

CRITERIOS CONCLUYENTES SOBRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL EN COLOMBIA

7

Introducción

En consonancia con el Comité de Libertad Sindical y de conformidad con el Artículo 2 del Convenio número 87 de la OIT, el derecho de asociación sindical puede ser ejercido:

[...] sin discriminación de ninguna clase debida a la ocupación, al sexo, al color, a la raza, a las creencias, a la nacionalidad, a las opiniones políticas, etc., no sólo a los trabajadores del sector privado de la economía, sino también a los funcionarios y a los agentes de los servicios públicos en general (OIT, 2006, nota 209).

Basta reiterar que el Artículo 2 del Convenio número 87 de la OIT, ratificado mediante la Ley 26 de 1976, contempla dos aspectos esenciales: el primero es consagrar el derecho de asociación positivo vinculado a la libertad de asociación y a la voluntad de empleadores y trabajadores de asociarse libremente en defensa de sus intereses (Rojas, 1991). En el caso del CST, existe una coincidencia con el derecho de asociación positivo a partir del Artículo 353, que consagra este derecho a empleadores y trabajadores sometidos a la ley y a la inspección y vigilancia del Gobierno, siempre y cuando dicha ley e inspección y vigilancia no violen los Convenios número 87 y número 98 de la OIT.

No obstante, el mismo CST contempla una especie de derecho de asociación negativo (De Soto, 1998). Contradice el contenido del Convenio número 87 de la OIT, al estipular en su Artículo 471 la extensión de la convención colectiva a los trabajadores no sindicalizados, es decir, no afiliados y los compromete, ya sea de manera voluntaria (cuando el sindicato es menos de la tercera parte), automática (cuando excede de la tercera parte) o por acto gubernamental, a pagar las cuotas ordinarias sindicales. En este caso, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que es admisible la aplicación del convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados si esta extensión es producto del acuerdo de las partes; de lo contrario, será violatorio del convenio, en especial cuando lo establece la ley⁶².

El otro aspecto que contempla el mencionado Artículo 2 del Convenio número 87 de la OIT es el derecho de los empleadores y trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes, en concordancia con el Artículo 39 de la Constitución Política y con el Artículo 353 del CST, dentro de los siguientes criterios:

De acuerdo con la metodología de la *Gran encuesta integral* del Departamento Nacional de Estadística (Dane, 2013), que sigue los lineamientos de las recomendaciones de la OIT, en Colombia se entiende por trabajador a toda persona que se encuentra dentro de la población en edad de trabajar, constituida por las

.....
62 "1050. En casos de decretos de extensión de convenios colectivos que las autoridades públicas habían promulgado, cuando los convenios colectivos en causa habían sido concluidos por organizaciones minoritarias frente a la oposición de una organización que representaba a la gran mayoría de los trabajadores de un sector, el Comité estimó que el Gobierno hubiera podido proceder a una verificación objetiva de la representatividad de las asociaciones profesionales en causa, dado que en ausencia de tal verificación la extensión de un convenio podía ser impuesta a todo un sector de actividad contra la voluntad de la organización mayoritaria de la categoría de trabajadores a que se destinaba el convenio ampliado y limitar así el derecho de negociación voluntaria de dicha organización mayoritaria.

1051. Toda extensión de convenios colectivos debería realizarse previo análisis tripartito de las consecuencias que ella habrá de producir en el sector al cual se la extiende.

1052. Cuando la extensión del convenio se aplica a los trabajadores no afiliados de las empresas cubiertas por la convención colectiva, dicha situación no plantea en principio problemas de contradicción con los principios de la libertad sindical, en la medida en que ha sido la organización más representativa la que ha negociado en nombre de la totalidad de los trabajadores y no se trata de empresas con una pluralidad de establecimientos (situación ésta en que la decisión de extensión debería corresponder a las partes).

1053. La extensión de un convenio a todo un sector de actividad en contra de las opiniones manifestadas por la organización que representa a la mayoría de los trabajadores cubiertos por el convenio ampliado, puede limitar el derecho a la libre negociación colectiva de dicha organización mayoritaria. Gracias a ese sistema pueden extenderse los convenios en que se recogen disposiciones susceptibles de empeorar las condiciones de trabajo de la categoría profesional de trabajadores en cuestión" (OIT, 2006, p. 224).

