentivos y desincentivos, dado que es importante tener en cuenta que no solo los elementos normativos determinan el actuar de los trabajadores y sus representantes, sino que, como se vio con antelación, existen múltiples e incontables factores que pueden o no afectar el comportamiento de una persona, en circunstancias variantes.

Para cerrar este capítulo es entonces importante concluir con la importancia del incentivo negativo que el ordenamiento jurídico colombiano implica para el ejercicio del sindicalismo en el país; esto, por cuando es innegable la obscuridad y contradicción inherente que se pudo elucidar en solo algunas de las normas que se consideró oportuno estudiar en el presente caso, sin que por ello se pretenda afirmar que son las únicas normas que generan contradicción, ni que todas las normas cuentan con vicios en este sentido. Como se verá posteriormente, estos vacíos y confusiones jurídicas pueden generar riesgos comportamentales respecto de los trabajadores, al momento de elegir a sus representantes y determinar su mandato en atención a sus necesidades particulares; y respecto de los representantes sindicales, al momento de ejecutar el mandato en atención a su campo de acción y posibilidad de desviación del mandato. Esta realidad es parte del conglomerado de postulados de la Teoría de la Agencia que se desarrollarán en su debido momento.

CAPÍTULO TERCERO: TEORÍA DE LAS DIEZ GARANTÍAS DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL COLOMBIANO

Se ha establecido entonces que el sindicalismo colombiano ha sido una ardua lucha por los derechos de los trabajadores, en la que trabajadores, empresarios y operadores jurídicos se han batido contra trabajadores, empresarios y operadores jurídicos en una lid no tan franca de la que se deriva el desarrollo actual del sindicalismo en el país y de los derechos obreros que de este movimiento se desprenden. Esto, que *prima facie* parece contradictorio, es una realidad indefectible porque tanto benefactores como contradictores del sindicalismo son agentes de distinta naturaleza: muchos de quienes más han ayudado al sindicalismo son parias para el movimiento obrero, y muchos de quienes más le han perjudicado son considerados como mártires o adalides.

Es la realidad que se acaba de describir la que, a raíz del desarrollo normativo -especialmente jurisprudencial- elucidado en el capítulo anterior, y del desenvolvimiento práctico que estas normas han tenido en el contexto social, político y económico de Colombia, que el Dr. Santiago Villa Restrepo coligió la Teoría de las Diez

³⁰ GUATAQUÍ, Juan Carlos, RODRÍGUEZ, Mauricio, GARCÍA, Andrés Felipe. “Determinantes estructurales de la sindicalización en Colombia”. Universidad del Rosario. Facultad de Economía. Serie “Documentos de trabajo” No. 58. (2009).

Garantías del Derecho de Asociación Sindical Colombiano³¹, que será de gran utilidad para los propósitos del presente escrito. Este somero y preciso extracto de la realidad sindical colombiana permite entender que en el ordenamiento jurídico colombiano se han perfeccionado una serie de garantías para el desarrollo del sindicalismo, que serán descritas de forma somera a continuación:

1. Libertad para asociarse o no a un sindicato: esta libertad implica la posibilidad de afiliarse o no afiliarse a un sindicato, y de escoger a cuál sindicato afiliarse. Aplica también respecto de la libertad que poseen los sindicatos para escoger o no una federación, y respecto de la libertad que poseen las federaciones para conformar o no confederaciones. Debe entenderse entonces en su sentido positivo y en su sentido negativo.
2. Autonomía sindical, que se manifiesta en:
 - a. Libertad estatutaria: entendida como la facultad que tienen los sindicatos, federaciones y confederaciones para autorregularse.
 - b. Personería jurídica automática: dado que ni el Estado ni los empleadores ni los trabajadores pueden afectar el derecho a obtener la personería jurídica de un sindicato. Esto, considerado con impacto exponencial puesto que el Ministerio del Trabajo, que cumple función de depósito, no puede pronunciarse sobre la legalidad de la conformación, sino que es el empleador quien debe acudir a la justicia laboral ordinaria si considera que existe algún vicio.
3. Fuero sindical: protección a los fundadores, a quienes se afilien antes del registro sindical, a los miembros de las juntas directiva y subdirectiva, y a los miembros de la comisión estatutaria de reclamos. Protección que se perfecciona al pretender evitar la desmejora de las condiciones laborales, el traslado o el despido de trabajadores subordinados. A manera de anotación frente al desarrollo práctico de esta garantía, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con el autor de esta teoría, el hecho de que desde que existe la personería jurídica automática de los sindicatos implica la pérdida inherente de la importancia de la protección foral de los fundadores de un sindicato. Esto, por cuanto que esta protección era relevante cuando se tenía que esperar a que el Ministerio del Trabajo reconociese la personería, y durante este periodo en que no había sindicato, podían ser los trabajadores despedidos de forma discriminatoria. Existe la protección y debe respetársela, pero desde el punto de vista teleológico, no hay razones reales para su existencia.

³¹ VILLA RESTREPO, Santiago. “El derecho de Asociación Sindical solo lo pueden ejercer los trabajadores con contrato de trabajo salvo para celebrar un contrato sindical”. Publicado en “Derecho Laboral, Seguridad Social y la Empresa”. DIKE Biblioteca Jurídica. (2017): 129-169.

4. Permisos sindicales: son concesiones al sindicato para llevar a cabo funciones desarrolladas con su objeto social. Siempre deben estar sujetas a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.
5. Huelga: es un mecanismo de presión de los trabajadores hacia el empleador, con el fin de intentar alcanzar los beneficios solicitados y que fueron imposibles de obtener por medio de la negociación.
6. Negociación colectiva: mecanismo de concertación de derechos colectivos.
7. Derecho de reunión: posibilidad que tienen los trabajadores de reunirse en asambleas, comités o congresos.
8. Cuotas sindicales: el empleador tiene la obligación de efectuar la deducción sobre los salarios, de la o las cuotas sindicales respectivas.
9. Representación sindical: las organizaciones sindicales son la persona jurídica legitimada para solicitar la protección de los derechos sindicales de sus miembros. Así mismo, son estas organizaciones las que cuentan con autonomía absoluta para la negociación de los pliegos de peticiones.
10. Democracia participativa: los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados tienen derecho a que los sindicatos deban regirse por los principios de la democracia participativa (en realidad, tanto el empresario como cualquier tercero de buena fe tiene derecho a que esto funcione de esta manera).

No es gratuita la decisión de incluir estos postulados en nuestro estudio, puesto que permite acotar que todos estos beneficios o garantías son en ocasiones desoídos por parte de las organizaciones sindicales en cuanto a que no se tienen en cuenta en las negociaciones colectivas, o se aplican de forma tal que se torna excesivamente oneroso para las empresas y para el gobierno el desarrollo del sindicalismo, sin que ello reporte la efectiva garantía del ejercicio sindical libre. Y esto se relaciona de forma directa con la Teoría de la Agencia, que aunque será desglosada con detenimiento en el capítulo subsiguiente, es dable adelantar que los representantes sindicales son los encargados de dirigir el actuar de su organización (sin importar el orden de que se trate) de tal forma que las acciones que se deriven del ejercicio particular del sindicalismo tengan como objetivo la garantía de los derechos e intereses de los trabajadores entendidos de forma general, y no los caprichos individualizados e injustificados de algunos de ellos (sean o no sean representantes). Esto comporta, como se verá a continuación, el desarrollo de los fenómenos de la selección adversa o del riesgo moral.

CAPÍTULO CUARTO: DEFINICIÓN DE LA TEORÍA DE LA AGENCIA Y EXPLICACIÓN SOBRE SU PERTINENCIA

El análisis que se realizará a continuación no es uno que se encuentre con facilidad en las bibliotecas jurídicas, debido a que el punto de vista que permite adoptar la Teoría de la Agencia no es uno propiamente de derecho, sino que tiene su origen en el análisis del comportamiento y de los costos propios de las ciencias psicológicas y económicas. Esto no lo hace menos pertinente, sino que por el contrario permite aterrizar un conjunto normativo, contrastarlo con la realidad y verificar cómo es que los individuos se comportan respecto a él. El derecho frente a la realidad.

Tras haber esclarecido el anterior preámbulo, se realizará un estudio sobre la plausibilidad de la aplicación de la Teoría de la Agencia respecto de las organizaciones sindicales de todos los órdenes, que permitirá comprobar la forma en la que estas se desenvuelven teniendo como trasfondo las normas jurídicas colombianas (especialmente respecto de las normas de derecho laboral colectivo) y el contexto socio-económico que se ha elucidado hasta ahora.

La mejor forma de definir lo que es la Teoría de la Agencia, es mediante el análisis de ejemplos reales del día a día, porque lo cierto es que su verificación es transversal a todos los ámbitos de la interacción social. A continuación se contemplan tres ejemplos:

1. El representante legal de una sociedad civil o comercial, a quien se le endilgan diversos mandatos, se le dispone una senda de actuación, y al final se inclina por encaminar su actuar de forma voluntaria hacia un objetivo o desde un procedimiento que le es más propicio a él que a sus mandantes (socios o accionistas);
2. El hijo de familia, a quien su padre/madre le encomienda la realización de los deberes escolares, de tal forma que de su cumplimiento depende la posibilidad de salir a jugar con sus amigos, y al final este decide hacer trampa y copiarla, o ejecutarla de forma deficiente, de tal forma que su desempeño escolar no es el esperado por sus amorosos progenitores pero puede salir a jugar por más tiempo;
3. El presidente de un país democrático, que es elegido en vista de sus buenas propuestas, llega al poder y decide inclinarse por el olvido completo o parcial del plan de gobierno prometido para poder realizar planes en beneficio de su persona o de sus amigos.

De lo anterior queda claro cuándo se perfecciona lo que desde la academia se estudia bajo el nombre de “Teoría de la Agencia”, pero lo cierto es que en la medida en que este es un trabajo académico, no es dable omitir la remisión a definiciones

doctrinales³², entonces obsérvese a Gorbaneff, quien afirma que lo primero que debe hacerse al estudiar una relación social desde el punto de vista propuesto por la Teoría de la Agencia, es identificar las dos partes, el Principal y el Agente, de tal forma que “[...] El principal contrata al agente para realizar un trabajo por cuenta del principal. Para facilitar la tarea, el principal le delega una parte de su autoridad de decisión al agente. Y aquí empiezan las dificultades (el problema de agencia). [...]”³³. Esta misma perspectiva es adoptada por Castaño Duque, quien lo contempla desde un punto de vista un poco más tosco (por su perspectiva racional de doctrina económica), al determinar que: “[...] La relación de agencia se establece cuando un principal delega ciertos derechos, en un agente que está obligado mediante contrato (el cual puede ser formal o informal) a defender los intereses del principal y como contrapartida cobra una remuneración bajo la forma que sea. [...]”³⁴. Para concluir el esbozo general, se tiene la remisión a Robert C. Clark³⁵, quien afirma que en la relación de agencia el principal tendría el poder de “controlar” y “dirigir” la actividad del agente, de establecer las metas, los procedimientos y las estrategias que debe seguir el agente, cuyo fin es seguir los lineamientos establecidos bajo contrato y cobrar su remuneración por ello.

Al igual que cualquier relación social, la que se desarrolla en virtud de una agencia se encuentra sometida a las vicisitudes futuras del azaroso devenir. Tal y como lo contempla Casanova³⁶, para que esta relación se desarrolle en forma perfecta, es necesario poder prever todas las posibles contingencias a las que se verá sometido el “contrato”; pero bien es cierta la acepción de Meng y Juurikkala³⁷, quienes defienden que conocer todas las variables que pueden afectar esta relación es imposible, dada la incapacidad para definir el futuro con certeza. Es preciso tener muy presente esta perspectiva, para comprender la incertidumbre a la que se ve sometido el ejercicio del sindicalismo en el momento en que los trabajadores sindicalizados (quizá sin dimensionarlo) le otorgan a un representante sindical el mandato y la facultad de abogar por sus derechos, especialmente en tiempos de negociación colectiva.

Los profesores Ramírez Gómez y Arango Vásquez permitirán evadir el exceso de disquisición respecto del desarrollo doctrinal de la Teoría de la Agencia, puesto que en su “Aproximación esquemática a la teoría de la agencia” realizan una recopilación de los elementos relevantes que han sido considerados por distintos académicos, y han llegado a la siguiente conclusión: “[...] La distinta información que poseen

³² Omitiremos en este trabajo la relación histórica de esta teoría, que es bien interesante pero que excede los límites prudenciales del presente trabajo.

³³ GORBANEFF, Yuri. “Teoría del Agente-Principal y el mercadeo”. Revista Universidad EAFIT No. 129. (2003): 76-77.

³⁴ CASTAÑO DUQUE, Germán Alberto. “Teoría de la agencia y sus aplicaciones”. Decisión Administrativa 1 (2015): 7-10.

³⁵ CLARK, Robert C. “Agency Costs versus fiduciary duties”. Division of Research, Harvard Business School. (1983): 59-62

³⁶ CASANOVA, Miguel. “La noción jurídica de empresa y su impacto sobre las decisiones empresariales”. Revista de Derecho, vol. 12, # 24. (2013): 89-102.

³⁷ MENG, JUDE Chua Soo & JUURIKKALA, Oskari. “El don personal en las empresas sanas: Racionalidad limitada, valores inconmensurables y agencia económica”. Revista Empresa y Humanismo 11.1. (2008): 67-88.

el principal y el agente genera un escenario de información asimétrica, que tiene como principales implicaciones la selección adversa y el riesgo moral. La primera se presenta *ex ante*, lo que implica que el principal no tiene la información suficiente para identificar las verdaderas habilidades del agente. El riesgo moral se presenta *ex post* y surge cuando el principal no tiene la capacidad de vigilar al agente permanentemente, cuando no puede evaluar sus decisiones o cuando no puede determinar si está haciendo el mejor esfuerzo en la tarea asignada. Ambos problemas pueden hacer que el agente adopte una actitud oportunista, donde intentará maximizar su propio beneficio, dejando en un segundo plano los intereses del principal. [...]”³⁸.

CAPÍTULO QUINTO: INCIDENCIA DE LA TEORÍA DE LA AGENCIA EN EL DESARROLLO DEL SINDICALISMO COLOMBIANO.

Al aterrizar un poco esta plurivalente Teoría de la Agencia en el ámbito sindical, se tiene entonces a unos trabajadores que deciden agruparse (sea cual sea el motivo por el cual lo hacen, que puede ser tan diverso como diversos son los trabajadores) y al hacerlo les encargan a algunos de sus miembros³⁹ la defensa o administración de sus intereses. A partir de este presupuesto se debe, para lograr el enfoque holístico que se pretende, acudir a María Mercedes Cuellar⁴⁰ quien en su libro “Los sindicatos y la asignación del ingreso en Colombia, un siglo de historia laboral” esclareció los tres ámbitos en los que la defensa de los derechos colectivos debe ser analizada, a saber:

Ángulo Político:

“[...] sobre el papel político que juega la asociación sindical, las teorías son diversas. Dentro del marco marxista, la asociación sindical se orienta contra la organización del Estado capitalista como un instrumento para la transformación política del Estado. [...]. Lenin [...] identifica al sindicalismo con las asociaciones inglesas denominadas “trade unions” que sirven de soporte al Gobierno y al sistema por su empeño en no constituirse en corrientes políticas beligerantes e independientes de toda organización política, sino más bien, en un movimiento con tendencia a incrustarse dentro de la organización existente. [...]. las escuelas liberales intervencionistas, si bien aceptan que el movimiento sindical es también un movimiento político de contenido doctrinario económico reivindicativo, lo conciben como un instrumento de coadyuvancia para la intervención estatal en el logro de una distribución más equitativa de la riqueza entre todos los ciudadanos y particularmente entre los

³⁸ RAMÍREZ GÓMEZ, Mauricio Andrés & ARANGO VÁSQUEZ, Leonel. “Una aproximación esquemática a la teoría de la agencia”. Tratado de estudios organizacionales. Volumen 1. Universidad EAFIT (2018): 255-277.

³⁹ La dirección de un cuerpo sindical la detentan: el Representante Legal, la Junta Directiva (5 principales, 5 suplentes), el Comité Seccional (1 principal, 1 suplente), la Comisión Estatutaria de Reclamos (2 miembros), y el Revisor Fiscal.

⁴⁰ CUELLAR LÓPEZ, María Mercedes. “Los sindicatos y la asignación del ingreso en Colombia, Un siglo de historia laboral”. Ediciones Uniandes. (2009): 27-36.

trabajadores. [...] la Iglesia Católica acepta que el sindicalismo se trata igualmente de un móvil político incorporado a las corrientes modernas de la vida del Estado, pero le censuran toda actitud revolucionaria y no colaboracionista. [...]

En síntesis, en general, es reconocido que los sindicatos desempeñan un papel político, así sobre el fin que cumplan existan diferentes teorías. [...]

Ángulo Jurídico:

La definición que desde el punto de vista jurídico Klare adopta sobre el sindicalismo, es la siguiente: “[...] el conjunto de disposiciones legales de toda jerarquía que en un momento dado y en un país determinado, regulan la existencia de las asociaciones profesionales de trabajadores, sus finalidades, sus métodos de acción, sus conquistas, el alcance de su representación y los límites de su papel dentro de la estructura general de un Estado. [...]”⁴¹.

Ángulo Económico:

Al retomar el libro de la exministra Mercedes Cuellar, es posible observar que define a los sindicatos desde la perspectiva económica de la siguiente forma:

“[...] Los argumentos económicos a favor del sindicalismo se refieren a que éste contribuye a inculcar en los obreros la disciplina industrial, cuya ausencia conlleva bajos niveles de productividad al tiempo que logra distribuir el ingreso, lo cual es deseable desde el punto de vista del desarrollo. No obstante, quienes sostienen que el sindicalismo constituye una barrera para el desarrollo económico usan dos argumentos: el primero, que los sindicatos al tratar de obtener mayores niveles de ingreso para sus miembros dificultan la generación de ahorro; el segundo, que los sindicatos hacen peligrar la estabilidad monetaria y en algunos casos causan una espiral inflacionaria a corto plazo originada por problemas de balanza de pagos, déficit fiscal o crisis de producción. [...] En cualquier caso, en los regímenes democráticos la finalidad económica del sindicato es eliminar la competencia de los desempleados y lograr salarios mayores al mínimo necesario para su subsistencia. Para ello, el sindicato recurre a varias tácticas: 1. Control de la oferta de trabajo; 2. Acción política para limitar la oferta de trabajo; y 3. Huelga.

La huelga tiene dos fines. El *primero*, limitar la oferta de mano de obra, amenazando al empresario con el paro indefinido de la producción en el caso de enganche de personal que no tenga las cualidades requeridas por el sindicato. Si por medio de la huelga el sindicato logra limitar la oferta de mano de obra en un oficio, automáticamente se incrementa el salario en ese oficio cuando crece la demanda.

⁴¹ KLARE, Karl E. “Critical Theory and Labor Relations Law”. (1982).

El *segundo* fin de las huelgas es incrementar el salario directamente. En este caso se le presenta al empresario la alternativa de incurrir en el costo de romper una huelga o incurrir en el costo de pagar salarios más altos. La huelga es más efectiva entre más alto sea el costo para el empresario. Esta será más costosa entre más alta sea la tasa de interés, más calificada la mano de obra y más capital por trabajador exista en la empresa. [...].”

Al poner como presupuesto estas consideraciones, se logra comprender de forma diáfana el entorno a partir del cual los sindicatos toman sus decisiones y algunos de los fundamentos que las originan, pero aún falta aclarar cuál es el riesgo real al que estas se ven inmersas respecto de los intereses de los trabajadores sindicalizados. Para adelantar este propósito es útil (por no decir imprescindible) acudir a D. Kahneman y a A. Tversky, quienes a finales de los 70's divulgaron la Teoría de la Prospectiva, que analiza la forma en la que los individuos toman decisiones a raíz de un análisis de las potenciales pérdidas y ganancias. A continuación un corto aparte de “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk” que es pertinente para el estudio:

“[...] The theory can also be extended to the typical situation of choice, where the probabilities of outcomes are not explicitly given. In such situations, decision weights must be attached to particular events rather than to stated probabilities, but they are expected to exhibit the essential properties that were ascribed to the weighting function. [...] The decision weight associated with an event will depend primarily on the perceived likelihood of that event, which could be subject to major biases. In addition, decision weights may be affected by other considerations, such as ambiguity or vagueness. [...]”⁴².

De lo anterior se colige en términos rasos que cuando una persona toma decisiones en escenarios inciertos o azarosos toma como referente un evento conocido anterior, siempre que la ambigüedad o la vaguedad de la situación no sea tanta que le impida asociar el evento actual y el pasado. Y entender esto es fundamental, puesto que los representantes sindicales cuentan con facultades amplias en la definición de la negociación de los intereses de los trabajadores frente a los empresarios y frente al gobierno. Es en este punto donde se hace fuerte la Teoría de la Agencia y donde es importante analizar el riesgo conductual de los representante sindicales. Este riesgo conductual es definido por Blacker & McConell como la posibilidad de que el agente incurra en actos ilegales o contra ética que violen o vulneren el correcto ejercicio de su mandato o la confianza de sus representados, o incluso terceros interesados⁴³.

⁴² KAHNEMAN, Daniel, and TVERSKY, Amos. “Prospect theory: An analysis of decision under risk”. *Econometrica* Vol. 47, No. 2. (1979): 263-292.