•Criterios concluyentes sobre el derecho de asociación sindical en Colombia•

personas de 12 o más años en la parte urbana y de 10 o más años de edad en la parte rural. La población económicamente activa también se llama fuerza laboral; son las personas en edad de trabajar y todas las personas que laboran en términos de subordinación laboral o no, independientes, informales, etc. En términos del Comité de Libertad Sindical, son las personas que laboran sin distinción en su vinculación jurídica, subordinada o no (OIT, 2006).

Lo anterior es la lectura necesaria sobre el ejercicio del derecho de asociación sindical colombiana, toda vez que si esta se hace desde el CST, nos limitaremos a establecer que el ejercicio del derecho de asociación sindical es propio de los trabajadores subordinados o con contrato o relación de trabajo, como lo señala el Artículo 5 del CST; sin embargo, de conformidad con la Constitución Política y el Artículo 2 del Convenio número 87 de la OIT, como parte del bloque de constitucionalidad, en Colombia pueden ejercer el derecho de asociación sindical todos los trabajadores, subordinados o no, independientes, autónomos, cooperados, de *outsourcing*, tercerizados, etc., es decir, toda persona mayor de 14 años⁶³ que forme parte del mundo del trabajo, sin importar su forma de vinculación jurídica (Kaiero, 2000; Letamendia, 2009).

Prohibición del derecho de asociación sindical

El Artículo 9 del Convenio número 87 de la OIT (1950) señala que la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las Fuerzas Armadas y a la Policía las garantías del ejercicio del derecho de asociación sindical (OIT, 2006). El Artículo 39, último inciso, de la Constitución Política expresa que “no gozan del derecho de asociación sindical, los miembros de la fuerza pública”, entendida como la integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

La anterior prohibición está enmarcada en el Artículo 219 de la Constitución: “La fuerza pública no es deliberante; no podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones, excepto sobre asuntos que se relacionen con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo y con arreglo a la ley”.

.....
63 Al respecto, la Sentencia C-1188 de 2015 declara exequible, condicionado, el Artículo 383 del CST. La edad mínima para afiliarse a una organización sindical rige también para aquellos trabajadores mayores de 12 años y menores de 14 años, siempre y cuando trabajen de manera excepcional en condiciones especiales de protección (Corte Constitucional, 2005e).

El Artículo 414 de Código Sustantivo del Trabajo extiende el derecho de asociación sindical a los servidores públicos, con excepción de los “miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden”. Tal negación refleja el carácter antidemocrático de la norma laboral, al presentar a los miembros de estos cuerpos como enemigos de la sociedad y la democracia y asumirlos como unos trabajadores diferentes, a pesar de que realizan actividades profesionales similares a otros trabajadores del Estado. Esta excepción al ejercicio del derecho de asociación sindical está fundamentada en que las Fuerzas Militares no pueden ser deliberantes. Pese a ello, el reconocimiento de este derecho constituye una lección de educación para la democracia, toda vez que les permite las reivindicaciones profesionales y económicas de los trabajadores militares. Se considera que no es posible una asociación de trabajadores armados; sin embargo, las armas son del Estado y antes que su existencia está el individuo. El militar, antes de serlo, es un trabajador que está en todo su derecho de participar en la vida y en el desarrollo de la sociedad.

Debería permitirse que las Fuerzas Militares y los cuerpos de policía conformen sindicatos y con más razón la Policía, que es una institución civil. Se ha querido extender esta inhibición al personal civil del Ministerio de Defensa, así como a los empleados civiles de empresas industriales, comerciales y establecimientos públicos adscritos a él. Mediante el Decreto ley 2287 de 1984, en su Artículo 58, se prohibió la sindicalización de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y se estableció su contravención como causal de mala conducta. Por fortuna, este Artículo fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia (1989): “El derecho de asociación es una parte del régimen constitucional de las libertades fundamentales del individuo y el legislador no puede negarlo”.