⁴³ BLACKER, Keith, & MACCONNELL, Patrick. “People Risk Management: A practical approach to managing the human factors that could harm your business”. Kogan Page Publishers. (2015)

El riesgo del que se habla en el párrafo anterior se comprende mejor cuando se acude a lo que desde la academia se ha denominado el Triángulo de Riesgos, propuesto prístinamente por Donald Cressey en 1973, que es una teoría que profesa que el riesgo conductual se perfecciona cuando confluyen: i) Motivación: finalidad en procura de la cual el individuo toma su decisión, entendiendo que se puede ver influida por incentivos externos e internos; ii) Oportunidad: posibilidad espacio temporal que le permite al individuo tomar la determinación; iii) Racionalización: justificación a partir de la cual el individuo vindica su acción. Esta racionalización puede tener origen individual o colectivo.⁴⁴ Este postulado permite comprender entonces que la actuación del agente, en cuanto acción que deviene de interacción y desarrollo social, no es sencilla de comprender, y por ello es que autores como García y Santa determinan que la “[...] nueva línea de pensamiento económico conocida como neuroeconomía, que permite analizar cómo las decisiones de los individuos están influenciadas por mecanismos de incentivos que, en muchas oportunidades, hacen que los resultados de dichas decisiones no sean los más adecuados. Dado lo anterior, surge la posibilidad de que se materialicen riesgos asociados a las decisiones inconvenientes de los individuos, por medio de la ejecución de conductas y prácticas inadecuadas, que dan paso a lo que hoy en día se conoce como riesgo conductual. [...]”⁴⁵.

Después de haber realizado este abrebocas general a nivel de doctrina comportamental, es indefectible entrar a observar lo que se ha estudiado a este respecto frente a los sindicatos en Colombia. Jairo García Villegas, quien tras haber dedicado gran parte de su vida a defender los derechos e intereses obreros de la mano de los sindicatos, ha decidido que la mejor forma de lograr ese fin es corregir el trunco mecanismo sindical colombiano, ha publicado un libro denominado “Sindicatos ¿Qué Sucede?”⁴⁶, en el que se puede leer la prosa que se transcribe a continuación:

“[...] La autonomía y libertad sindical no es un derecho individual en beneficio de los intereses personales de los directivos de las confederaciones o centrales, federaciones o sindicatos, según sus intereses personales, para volver trizas las organizaciones sindicales, romperlas en 8.276 pedazos, para repartirlas de a pedacito para cada quien, debilitándolas y postrándolas en la ineficacia de la defensa de los derechos de los trabajadores, aunque personalmente útiles para participar en el reparte de:

- Viajes y dineros de cooperación internacional,
- De recursos gubernamentales anuales,

⁴⁴ CRESSEY, Donald R. “Other people’s money: A study in the social psychology of embezzlement (revised edition). Montclair” (1973).

⁴⁵ SANTA RAMÍREZ, Sandra Lorena & GARCÍA RENDÓN, John Jairo. “Riesgo conductual en el mercado de valores en Colombia entre 2010 y 2015”. MS tesis. Universidad EAFIT. (2016)

⁴⁶ VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. “Sindicatos. ¿Qué Sucede?: un estado de cosas inconstitucional. Reflexión jurídica crítica desde la vivencia profesional”. Grupo Editorial Ibáñez. Tercera edición. (2019)

- Cupos remunerados en los consejos directivos de las 43 cajas de compensación familiar y de dineros para eventos y publicidad que otorgan las cajas,
- Cupos remunerados en las juntas directivas de entidades públicas como el sena, el fna y el icbf.

Y no es autonomía, depender, del ministro de trabajo para que mediante resolución dirima y reparta lo anteriormente descrito; eso es dependencia, lo contrario de la autonomía sindical. [...]”.

“[...] El programa no es una mera formalidad abstracta; el programa, las ideas y los planes, constituyen una altísima y esencial expresión de la democracia sindical participativa y pedagógica como requisito de la autonomía y libertad sindical.

Y no hay programas, porque el programa expresa el interés general, mientras que lo prevalente es el interés singular de cada filiación sindical, de cada grupo político, de cada mini líder. [...]”.

“[...] Dado el marginamiento o limitación o carencia de protagonismo de los afiliados, quienes no participan, por ser excluidos, se ha causado un corto circuito, una fractura o divorcio o no sintonía o abismo, entre los ejecutivos de las confederaciones o centrales y los afiliados sindicales y trabajadores; [...]”.

“[...] Dado el modelo de estatutos y la costumbre sindical, ocurre que en una misma autoridad sindical, en los comités ejecutivos de las confederaciones o centrales, se acumula el poder de decidir, ejecutar y controlar. [...]”⁴⁷

“[...] sindicalmente no existen mecanismos de control, de autocontrol o de auto gobierno por auto regulación en razón de la autonomía sindical[...].”.

“[...] la organizaciones sindical de los trabajadores, integrada por trabajadores, para la defensa de los derechos de los trabajadores, cuya razón de ser son los trabajadores y en la que sus directivos deben ser trabajadores; por el contrario, los directivos en los comités ejecutivos de las confederaciones o centrales, no son trabajadores [...]”.

Humberto Jaramillo, otro reconocido laboralista colombiano, igualmente considera que:

⁴⁷ Para comprender el origen de esta concentración del poder, no tenemos solo el historial práctico de los sindicatos, sino que incluso podemos acudir a una causa normativa. Esto es, la Resolución #496 de 1946 “Sobre modelo de estatutos para sindicatos” y la Resolución #121 de 1947 “sobre modelo de estatutos para federaciones sindicales”, ambas expedidas por la cartera del trabajo.

“[...] No se conoce una organización sindical representativa, que se comprometa, y esto se observa que para asistir a la conferencia de la OIT, cada año negocian quien actúa como representante, esto antes de dejarse contar.

Es total la incertidumbre legislativa e inestabilidad jurídica desde el juez de tutela y los decretos que expide el ejecutivo nacional haciendo uso excesivo del poder reglamentario.

Todo esto aleja inversión para crear empleo formal y crece la informalidad.

Se legisla mediante decretos reglamentarios con fines políticos y presión de grupos, donde el hecho es superior al derecho como mandato general y abstracto desde la lógica para obtener el bien común y la paz con justicia social, desde el derecho del trabajo. [...]”⁴⁸.

Para una aplicación de la Teoría de la Agencia en el ámbito político, es conducente estudiar el postulado de Sánchez de Dios, quien al enfatizar en el espectro de la responsabilidad política afirma que: “[...] esta teoría (la Teoría de la Agencia) tiende a restringir la responsabilidad política a la existencia de una relación directa principal-agente y, por ello, puede dejar fuera del análisis de la responsabilidad política ciertos casos en que, exista o no dicha relación, el agente público tiene que responder por sus acciones ante algún actor y, en caso de comportamiento incorrecto, pueda ser sancionado. [...]”⁴⁹.

Álvarez, Arbesú y Fé, realizaron en el contexto español un análisis que quizá no sea paralelo al que se implementa en el presente escrito, pero sí tiene múltiples e innegables símiles que pueden servir al desarrollo del presente estudio. Su investigación se titula “Las cooperativas en el marco de la teoría de la agencia”, y concluye de forma tajante que los problemas en el marco general de Agencia de las CTA, se derivan de:

- 1) Dificultades para financiarse;
- 2) Escasa motivación a realizar nuevas inversiones/aportaciones, causada por:
 - a. No enajenabilidad de las participaciones.
 - b. Principio de puertas abiertas.

Estos autores contemplan que las CTA se pueden estructuran contractualmente de forma tal que se salven estos obstáculos, a partir de mecanismos internos (frágiles,

⁴⁸ JARAMILLO VALLEJO, Humberto Jairo. “La deconstrucción del derecho sindical en Colombia”. Publicado en “Derecho Laboral, Seguridad Social y la Empresa”. DIKE Biblioteca Jurídica. (2017): 169-186.

⁴⁹ SÁNCHEZ DE DIOS, Manuel. “Nueva perspectiva de la responsabilidad política: la teoría de la agencia”. Revista de las Cortes Generales 67. (2006): 139-142.

puesto que dependen de los lazos existentes entre los asociados); mecanismos regulatorios (que surgen de disposiciones normativas que atenúan las tensiones surgidas en la relación de agencia); y, mecanismos de mercado (que, ante los ojos de los autores en cita, no son tan aplicables a las CTA por cuanto estas se encuentran un poco exentas de la presión de la competencia).

Al finalizar su estudio, realizan diversas propuestas de mejora, de entre las que se destaca la siguiente: “[...] Sería también interesante tomar medidas tendentes a favorecer una gestión más profesionalizada de las Cooperativas, orientada a la modernización y adecuación a la realidad económica. A tal efecto podrían incluirse consejeros no socios en el Consejo Rector, profesionalizando así este órgano de dirección [...]”⁵⁰.

Finalmente, el ya citado autor Villegas Arbeláez, en colaboración con Pierre-Henri Cialti, estudia “La representatividad sindical como herramienta de promoción sindical en Colombia”, y concluye que: “[...] En efecto, aparece una antinomia, una falta de coherencia entre el marco constitucional que promueve la acción sindical en un Estado Social de Derecho y su concreción legal que no establece ningún mecanismo garantizador de esta acción. Al contrario, conduce a entorpecerla y obstaculizarla. [...] En este sentido, recurrir a la noción de representatividad podría ser un primer paso para fortalecer el papel de los sindicatos, actores ineludibles de la democracia en el ámbito de las relaciones laborales. [...]”⁵¹.

La Escuela Nacional Sindical como referente informático para el sector obrero

La Escuela Nacional Sindical (ENS) es uno de los organismos sindicales más importantes del país en materia de análisis de la realidad sindical colombiana. Fue fundada en 1982 para la defensa de las causas sociales a través del sindicalismo. Si bien en un comienzo se preocupó por la educación de los sindicatos de Antioquia, ha ampliado su campo de acción y ahora realiza actividades de investigación, comunicación pública, educación y asesoría, a nivel nacional e internacional. No sobra decir que esta no es una institución propiamente del orden sindical, pero no es dable la omisión de su estudio porque quizá sea una de las organizaciones del país que más influencia tenga en el desarrollo del sindicalismo, no solo por las labores que se acaban de elucidar sino también porque los sindicatos de todos los órdenes recurren a ella al momento de tomar decisiones organizacionales, lo que la convierte en una especie de líder externo que debe de tenerse en cuenta (no para endilgarle rol de agente o principal, sino para comprender el fundamento técnico de las decisiones y posiciones de los sindicatos).

⁵⁰ ÁLVAREZ PÉREZ, María Belén, ARBESÚ LÓPEZ, Pilar, FÉ CANTÓ, Cecilia. “Las cooperativas en el marco de la teoría de la agencia”. CIRIEC-ESPAÑA, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, núm. 34. (2000): 169-188.

⁵¹ CIALTI, Pierre-Henri, VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. “La representatividad sindical como herramienta de promoción sindical en Colombia.” Universitas 135 (2017): 53-97.

Uno de los actuares más importantes de la ENS es la recopilación de información que realiza a través del SISLAB (Sistema de Información Laboral y Sindical), y que publica de forma bianual con datos respecto de las siguientes categorías: Censo sindical, Dinámica de la contratación colectiva, Dinámica sindical, Violación de derechos humanos relacionados al sindicalismo, y datos macroeconómicos con influencia en el mercado laboral. Esta información es de carácter fundamental, puesto que todas las partes de una negociación deben contar con fuentes de información en las que puedan confiar (el gobierno cuenta con el DANE y el sector empresarial con el CESLA de la ANDI)⁵². Todo lo anterior, a pesar de que la fuente a la que más acuden las partes en una negociación es la que presenta el gobierno a través del DANE.

Entonces, para cerrar este capítulo es importante apreciar que la ENS no solo permite que los agentes que representan a sindicatos de todos los órdenes desarrollen su función de una mejor forma, sino que también acorta un poco la brecha informática existente entre los principales y los agentes. De esta forma tenemos que, al menos teóricamente y a pesar de las dificultades contextuales que se han esclarecido anteriormente, el riesgo de selección adversa que se produce ex ante en las relaciones de agencia se ve disminuido por cuanto que todos los trabajadores sindicalizados tienen información que les permite, al menos sobre el papel, ordenarles a los agentes conductas posibles para la satisfacción de sus intereses. Esto, no obstante, entra en conflicto con el riesgo moral antes estudiado, porque lo cierto es que no existen mecanismos claros que les permitan a los trabajadores sindicalizados comprobar con claridad la forma en la que sus agentes se desempeñan en ejercicio del mandato, así como que existen múltiples circunstancias políticas dentro de los sindicatos que impiden que los agentes sean sancionados por el incumplimiento de su deber. El riesgo de que los representantes sindicales actúen en contra de su mandato, en contra de la ley o en contra de la moral (riesgo moral) no cuenta con atenuantes visibles o tangibles en el ámbito sindical colombiano.

CAPÍTULO SEXTO: ANÁLISIS DE LAS ACTAS PROFERIDAS POR LA COMISIÓN PERMANENTE DE CONCERTACIÓN DE POLÍTICAS SALARIALES Y LABORALES (CPCPSL)

Como se ha visto hasta ahora, el sindicalismo colombiano ha sido objeto de múltiples trastornos, vicisitudes convulsas e imprevistas que en ocasiones han permitido la protección de los derechos de los trabajadores y en ocasiones han dificultado la realización y ampliación de oferta de trabajo de calidad. En general, ha de decirse que las condiciones de trabajo para el trabajador medio son mucho mejor de lo que eran en Colombia a comienzos del siglo XX, pero siempre ha de tenerse en cuenta el planteamiento de autores como Acevedo, que afirma que: “[...] La nación debe velar por la libre asociación sindical y el ejercicio responsable de la misma, recibir

⁵² No se hará referencia a la información que frente a las organizaciones sindicales presenta el DANE, ni a la que poseen los empleadores tras la pesquisa de sus propios grupos de investigación (v.gr. el CESLA). Esto, no con el objetivo de presentar un informe sesgado sino con miras a centrar el análisis en el entorno propiamente sindical.

las denuncias de explotación y sancionar a las empresas abusivas, pero con la misma contundencia ha de castigar los desmanes y sus métodos de presión indebida contra empleadores. [...]”⁵³. Nótese los términos impercederos del deber al que alude el autor en cita.

Lo cierto es que uno de los ámbitos donde el sindicalismo en el país ha tenido y tiene connotaciones verdaderamente impactantes es en la concertación del salario mínimo. Es este campo uno en el que los agentes o representantes de los trabajadores sindicalizados (y no sindicalizados, puesto que es evidente que la concertación del salario mínimo tiene un impacto global sobre el mercado de trabajo) deben de actuar con mayor responsabilidad y en la mayor atención de los derechos e intereses de los trabajadores. Veamos entonces cuál es la realidad del sindicalismo colombiano en las altas esferas del país, que se desarrolla desde la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales.

La antedicha comisión fue contemplada prístinamente en el artículo 56 de la Constitución Política, en el que se estableció que: “[...] Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. [...]”⁵⁴. Y efectivamente la Ley 278 de 1996 creó esta comisión, la dotó de funciones específicas y determinó su conformación⁵⁵; además, estableció subcomisiones departamentales y comisiones sectoriales. Finalmente, a partir del Decreto 427 de 2008 se estableció que a las reuniones de las comisiones podían invitarse diferentes personalidades referentes en el medio.

Para entender el funcionamiento real de esta comisión y la forma en la que las organizaciones federadas o centrales obreras se han pronunciado en defensa de sus representados en este organismo consultivo, es entonces conducente acudir a los boletines, a las actas y a los análisis coyunturales que la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales publica en su página web (son los únicos documentos oficiales disponibles a este respecto).

⁵³ ACEVEDO M., José Manuel. “Hacia un sindicalismo responsable”. Portafolio. (2011).

⁵⁴ Artículo 56 de la Constitución Política de Colombia.

⁵⁵ Esta conformación varió a raíz de la Ley 990 de 2005, en la que se dispuso que harían parte de la comisión: En representación del Gobierno: i) El Ministerio del Trabajo; ii) El Ministerio de Hacienda y Crédito Público; iii) El Ministerio de Desarrollo Económico (Hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo); iv) El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; y, v) El Departamento Nacional de Planeación. En representación de los empleadores: cinco representantes designados por las asociaciones nacionales gremiales más representativas de empleadores de los distintos sectores económicos, de conformidad con la participación de cada sector en el PIB y en el empleo, que son: i) ANDI; ii) ASOBANCAR; iii) FENALCO; iv) SAC; y, v) ACOPI. En representación de los trabajadores: i) Tres representantes de las Confederaciones Sindicales más representativas del país (CGT, CUT y CTC); ii) Un representante de los pensionados (CDP); y, iii) Un representante de los desempleados (contemplado en la norma, pero ausente en la realidad).

Boletines:

El primer Boletín expedido por la Secretaría Técnica Nacional de la comisión en cuestión salió a la luz en enero de 2013. En él se habló sobre la evolución de diversos indicadores laborales, puesto que su objetivo fue la difusión de los temas que estudia la comisión en relación con las políticas laborales del país. También se expusieron los mecanismos de fijación del salario mínimo en algunos países (Brasil, México, Hong Kong, Turquía y Sudáfrica), con énfasis en la influencia del sindicalismo en ello. El segundo Boletín de este organismo se publicó dos meses después, en marzo de 2013, y en su contenido, además de ilustraciones de los indicadores laborales más relevantes, es posible observar un estudio sobre cuatro documentos CONPES con probadas implicaciones a nivel de mercado laboral.

El tercer Boletín publicado por la comisión de que tratamos fue publicado en abril de 2013, y en él se continuó con el respectivo estudio de los indicadores laborales y con el estudio de los cuatro documentos CONPES desglosados en el informe precedente, así como con el estudio de los avances logrados a partir de su implementación. El siguiente Boletín se espació con un lapso un poco mayor a lo acostumbrado, y se hizo público en agosto de 2013; en este, la Secretaría Técnica analizó indicadores laborales actualizados, y expuso los objetivos y los resultados de las políticas de formalización laboral. Y el quinto Boletín, que es el último disponible, fue publicado en febrero de 2014 con un análisis de los indicadores económicos de relevancia indefectible para el mercado laboral, y con un estudio sobre los mecanismos de fijación del salario mínimo en algunos países de Europa (España, Alemania, Francia, Inglaterra y Bélgica).

Este boletín es el último que se encuentra disponible, llegando esta loable e importante labor de la comisión a un efímero fin tras poco más de un año de vigencia. De esta manera, tenemos que una importante fuente de información que podía ser usada por las partes en la negociación colectiva, y cuya recopilación implicaba la participación de todos los interesados, dejó de existir. La importancia de este pernicioso hito puede comprenderse mejor desde el punto de vista comportamental adoptado por Sunstein y Thaler, quienes, al hablar sobre el heurístico de la Disponibilidad, dicen que:

“[...] (las personas) evalúan la probabilidad del riesgo preguntando con qué facilidad vienen a la mente ejemplos similares. Si recuerda enseguida ejemplos que vienen al caso, es más probable que les preocupen que si no los recuerdan. [...] La accesibilidad y la visibilidad están muy relacionadas con la disponibilidad y también son importantes. [...]”⁵⁶.

El riesgo de selección adversa al que se ven sometidos los trabajadores sindicalizados al establecer el mandato de su agente ciertamente se vio disminuido con este

⁵⁶ SUNSTEIN, Cass R., & THALER, Richard H., “Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad.”. Penguin Random House Grupo Editorial. (2017).

mecanismo informativo. Es por ello lamentable que haya cesado su existencia, sobre todo al resaltar que la información que se publicaba por este medio contaba con la participación de las confederaciones sindicales, pero también con la anuencia del gobierno y del sector empresarial. De esta forma, se denota que era un medio de carácter imparcial, que podía ser utilizado por parte de los trabajadores para elaborar mandatos acordes a necesidades reales e intereses plausibles de satisfacer, y por parte de los agentes para elaborar promesas factibles.

Actas:

El estudio de las Actas expedidas por la Secretaría Técnica del Comité Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, que son mucho más numerosas que los boletines antes estudiados permite colegir a pesar de las falencias técnicas de nomenclatura y de la ausencia de publicación de la totalidad de los contenidos, que en primer lugar, este órgano consultivo no solo se reúne con el objetivo de concertar el salario sino que eventual y periódicamente establece reuniones para tratar temas de interés para los sectores, de forma tal que se pueda aligerar la comunicación entre sectores históricamente conflictivos de tal forma que al momento de tener que acordar, se facilite la negociación.

Además denotan importancia estas actas en atención a la Teoría de la Agencia, por cuanto que permiten colegir que las confederaciones sindicales realizan un uso de su atribución de independencia de forma desmedida. No se observa unanimidad en el sector trabajador para casi ninguno de los temas y de las propuestas, puesto que aparentemente cada confederación cuenta con su propia agenda. Esto en teoría no puede interpretarse como la incursión en un riesgo moral, o como un acto reprochable a los representantes sindicales, puesto que obran posiblemente en atención a un mandato específico de sus principales; empero, sí que puede afirmarse que este modus operandi es ineficaz para la realización de los intereses obreros, y tal vez se derive de la selección adversa que se origina en la desinformación de los trabajadores, o incluso de sus representantes.

Actas de las negociaciones del salario mínimo:

El análisis de los boletines y de las actas hasta ahora realizado es un perfecto abre-bocas para el estudio que se realiza en el presente acápite, esto es: la intervención, participación y efecto de las organizaciones sindicales respecto de la concertación del salario mínimo. El consultor del BID, Andrew J. Samet, realizó un reporte para el gobierno colombiano en el que se plasmó el acuerdo tripartito celebrado el 01 de junio de 2006 en Ginebra, Suiza, y en este escrito se puede evidenciar que:

“[...] El gobierno colombiano, los empleadores y los trabajadores deben generar un nuevo impulso a los principios de la OIT con el propósito de hacer efectivos los derechos fundamentales del trabajo. Bajo esta perspectiva, la Comisión de Salario Mínimo será convocada con una agenda permanente, y se le solicitará a la OIT que el brinde la asistencia apropiada para la labor.