Asimismo, el Artículo 41 del Decreto 2353, que prohibía que los empleados de los fondos rotatorios de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se sindicalizaran, fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia (1989), con los siguientes argumentos:

Con la expedición del artículo 39 antes transcrito se elevan a canon constitucional disposiciones de orden legal como las contenidas en la ley 50 de 1990 respecto a la libertad sindical, además que Colombia se adecúa de forma a lo dispuesto a los Convenios número 87 y número 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en los cuales se consagran la libertad de sindicalización y la protección a dicho

derecho, convenios que habían sido aprobados por el Congreso colombiano por medio de las Leyes 26 y 27 de 1976 [...]. De otra parte, es importante hacer notar que según la norma que se analiza, el constituyente dejó en manos del legislador la regulación de los sindicatos que se formen en cuanto a su estructura interna y su funcionamiento, pues las organizaciones deberán sujetarse a la ley y en estos aspectos, según la Carta, deberán tener en cuenta los principios democráticos, los que, en sentir de la Corte, son todos aquellos destinados a dar mayor participación a los trabajadores en los órganos de dirección de tales agrupaciones, como en la adopción de decisiones, en los sistemas de elección para ocupar cargos de dirección, etc.

Los fondos de las fuerzas militares (el ejército, fuerza aérea y armada nacional) y de la policía nacional, son establecimientos públicos que se encuentran adscritos al Ministerio de Defensa Nacional, dotados de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente y fueron creados con la finalidad de “desarrollar la política y los planes que en materia de abastecimientos y servicios adopte el Gobierno” respecto de cada uno de dichos cuerpos.

Así las cosas, los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de dichos fondos rotatorios, que son personal civil, gozan del mismo derecho que tienen los demás trabajadores del Estado de formar sindicatos, pues por el hecho de laborar en una institución armada y no obstante la reconocida importancia de los servicios que desde el ángulo operativo prestan y acaban de mencionarse, no quedan cobijados por la única prohibición constitucional contenida en el último inciso del artículo 39 que exclusivamente rige para los miembros de la fuerza pública y, valga reiterar el personal civil no lo es, tal como se desprende del significado literal de las palabras y del entendimiento que a la expresión subrayada debe dársele conforme a los artículos 216 y ss. de la Constitución (p. 23).

En la práctica social se pueden presentar algunas prohibiciones al ejercicio del derecho de asociación sindical que desconocen el contenido del Convenio número 87 de la OIT, por ejemplo, cuando un empleador incluye la prohibición del derecho de asociación sindical en un contrato de trabajo, en memorandos o en la práctica interna de la empresa, con medidas intimidatorias para quienes lo ejerzan (Poole, 1984; Sepúlveda y Frías, 2007). Veamos:

1. Un trabajador miembro de una asociación sindical que pertenece a la junta directiva es llamado al servicio militar como reservista. ¿El trabajador pierde los derechos sindicales y su derecho de fuero sindical? Pensamos que si el trabajador está sindicalizado o es miembro de la junta directiva, continúa con todos sus derechos sindicales, así el llamamiento al servicio

militar constituya causal de suspensión del contrato de trabajo, ya que la situación de las relaciones individuales del trabajador suspendido o a quien se le ha terminado el contrato no incide en su afiliación al sindicato. Por tanto, este trabajador tiene derecho a continuar en la organización sindical.

2. Al establecer incompatibilidad entre la condición de afiliado a una organización sindical y la calidad de directivo de una institución privada, cuyos estatutos prohíben el derecho de asociación, es dable mencionar que el Artículo 38 del CP garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de actividades en sociedad; el Artículo 39 da a trabajadores y empleadores el derecho de constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado y señala que su reconocimiento jurídico se reproducirá con la simple inscripción del acta de constitución (Cuéllar, 2009); el Artículo 12 del CST expresa que el Estado colombiano garantiza los derechos de asociación y huelga; el mismo Código consagra la libertad de afiliación para los empleados; el Artículo 362 brinda a toda organización sindical el derecho de redactar libremente sus estatutos y reglamentos administrativos; el Artículo 389 del CST señala que no pueden formar parte de la junta directiva de un sindicato ni ser designados funcionarios del mismo los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores ni a los altos empleados directivos de las empresas.