Los compromisos realizados por medio del presente acuerdo intentan aprovechar la oportunidad ofrecida por el Comité de Aplicación de Estándares para promover el acuerdo y reafirmar las políticas de la OIT relacionadas con la cooperación, el diálogo social, la negociación colectiva, las libertades sindicales, la defensa de los derechos de los trabajadores y la libertad de asociación y de libre empresa. [...]”⁵⁷.

Aunado a lo anterior, la Sentencia C-815 de 1999 consagró que la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales es el lugar en el que “[...] debería resolverse por consenso (el salario mínimo), es decir, en virtud del diálogo y el acuerdo entre los sectores participantes. Como puede verse, a través de este instrumento se cumplen compromisos internacionales contraídos por Colombia, como el Convenio 144 de la OIT, y se desarrollan postulados constitucionales como el de la participación de todos en la adopción de las decisiones que los afectan (Preámbulo y artículo 1 y 2 C.P.). Al estipular que las partes tienen un plazo máximo para pronunciarse por consenso y al ordenar que plasmen por escrito los motivos de su eventual desacuerdo y que todas estudien y consideren los argumentos de las demás, busca la norma hacer propicio un trámite racional y equilibrado de las distintas propuestas, de sus bondades o inconvenientes y de las fórmulas que permitan, en un clima de diálogo y buenas relaciones laborales (art. 56 C.P.), arribar a una definición equilibrada sobre el aumento salarial correspondiente. [...]”⁵⁸.

Tras sentar la base de este acuerdo, es viable traer a colación la Ley 278 de 1996, que sirve para entender el mecanismo real de concertación del salario en Colombia. El artículo 8 de esta ley establece que las decisiones de la comisión serán adoptadas por consenso y que el voto de cada uno de los tres sectores será obtenido a partir de la mayoría de sus miembros. En el párrafo subyacente, se afirma que la comisión deberá establecer o fijar el salario mínimo hasta el 15 de diciembre de cada año, y si no es posible, rebuscar entre las razones y buscar un acuerdo posterior hasta el 30 de diciembre, fecha en la cual, de no haber acuerdo, el gobierno lo determinará de forma unilateral con base en criterios técnicos proferidos por el Banco de la República y el Ministerio del Trabajo. Para empezar, a modo de vermouth, anotemos que desde que se hace uso de este mecanismo de concertación⁵⁹, se ha *concertado* el salario mínimo en siete ocasiones, a saber: 2000, 2002, 2003, 2005, 2013, 2017 y 2018.

⁵⁷ SAMET, Andrew J. “Colombia Dimensión laboral y el desafío del conflicto civil: Restaurando la confianza y protegiendo los derechos de los trabajadores”. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá. (2007).

⁵⁸ Sentencia C-815 de 1999. Corte Constitucional. 1999.

⁵⁹ El salario mínimo en Colombia se instituyó por medio de la Ley 6 de 1945, año a partir del cual el gobierno comenzó a “[...] señalar, por medio de decretos que regirán por el término que en ellos se indique, los salarios mínimos para cualquier región económica o cualquier actividad profesional, industrial, comercial, ganadera o agrícola de una región determinada, de conformidad con el costo de vida, las modalidades del trabajo, los sistemas de remuneración o la capacidad económica de las empresas, previo concepto de comisiones paritarias de patronos y trabajadores.” (Artículo 4°, Ley 6 de 1945). Nótese que desde el origen del salario mínimo, este se concertaba tras recibir la opinión de trabajadores y de patronos, que es, con algunas arandelas, lo que sucede tras el mandato del artículo 56 C.P. regulado por la Ley 278 de 1996.

De forma desafortunada para los objetivos del presente estudio (y para el entorno laboral considerado de forma abstracta), existen solo dos historiales en actas sobre las reuniones de concertación salarial del CPCPSL en la página web del Ministerio de Trabajo, pero a pesar de ser pocas es posible construir a partir de ellas una idea de lo que las organizaciones sindicales proponen en estas concertaciones, y la forma en la que lo hacen⁶⁰.

Entonces, es posible abstraer las siguientes anotaciones a partir de las antedichas actas del CPCPSL:

- Las centrales obreras efectivamente procuran concertar sobre elementos que son importantes para el trabajador medio.
- Las centrales obreras realizan estudios estadísticos y macroeconómicos que les permiten moverse en la concertación con conocimiento de causa, pero estos estudios no siempre están a la altura de los objetivos que procuran alcanzar (justificación de los pedimentos frente al nivel deseado del salario mínimo para la vigencia siguiente) y por ello tienen que acudir a la información presentada por el sector gubernamental, o incluso por el sector empresarial.
- Las centrales obreras procuran fines comunes pero, en la concertación, se mueven de forma independiente y desordenada. Existe un evidente cisma entre el mecanismo de negociación por el que optan la CTC y la CGT, frente al predilecto por la CUT, siendo este último más radical y conflictivo.
- Los representantes de las centrales obreras se enfrascan en enfrentamientos personales con los representantes del gobierno, con sorprendente facilidad.

A partir de estas aseveraciones es posible afirmar que frente a la concertación del salario mínimo ocurre un fenómeno muy similar respecto de las reuniones corrientes del CPCPSL, debido a que se perfecciona en múltiples ámbitos el riesgo de selección adversa. Sin embargo, y en parte gracias al aumento de la tensión que provoca el tema del salario mínimo en las centrales obreras, se observan visos de riesgo moral reflejados en las participaciones de los sindicatos, especialmente de la CUT. Esto, por cuanto que en ocasiones se desliga de su mandato y en sus participaciones deja de procurar la defensa de los intereses de sus representados trayendo a colación temáticas de su preferencia, y en vez de ello se enzarza en discusiones personales sin implicaciones trascendentes, que tienen como consecuencia el entorpecimiento de la concertación salarial. Grosso modo, se verifica en cierto grado

⁶⁰ Nótese que se han excluido, de forma voluntaria, las apreciaciones de la CPC. Esto, con base en que a pesar de que hacen parte del mismo sector que los sindicatos, lo cierto es que no representan a los trabajadores y por lo tanto su análisis es inocuo frente a nuestras pretensiones. Y con esto no se pretende deslegitimar la presencia de la CPC en la CPCPSL, sino meramente centrar el análisis en el ámbito verdaderamente sindical.

el riesgo de agencia defectuosa por cuanto que los representantes sindicales de los sindicatos de tercer grado más importantes del país se desentienden de su mandato (que presumiblemente es el establecimiento de un salario mínimo alto que permita el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores del país) por diferentes motivos o alicientes, unos que podrían identificarse de forma anticipada con la ausencia de preparación para la negociación, con la falta de actitud negocial, o con la existencia de factores externos que resulta imposible abstraer de la lectura de las actas del CPCPSL.

Decretos de fijación del salario mínimo en Colombia desde el 2010

A manera de complemento, con miras a lograr un mayor conglomerado probatorio para poder aducir conclusiones medianamente respetuosas de la lógica formal, se analizarán a continuación las consideraciones de los decretos de fijación del salario mínimo en Colombia desde el año 2010.

- Decreto 4965 del 27 de diciembre de 2007: simplemente anuncia que después de cinco sesiones del CPCPSL no se logró llegar a un acuerdo.
- Decreto 4868 del 30 de diciembre de 2008: llanamente considera que tras cuatro sesiones del CPCPSL no se pudo llegar a un acuerdo.
- Decreto 5053 del 30 de diciembre de 2009: meramente considera que luego de seis sesiones del CPCPSL, las partes no se avinieron a acuerdo alguno.
- Decreto 4834 del 30 de diciembre de 2010: anuncia en sus consideraciones que tras seis sesiones no se pudo lograr ningún acuerdo. Además, establece que “[...] los representantes de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y de la Asociación de Pensionados de Colombia (CPC) se retiraron de la mesa de concertación [...]”.
- Decreto 0033 del 11 de enero de 2011: este decreto es producto de la necesidad a la que se vio avocado el gobierno respecto de elevar el salario mínimo decretado, cuando se dio cuenta que la inflación era superior al crecimiento establecido.
- Decreto 4919 del 26 de diciembre de 2011: determina que tras cuatro reuniones se logra consenso para la fijación del incremento del salario mínimo.
- Decreto 2738 del 28 de diciembre de 2012: considera, tras enunciar las cinco ocasiones en las que se reunió la CPCPSL, que no se logró establecer concertación alguna.
- Decreto 3068 del 30 de diciembre de 2013: se limita a establecer que el CPCPSL llegó a un acuerdo concertado.
- Decreto 2731 del 30 de diciembre de 2014: anuncia en sus consideraciones que tras tres sesiones de la CPCPSL no se llegó a acuerdo alguno. En esta ocasión, se prorrogó el plazo máximo establecido en la ley y se realizaron consultas interpartes con la mediación del Ministerio del Trabajo, mas en vano.

- Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015: afirma que tras cuatro sesiones no cumplieron las partes respecto de concertación alguna. Nuevamente, se prorrogó el plazo legal máximo, pero las diferencias permanecieron insolubles.
- Decreto 2209 del 30 de diciembre de 2016: Se prorrogó por fuera del término legal ordinario el plazo para lograr una concertación, pero finalmente no hubo acuerdo alguno entre las partes involucradas.
- Decreto 2269 del 30 de diciembre de 2017: en sus consideraciones se puede observar que tras 4 sesiones de la CPCPSL las diferencias permanecieron insalvables, razón por la cual no se pudo concertar.
- Decreto 2451 del 27 de diciembre de 2018: en este decreto se puede observar que, aunque las diferencias entre las propuestas de incremento del salario mínimo eran bien disímiles, las partes lograron llegar a una solución concertada tras una prórroga del plazo máximo legal y una mediación bienaventurada del Secretario Técnico de la CPCPSL.

Esta información permite comprobar lo complejo que ha sido en la historia nacional reciente la concertación de un salario mínimo que contente a las partes involucradas en cuestión, de tal forma que en la mayoría de los casos acá ilustrados ha sido necesario que el gobierno establezca el nivel de salario mínimo de forma unilateral dada la imposibilidad fáctica de establecer consensos. En términos numéricos, es viable establecer que de los 12 intentos de concertación anunciados, solo en tres de ellos se logró un acuerdo en el comité tripartito, lo que equivale al 25% de las oportunidades, y si tenemos en cuenta como referencia el año de 1996, que fue en el que se creó la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, de 23 oportunidades se ha logrado concertar en siete, lo que arroja un 30,43% de oportunidades concertadas. Este análisis ha de limitarse a lo ilustrado hasta ahora, dado que en este caso no es posible afirmar que las razones por las que en algunos de estos casos no se haya llegado a un acuerdo (o las razones por las que se logró llegar a un acuerdo) hayan implicado visos de selección adversa o riesgo moral. Para ello, habría que acudir a un estudio pormenorizado de las actas de las reuniones de concertación, que no están disponibles al público. Más que Teoría de la Agencia, este acápite permite evidenciar la dificultad fáctica que históricamente ha connotado la concertación salarial en Colombia.

Aplicación de los postulados de la Teoría de la Agencia

En la medida en que la denominación expresa es conducente, es recomendable establecer nuevamente que en la organización sindical el principal es un sujeto compuesto por todos los trabajadores sindicalizados que le otorgan un mandato a un agente, que es el representante sindical en cualquiera de sus manifestaciones. Este mismo orden se aplica de forma exactamente igual en la conformación de sindicatos de segundo y tercer orden.

Para poder aplicar la Teoría de la Agencia al sindicalismo colombiano y a la forma en la que este participa en la concertación del salario mínimo, se hará una remisión

al Triángulo de Riesgos de Cressey, debido a que este nos permite un análisis holístico y práctico acerca de la forma en la que el riesgo de agencia puede perfeccionarse dentro de la ejecución de un esquema sindical. Cada una de las tres aristas, así:

- Motivación: los representantes sindicales tienen múltiples alicientes que convierten la incursión en problemas de agencia en un evento plausible, tanto desde la perspectiva de la selección adversa como desde el entendimiento del riesgo moral. Entonces, algunos elementos que pueden motivar a los representantes sindicales a desviarse de su mandato, son los siguientes:
 - Viajes y dinero de cooperación internacional;
 - Recursos gubernamentales anuales para el ejercicio sindical;
 - Cupos remunerados en los consejos directivos de cajas de compensación familiar;
 - Dinero para eventos y publicidad;
 - Cupos remunerados en las juntas directivas de entidades públicas como el SENA, el FNA y el ICBF;
 - Auxilio para la negociación;
 - Bonificaciones por negociación exitosa;
 - Lejanía del sindicalista con el líder sindical y con sus labores. Información asimétrica que genera selección adversa (ex ante) y riesgo moral (ex post);
 - Conflictos personales del líder sindical con sectores o personas que se sientan en la mesa de negociación;
 - Costo de la investigación de las necesidades reales de los trabajadores sindicalizados y de mecanismos de resolución para las mismas;
 - Imposibilidad fáctica de prevenir las contingencias negociales;
 - Costo de la educación en la que tendrían que incurrir los líderes sindicales para la negociación y la eficiente defensa de los derechos de obreros;
 - Dificultades de financiación de los sindicatos;
 - Falta de concreción de los mandatos u obligaciones de los líderes sindicales, que tienen ante todo una obligación de medios y no de resultado frente a sus principales.
 - Garantías y prebendas laborales por el desarrollo del sindicalismo (recuérdense las 10 garantías del Dr. Villa Restrepo).
 - Ausencia de información en el sector obrero, que ocasiona la manufactura de mandatos defectuosos.
 - Obscuridad de las normas que rigen las relaciones laborales en términos individuales o colectivos.
 - Contradicción de las normas que rigen las relaciones laborales en términos individuales o colectivos.

Algunos de estos elementos son dádivas del sector empresa o del gobierno que en sí mismas no tienen connotación negativa, pero que pueden ser recibidas por los líderes sindicales a cambio del desistimiento de la defensa de

algún interés o derecho primordial para sus representados, y que además se habían encargado de lograr. Otros de los elementos no les son imputables a los líderes sindicales, pero deben tenerse en cuenta porque sin duda alguna influyen sus decisiones y su desempeño en la defensa de los mandatos que les imparten desde el sector obrero. Finalmente, también tenemos que muchos de estos elementos son producto del manejo que desde la reglamentación del sindicalismo en Colombia y desde la interpretación jurisprudencial que se les ha dado a los derechos de los trabajadores, los facultan e invita a moverse de determinada forma en el ámbito negocial.

- Oportunidad: los sindicatos de todos los órdenes poseen poca o nula veeduría sobre sus líderes sindicales y sobre su desempeño en la mesa de negociación. Esto, por cuanto que, aunque su estructura sea teóricamente democrática, los líderes sindicales son sujetos de grandes dotes políticas que se permiten pintar las derrotas negociales como producto de la falta de actitud de las contrapartes. Tanto es así, que puede afirmarse que casi que el único mecanismo de información dentro de una organización sindical es el que dispone la misma organización sindical, aunque el sector empleador y en ocasiones el gobierno traten de nivelar un poco la balanza de la verdad. Además, los trabajadores sindicalizados poco o nada saben acerca de las acciones que realizan los líderes sindicales dentro y fuera de la mesa de negociación, por lo que cualquier prebenda logren, por pequeña que sea, causa un gran impacto dentro de su esquema de satisfacción de necesidades de origen sindical, y cualquier noticia negativa es fácilmente inculpada al sector empresarial o al sector de gobierno.
- Racionalización: para este punto se precisan de análisis psicológicos que pueden ser tan amplios como densos, puesto que razones y justificaciones para incurrir en actuaciones contrarias al mandato que se le endilga al representante sindical pueden ser tan variadas como variados son los mismos representantes. Por esta razón, nos abstendremos de profundizar en esta dirección.

Nótese que los elementos arriba descritos no se limitan necesariamente al ámbito de la concertación del salario mínimo, porque aunque no se haya realizado un estudio de los elementos concretos que se derivan en una negociación colectiva ordinaria y que pueden reportar riesgo de agencia, es indudable que los descubrimientos serían similares puesto que las implicaciones negociales tendrían un grandes símiles. Empero, no se realizará remisión a este respecto en las conclusiones con el objetivo de guardar conexión lógica entre lo prometido, lo trabajado y lo concluido.

CAPÍTULO SÉPTIMO: CONCLUSIONES

Daniel Kahneman, dispuso en “Pensar rápido, pensar despacio” una premisa especialmente diseñada para explicar y entender las conclusiones que estamos a punto

de elucidar, así: “[...] Una organización que trate de mejorar el producto de su decisión debe proponerse rutinariamente llevar a cabo mejoras en la eficiencia y seguir cada una de estas etapas. El concepto operativo es rutina. El constante control de calidad es una alternativa a las revisiones generales de procesos que las organizaciones comúnmente llevan a cabo después de un desastre. Hay mucho que hacer en la mejora de la toma de decisiones. Un ejemplo entre muchos otros es la sorprendente ausencia de una formación sistemática en la tarea esencial de organizar reuniones útiles. [...]”⁶¹.

Se habla de organizaciones sindicales y de la forma en la que estas representan los intereses de los trabajadores en Colombia. Se habla de representatividad, y es preciso verla como lo hace Valdés Dal-Ré, es decir, como “[...] una noción polisémica, susceptible de apropiarse diversos sentidos [...]”⁶², pero sea cual sea el sentido del que se la dote, es importante no incurrir en la falacia de generalización indebida: no se puede afirmar, bajo ninguna circunstancia, que una acción ejecutada por uno o varios de los líderes sindicales es la que habrían tomado todos ellos.

A partir de este preámbulo, se anuncian entonces las conclusiones a las que se han llegado a partir del presente estudio:

1. La estructura jurídica del ordenamiento y las connotaciones que le imprime al desarrollo del sindicalismo son un arma de doble filo para los sindicatos. Esto, por cuanto que a raíz del desarrollo normativo que ha tenido el sindicalismo en el país se ha tergiversado la teleología sindical, y más que defender derechos colectivos su aplicación inmediata implica la protección de intereses laborales individuales a costa del sector empleador. La defensa irracional que a nivel jurisprudencial se les ha dado a algunas facciones del sindicalismo es un aliciente incuestionable para que el sector empleador acuda a herramientas de tercerización laboral y a mecanismos alternativos de derecho laboral colectivo, como el Pacto Colectivo y el Contrato Sindical (sin que ello implique, vale decirlo, vulneración alguna a los derechos de los trabajadores, a pesar de lo que se ha estatuido a través de jurisprudencia nacional y comparada).

Muchas de las garantías de las que se ha dotado al sindicalismo son de forma simultánea un obstáculo para la defensa de los derechos del sector obrero y una rémora para la productividad empresarial.

2. La Teoría de la Agencia es perfectamente aplicable al sindicalismo colombiano, por cuanto que los líderes sindicales tienen elementos motivacionales muy importantes que los incitan a la incursión en la problemática de la agencia, y casi ningún óbice que se los impida (la asimetría de la información es

⁶¹ KAHNEMAN, Daniel. “Pensar rápido, pensar despacio”. Penguin Random House Grupo Editorial, S.A.S. Bogotá. (2017).

⁶² VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “El sistema de diferenciación entre organizaciones sindicales: de la mayor representatividad a la suficiente implantación y representatividad, I y II. Relaciones laborales, I-9 (1993).

considerable, la probabilidad de selección adversa es magnífica y el riesgo moral indudable). Ha de traerse a colación que las grandes confederaciones, a través de sus canales institucionales, permiten evidenciar conductas y posiciones que más que defender los derechos de los trabajadores, se encaminan a la propagación ideológica, lo que tiene como efecto principal el adormecimiento de los intereses reales y prácticos de los trabajadores (mejora de condiciones laborales y extralaborales) y el endurecimiento de la posición obrera frente al empresario y al gobierno, dificultando así el diálogo social.

Desde el punto de vista de la concertación del salario mínimo, es preciso afirmar en primer lugar que a partir del análisis de las actas y los boletines proferidos por el CPCPSL no se logra evidenciar el perfeccionamiento íntegro o absoluto del riesgo de agencia como lo hemos tratado, por cuanto que su contenido es limitado e inexacto, y no se logra colegir de forma íntegra cuál es el desarrollo real de las diferentes negociaciones. Quizá, la única forma de comprobar realmente la realización del riesgo de agencia en la concertación salarial sea presenciando las reuniones del CPCPSL. Sin perjuicio de lo anterior, ha de afirmarse que bien es cierto que algunos elementos que caracterizan el riesgo de agencia sí salen a la luz de forma indefectible, como por ejemplo:

- Los líderes sindicales se enzarzan adrede en disputas personales que atrofian la negociación (Perfeccionamiento del riesgo moral).
- Los líderes sindicales carecen de formación técnica suficiente para el correcto desarrollo de la negociación (Perfeccionamiento de la selección adversa).
- Los líderes sindicales carecen de información estadística suficiente para el correcto desarrollo de la negociación (Perfeccionamiento de la selección adversa).
- Las confederaciones sindicales cuentan con posiciones ideológicas férreas que en ocasiones les impide concertar propuestas sectoriales que les permitan mostrarse sólidos ante los otros dos sectores (Perfeccionamiento de la selección adversa o del riesgo moral).
- Las confederaciones sindicales no tienen una agenda programática común, cada una tiene sus intereses primordiales y realiza cuentas independientes, de tal forma que al momento de presentar propuestas se observan caminos disímiles que dificultan el trámite negocial. (Perfeccionamiento de la selección adversa o del riesgo moral).

Cierto es que para mitigar estos riesgos habría que profundizar en un estudio de campo práctico sobre la organización y estructura de los sindicatos de

diversos órdenes, que nos permita corroborar la existencia de múltiples vicios institucionales internos que son causa de riesgo de agencia.

3. Si desde la cúpula de dirección de los sindicatos no se realizan reformas estructurales concretas que permitan la comunicación democrática, la satisfacción real y concreta de las necesidades e intereses básicos de los asociados sindicales continuará insoluble. Si no se disminuye la brecha informática y comunicacional entre los directivos sindicales y los trabajadores (agentes y principales), y se minimiza la asimetría informática entre ellos, difícilmente podrán verdaderamente los sindicatos proteger los derechos de los trabajadores, tanto en el ámbito de la concertación del salario mínimo como en el ámbito de las negociaciones colectivas individualmente consideradas.

Es indudable que todo lo que se acaba de elucidar tiene un costo político, económico y social alto. Es por ello por lo que cualquier iniciativa que tomen las organizaciones sindicales en este sentido será inane si no cuenta con apoyo desde el sector empresarial, desde el sector gubernamental e incluso desde el sector internacional (OIT principalmente). Deberá aligerarse la regulación laboral colectiva, y enfocarla directamente a los asuntos que verdaderamente interesan al conjunto de trabajadores. Deberán promoverse proyectos empresariales que incluyan a los sectores sindicalizados y a sus intereses más profundos. Deberán adoptarse políticas públicas concretas para la protección y fomento del sindicato proactivo, en desmedro de aquel ejercicio sindical encargado de minar la producción y en apoyo de aquel ejercicio sindical preocupado por la satisfacción de las necesidades colectivas del sector obrero. Deberá modernizarse la directriz internacional del derecho colectivo, de tal forma que se adapte a las nuevas formas de trabajo que se avienen de forma inminente.

Finalmente, se concluye que la premisa a la que llegaron Perry, Gómez y Londoño en 1986 fue demasiado optimista, puesto que aunque ellos pensaban que “[...] A pesar de las diferencias de ideología y de técnica entre las centrales se da, pues, un claro proceso de convergencia en la actualidad. Ello puede conducir a una acción más cohesionada y efectiva por parte del movimiento sindical frente a la discusión y la negociación de la política económica. La necesidad de una mayor unidad de acción sindical se ha hecho evidente frente a la urgencia percibida de influir eficazmente sobre la política económica. [...]”⁶³. Lo cierto es que la realidad política, jurídica, económica y social de Colombia es totalmente diferente, por los amplios riesgos y los múltiples incentivos perniciosos que influyen de forma indefectible el actuar de los trabajadores sindicalizados y de los representantes sindicales, de forma tal que la agencia encargada difícilmente será llevada a cabo en los términos en que los trabajadores colombianos lo precisan.

⁶³ PERRY RUBIO, Guillermo, GÓMEZ BUENDÍA, Hernando, LONDOÑO BOTERNO, Rocío. “Sindicalismo y política económica”. Fedesarrollo. (1986).

CAPÍTULO OCTAVO: FUENTES Y REFERENCIAS

Bibliografía:

- ACEVEDO M., José Manuel. “Hacia un sindicalismo responsable”. Portafolio. 2011.
- ÁLVAREZ PÉREZ, María Belén, ARBESÚ LÓPEZ, Pilar, FÉ CANTÓ, Cecilia. “Las cooperativas en el marco de la teoría de la agencia”. CIRIEC-ESPAÑA, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, núm. 34. 2000. 169-188.
- BLACKER, Keith, & MACCONELL, Patrick. “People Risk Management: A practical approach to managing the human factors that could harm your business”. Kogan Page Publishers. 2015.
- BORLAND, Jeff, y OULIARIS, Sam. “The determinants of Australian trade union membership”. Journal of Applied Econometrics 9.4. 1994.
- CABANELLAS, Guillermo. “El contrato de trabajo”. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires. 1963.
- CASANOVA, Miguel. “La noción jurídica de empresa y su impacto sobre las decisiones empresariales”. Revista de Derecho, vol. 12, # 24. 2013. 89-102.
- CASTAÑO DUQUE, Germán Alberto. “Teoría de la agencia y sus aplicaciones”. Decisión Administrativa 1. 2015. 7-10.
- CIALTI, Pierre-Henri, VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. “La representatividad sindical como herramienta de promoción sindical en Colombia.” Universitas 135 2017. 53-97.
- CLARK, Robert C. “Agency Costs versus fiduciary duties”. Division of Research, Harvard Business School. 1983. 59-62
- CRESSEY, Donald R. “Other people’s money: A study in the social psychology of embezzlement (revised edition). Montclair”. 1973.
- CUELLAR LÓPEZ, María Mercedes. “Los sindicatos y la asignación del ingreso en Colombia, Un siglo de historia laboral”. Ediciones Uniandes. 2009. 27-36.
- GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, y GUIDO, Horacio. “La negociación Colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control”. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 2000.
- GORBANEFF, Yuri. “Teoría del Agente-Principal y el mercadeo”. Revista Universidad EAFIT No. 129. 2003. 76-77.
- GUATAQUÍ, Juan Carlos, RODRÍGUEZ, Mauricio, GARCÍA, Andrés Felipe. “Determinantes estructurales de la sindicalización en Colombia”. Universidad del Rosario. Facultad de Economía. Serie “Documentos de trabajo” No. 58. 2009.
- HOBBS, Thomas. “Leviatan: o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil.” No. 320.1 H62y 1980. 2003.
- HOLMSTROM, Bengt, y MILGROM, Paul. “Multitask principal-agent analyses: Incentive contracts, asset ownership, and job design”. JL ECON. & Org. 7. 1991.

- JARAMILLO VALLEJO, Humberto Jairo. “La deconstrucción del derecho sindical en Colombia”. Publicado en “Derecho Laboral, Seguridad Social y la Empresa”. DIKE Biblioteca Jurídica. 2017. 169-186.
- KAHNEMAN, Daniel. “Pensar rápido, pensar despacio”. Penguin Random House Grupo Editorial, S.A.S. Bogotá. 2017.
- KAHNEMAN, Daniel, & TVERSKY, Amos. “Prospect theory: An analysis of decision under risk”. *Econometrica* Vol. 47, No. 2. 1979. 263-292.
- KLARE, Karl E. “Critical Theory and Labor Relations Law”. 1982.
- MARSHAL, Adriana, y PERELMAN, Laura. “Sindicalización: incentivos en la normativa sociolaboral”. Cuadernos del IDES 4. 2004.
- MENG, JUDE Chua Soo & JUURIKKALA, Oskari. “El don personal en las empresas sanas: Racionalidad limitada, valores inconmensurables y agencia económica”. *Revista Empresa y Humanismo* 11.1. 2008. 67-88.
- PERRY RUBIO, Guillermo, GÓMEZ BUENDÍA, Hernando, LONDOÑO BOTERNO, Rocío. “Sindicalismo y política económica”. Fedesarrollo. 1986.
- RAMÍREZ GÓMEZ, Mauricio Andrés & ARANGO VÁSQUEZ, Leonel. “Una aproximación esquemática a la teoría de la agencia”. *Tratado de estudios organizacionales. Volumen 1. Universidad EAFIT* 2018. 255-277.
- ROTHSTEIN, Bo. “Marxism, institutional analysis, and working-class power: the Swedish case”. *Politics & Society* 18:3. 1990.
- SAMET, Andrew J. “Colombia Dimensión laboral y el desafío del conflicto civil: Restaurando la confianza y protegiendo los derechos de los trabajadores”. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá. 2007.
- SÁNCHEZ DE DIOS, Manuel. “Nueva perspectiva de la responsabilidad política: la teoría de la agencia”. *Revista de las Cortes Generales* 67. 2006. 139-142.
- SANTA RAMÍREZ, Sandra Lorena & GARCÍA RENDÓN, John Jairo. “Riesgo conductual en el mercado de valores en Colombia entre 2010 y 2015”. MS tesis. Universidad EAFIT. 2016.
- SUNSTEIN, Cass R., & THALER, Richard H., “Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad.”. Penguin Random House Grupo Editorial. 2017.
- SUNSTEIN, Cass R. & THALER, Richard H. “Un pequeño empujón. El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad”. Penguin Random House Grupo Editorial S.A.S. Bogotá. 2017.
- TITO MACCIO, Plauto. “Asinaria”. 210 a.C.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “El sistema de diferenciación entre organizaciones sindicales: de la mayor representatividad a la suficiente implantación y representatividad, I y II. *Relaciones laborales*, I-9. 1993.
- VALENCIA VILLA, Hernando. “Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano”. Panamericana Editorial Ltda. Bogotá. 2012.
- VILLA RESTREPO, Santiago. “El derecho de Asociación Sindical solo lo pueden ejercer los trabajadores con contrato de trabajo salvo para celebrar un contrato sindical”. Publicado en “Derecho Laboral, Seguridad Social y la Empresa”. DIKE Biblioteca Jurídica. 2017. 129-169.

- VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. “Sindicatos. ¿Qué Sucede?: un estado de cosas inconstitucional. Reflexión jurídica crítica desde la vivencia profesional”. Grupo Editorial Ibáñez. Tercera edición. 2019.
- WADDINGTON, Jeremy, y WHITSON, Colin. “Why do people join unions in a period of membership decline?” British Journal of Industrial Relations 35.4. 1997.

Normas en cita:

- Constitución Política de 1886. República de Colombia. 1886;
- Constitución Política de 1991. República de Colombia. 1991;
- Convenio C011- Sobre el derecho de asociación (agricultura). Organización Internacional del Trabajo. 1921;
- Convenio C087 – Sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. Organización Internacional del Trabajo. 1948;
- Convenio C098 – Sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Organización Internacional del Trabajo. 1949;
- Convenio C151 – Sobre las relaciones de trabajo en la administración pública. Organización Internacional del Trabajo. 1978;
- Convenio C154 – Sobre la negociación colectiva. Organización Internacional del Trabajo. 1981;
- Decreto Ley 2663 de 1950. Presidente de la República de Colombia. 1950;
- Decreto 2351 de 1965. Presidente de la República de Colombia. 1965;
- Decreto 0427 de 2008. Presidente de la República de Colombia. 2008;
- Decreto 0089 de 2014. Presidente de la República de Colombia. 2014;
- Ley 78 de 1919. Congreso de la República de Colombia. 1919;
- Ley 06 de 1945. Congreso de la República de Colombia. 1945;
- Ley 50 de 1990. Congreso de la República de Colombia. 1990;
- Ley 278 de 1996. Congreso de la República de Colombia. 1996;
- Sentencia C-567 de 2000. Corte Constitucional de Colombia. 2000;
- Sentencia C-797 de 2000. Corte Constitucional de Colombia. 2000;
- Sentencia C-063 de 2008. Corte Constitucional de Colombia. 2008;
- Sentencia SU-342 de 1995. Corte Constitucional de Colombia. 1995;
- Sentencia SU-511 de 1995. Corte Constitucional de Colombia. 1995;
- Sentencia SU-596 de 1996. Corte Constitucional de Colombia. 1996;
- Sentencia SU-570 de 1996. Corte Constitucional de Colombia. 1996;
- Sentencia SU-432 de 2015. Corte Constitucional de Colombia. 2015;
- Sentencia T-230 de 1994. Corte Constitucional de Colombia. 1994;
- Sentencia T-648 de 1999. Corte Constitucional de Colombia. 1999;
- Sentencia T-809 de 2005. Corte Constitucional de Colombia. 2005;
- Sentencia T-215 de 2006. Corte Constitucional de Colombia. 2006;
- Sentencia T-012 de 2007. Corte Constitucional de Colombia. 2007;
- Sentencia T-020 de 2007. Corte Constitucional de Colombia. 2007;
- Sentencia T-345 de 2007. Corte Constitucional de Colombia. 2007;
- Sentencia T-616 de 2012. Corte Constitucional de Colombia. 2012;

- Sentencia T-069 de 2015. Corte Constitucional de Colombia. 2015;
- Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Expediente No. 11001-03-25-000-2014-00716-00 (2229-2014). Consejo de Estado de Colombia. 2014;
- Sentencia de Radicado No. 33988, del 29/04/08. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. 2008;
- Sentencia de Radicado No. 41921, del 24/05/10. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. 2010;
- Sentencia SL8693 de 2014, de Radicado No. 59713. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. 2014;
- Sentencia C-815 de 1999. Corte Constitucional de Colombia. 1999;
- Sentencia de Radicado N°2014 – 00077 – 01, proferida el 06/03/15 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. 2015.

CAPÍTULO NOVENO: ANEXO ÚNICO

A continuación, se exhibe el estudio que se realizó frente a las memorias de las sesiones ordinarias de la CPCPSL, es decir, todas aquellas en que se reunió este ente consultivo sin el ánimo de concertar el salario mínimo.

- Memoria No. 1 de la sesión de la Comisión Permanente de Concertación, llevada a cabo el 05/02/14.
 - Violencia contra sindicalizados (CGT);
 - Huelga en el sector público (CGT, CUT, CTC);
 - Ausencia de justicia laboral colectiva (CUT);
- Memoria No. 2 de la sesión de la Comisión Permanente de Concertación, celebrada el 05/03/14.
 - Victimización y reparación al sindical (CGT, CUT, CTC);
 - Pactos colectivos como elemento de discriminación sindical (CTC).
- Memoria No. 3 de la sesión de la Comisión Permanente de Concertación, realizada el 24/04/14.
 - Victimización y reparación sindical (CTC, CGT, CUT);
 - Actitud contra negociación del sector empresarial (CTC).
- Memoria No. 4 de la sesión de la Comisión Permanente de Concertación, que tuvo lugar el 14/05/14.
 - Transformación de CTA en sindicatos (CUT);
 - Pactos colectivos como elemento de discriminación sindical (CUT, CTC);
 - Tercerización e informalidad (CGT).
- Memoria No. 5 de la sesión de la Comisión Permanente de Concertación, efectuada el 25/06/14.

- Felicitación a los presentes por sus nombramientos (CUT, CGT, CTC);
- Actitud del empleador (CTC);
- Actitud del gobierno (CUT);
- Defensa de la OIT (CUT);
- Defensa de la huelga (CUT).
- Memoria No. 7 de la sesión de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Laborales y Salariales, celebrada el 07/11/14.
 - Subcomisión de productividad laboral de la CPCPSL (CUT, CGT, CTC);
 - Importancia del diálogo (CTC);
 - Conflicto de ASONAL JUDICIAL (CUT);
 - Victimización y reparación sindical (CUT);
 - Problemática pensional de Buenaventura (CUT).
- Memoria No. 1 de la sesión de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, realizada el 25/05/15.
 - Memorando de entendimiento entre el Mintrabajo y la OIT (CGT, CTC, CUT);
 - Acuerdo de paz en la Habana (CGT);
 - Enfrentamiento entre la CUT y la ANDI (CUT);
 - Destacar el papel del Mintrabajo (CGT).
- Memoria No. 2 de la sesión de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, que tuvo lugar el 22/07/15.
 - Incumplimiento del gobierno (CUT, CTC);
 - Políticas para trabajo rural (CUT);
 - Pacto de trabajo infantil (CTC);
 - Resaltar la labor de la CPCPLS (CGT).
- Memoria No. 3 de la sesión de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, efectuada el 24/09/15.
 - Estabilidad laboral reforzada (CUT);
 - Participación sindical frente a OIT (CTC);
 - Atomización sindical (CGT);
 - Trabajo decente (CUT);
 - Acuerdo de paz en la Habana (CUT, CTC);
 - Participación del CTC en el SENA (CTC).
- Memoria No. 1 de la sesión de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, celebrada el 06/04/16.
 - Salario mínimo (CUT);
 - Formalización laboral (CUT, CGT);
 - Empleo agrícola (CGT, CTC); Política fiscal del gobierno (CTC);

- Congreso OIT (CTC);
- Desentendimiento de la CPCPSL por parte del gobierno (CUT).

En atención a la misma línea antes abarcada, en lo subsiguiente se ilustrará la forma en que se desglosaron las actas de las reuniones del CPCPSL en las que se trató a concertar el salario mínimo en Colombia.

- Memoria No. 1 de la sesión de la CPCPSL – Negociación del Salario Mínimo 2017, celebrada el 05/12/16.
 - Formalización laboral (CTC, CUT, CGT);
 - Distribución del ingreso (CUT);
 - Redistribución del ingreso (CGT);
 - Moción por el no ingreso de Colombia a la OCDE (CGT);
 - Exoneración del 8.0% de los pensionados en aporte a salud (CUT).
- Memoria No. 2 de la sesión de la CPCPSL – Negociación del Salario Mínimo 2017, llevada a cabo el 06/12/16.
 - Productividad laboral (CGT, CTC);
 - Intermediación y subcontratación (CTC).
- Memoria No. 3 de la sesión de la CPCPSL – Negociación del Salario Mínimo 2017, llevada a cabo el 07/12/16.
 - Análisis de la estadística del DANE y presentación de datos propios (CUT);
 - Informalidad y trabajo decente (CUT);
 - Impuesto sobre el consumo (CUT);
 - Impuesto sobre la renta (CUT);
 - Crítica a los BEPS (CUT);
 - Distribución del ingreso (CUT);
 - Acuerdo de la Habana debe refrendarse con concertación del salario mínimo (CTC, CGT);
 - Impacto de la reforma tributaria (CTC);
 - Nimiedad del salario mínimo actual (CTG);
- Memoria No. 4 de la sesión de la CPCPSL – Negociación del Salario Mínimo 2017, efectuada el 12/12/16.
 - Crítica a la ausencia del Ministro de Hacienda (CGT, CUT).
- Memoria No. 5 de la sesión de la CPCPSL – Negociación del Salario Mínimo 2017, realizada el 15/12/16.
 - Incapacidad del SENA para capacitación y formación especializada (CUT);
 - Crítica al sistema impositivo y a la distribución de los recursos obtenidos a raíz de parafiscales y CREE (CUT);
 - Crítica a la dinámica de concertación (CGT).

- Memoria No. 6 de la sesión de la CPCPSL – Negociación del Salario Mínimo 2017, celebrada el 22/12/16.
 - Displigencia del gobierno frente a la negociación (CUT);
 - Crítica a la reforma tributaria (CTC);
 - Solicitud de propuesta de incremento al gobierno (CGT);
 - Crítica a la actitud de empresarios (CUT);
- Memoria No. 7 de la sesión de la CPCPSL – Negociación del Salario Mínimo 2017, que tuvo lugar el 29/12/16.
 - Exoneración del 8.0% de los pensionados en aporte a salud (CUT, CGT, CTC);
 - Solicitud de propuesta de incremento al gobierno (CGT, CUT);
 - Propuestas de incremento por parte de los sindicatos:
 - CGT y CTC: Primero 14%, después 10%, luego 9.0% y finalmente 8.5%.
 - CUT: Primero 14%, luego 12%.
 - Impacto de la reforma tributaria (CUT, CTG);
 - Importancia de los acuerdos y de entender que un desacuerdo no deslegitima la CPCPSL (CGT, CTC);
 - Fracaso de la obligación que tiene la CPCPSL (CUT).
- Memoria No. 7⁶⁴ de la sesión de la CPCPSL – Negociación del Salario Mínimo 2019, realizada el 04/12/18.
 - Importancia de la información estadística (CGT);
 - Solicitud de propuesta de incremento al gobierno (CUT);
 - Crítica a la intermediación (CGT);
 - Crítica a la concentración de la riqueza (CGT);
 - Crecimiento del ingreso medio (CTC);
 - Recorte de personal estatal (CGT);
 - Presentación de pliego unificado nacional por parte de las 3 centrales (CGT);
 - Formalización (CTC).
- Memoria No. 3 de la sesión de la CPCPSL – Negociación del Salario Mínimo 2019, que tuvo lugar el 06/12/18.
 - Costo canasta básica e ingreso por sector (CTC, CTG);
 - Indefensión del empleado (CGT);
 - Fortalecimiento y modernización del sector productivo (CGT);
 - Impacto del ingreso a la OCDE (CGT);
 - Ardua situación del campo (CGT, CTC, CUT);

⁶⁴ Probablemente hay un error en la nomenclatura de esta memoria, puesto que por tema y fecha debería ser la No. 1. Este yerro se observa a lo largo de la negociación para el 2018, puesto que no se numeraron bien, y/o se dejaron de publicar algunas de las actas.

- Estándares mínimos OIT (CUT);
- Discusión entre CUT y Mintrabajo (CUT).
- Memoria No. 9 de la sesión de la CPCPSL – Negociación del Salario Mínimo 2019, celebrada el 11/12/18.
 - Cambio de modelo de desarrollo (crítica a la dependencia en commodities) (CUT, CGT);
 - Productividad laboral (CUT);
 - Impacto positivo del salario mínimo sobre el empleo (CUT);
 - Bajo salario mínimo a nivel comparado (CTC);
 - Sentencia C-815/99 (CTC);
 - Salario mínimo vital (CGT);
 - Trabajo decente (CGT);
 - Discusión entre la CUT y Mintrabajo (CUT).
- Memoria No. 10 de la sesión de la CPCPSL – Negociación del Salario Mínimo 2019, llevada a cabo el 14/12/18.
 - Impacto de la ley de financiamiento (CTC, CUT);
 - Importancia de la concertación (CTC, CGT);
 - Necesidad de un aumento considerable del salario mínimo (CUT, CGT);
 - Brecha salarial de género (CTC);
 - Cierre de empresas (CGT, CTC).
- Memoria No. 11 de la sesión de la CPCPSL – Negociación del Salario Mínimo 2019, realizada el 20/12/18. (No evidencia lo que propone cada parte, sino que se remite directamente al acuerdo, parafraseando algunas de las consideraciones de las partes.)
 - Se acuerda un aumento del salario mínimo del 6% y del subsidio de transporte del 10%;
 - No firman el acuerdo por ser insuficiente (CUT).