El Convenio número 87 de 1948 de la OIT señala en su Artículo 2 que “los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, como es el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas” y en su Artículo 3, numeral a), dice que las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen derecho a redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades y de formular sus programas de acción. En el numeral b) expresa que las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

La Declaración universal de los derechos humanos, en su Artículo 23, otorga el derecho a sindicalizarse; el Pacto internacional de derechos económicos,

•Criterios concluyentes sobre el derecho de asociación sindical en Colombia•

sociales y culturales, en su Artículo 8, habla del derecho de toda persona a fundar sindicatos; el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, en su Artículo 22, trata sobre la libertad sindical; la Convención americana sobre derechos humanos, Artículo 16, aborda la libertad de asociación, como lo hace también la Convención sobre el Estatuto de Refugiados, Ley 35 de 1961, en su Artículo 15. Cabe señalar que los estatutos internos que regulan jurídicamente el desarrollo de una empresa y los parámetros establecidos por el empleador —llámese sociedad, fundación o compañía— están en la obligación de ser compatibles con la Constitución Política y la ley; por tanto, no pueden restringir o prohibir el derecho de asociación sindical.

A propósito, la Corte Constitucional ha dado una dimensión novedosa al derecho de asociación sindical que refresca su democracia y los grandes ideales de los compromisos que persiguió la Ilustración francesa, como la libertad, la fraternidad y el derecho de asociación sindical para el perfeccionamiento del ser humano. En su anhelo de realizarse física y espiritualmente, el individuo que presta su contingente laboral al servicio de un patrono —o este— tiene como valor la facultad de asociarse, condicionada a las leyes y buenas costumbres. Si el derecho de sindicalizarse y formar asociaciones de empleadores es útil y provechoso, entonces debe reconocerse como derecho fundamental.

Cuando un proyecto de estatutos de una corporación privada consagra que es incompatible la condición de afiliado a cualquiera de los sindicatos para ser miembro de la Sala General, viola el derecho de asociación sindical, puesto que la prohibición solo está consagrada en la Constitución Política en relación con los miembros de la Fuerza Pública (Afanador, 2016). La Corte Suprema de Justicia (1989) ha sostenido que el derecho de asociación sindical no puede ser prohibido por el Legislador, porque es un derecho constitucional:

Conviene insistir en que el legislador dentro de su competencia para regular el funcionamiento de los sindicatos no puede, sin violar el Estatuto Máximo, negar este derecho a persona alguna, salvo para los citados miembros de la Fuerza Pública, como en forma expresa y excluyente lo dispone la C. P. Estima la Corte que el legislador no puede, dentro de sus competencias y a efectos de organizar el modo de reconocimiento de las personas jurídicas, suprimir el derecho de asociación en una u otra actividad sin que medien previas consideraciones que tachen por ilícita o ilegal la actividad profesional o social de que se trate (p. 15).

En conclusión, el derecho de asociación sindical en Colombia no puede ser prohibido o restringido por normas legales, contratos o reglamentos de trabajo o normas internas de empresas; la única prohibición es para las personas naturales vinculadas a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, no así al personal civil vinculado a estos cuerpos. En la práctica, hacen carrera las llamadas prohibiciones veladas o leguleyas: algunos estatutos de empresas prohíben que representantes de los trabajadores en sus organismos de gobierno pertenezcan a las juntas directivas de las organizaciones sindicales, so pretexto de que estas representan al empleador. Estas formas disimuladas de prohibición del ejercicio del derecho de asociación sindical se convierten en estrategias antisindicales, cuyo objetivo es evitar que los trabajadores ejerzan su derecho fundamental de asociarse sindicalmente.

Restricciones a los trabajadores de dirección, confianza y manejo

El Artículo 389 del Código Sustantivo del Trabajo establece que los trabajadores de dirección, confianza y manejo no podrán formar parte de la junta directiva de un sindicato ni podrán ser funcionarios del mismo los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores o los altos directivos de las empresas. Si recae una elección sobre estos afiliados o si una vez electo entra a desempeñar alguno de los cargos mencionados, dejará, *ipso facto*, vacante su cargo sindical.

La normativa laboral no indica en forma clara y concreta quiénes son los trabajadores representantes del empleador ni quiénes son las altas directivas de la empresa. La Corte Constitucional (1998d) declaró exequible el Artículo 389 y precisó:

La norma acusada prohíbe a los afiliados al sindicato de la empresa que reúnan la condición de representantes del empleador frente a sus trabajadores o que se desempeñen como altos directivos de las empresas, formar parte de la junta directiva del respectivo sindicato o ser designados como funcionarios del mismo, estableciendo que una elección realizada contraviniendo dicha disposición es nula. Adicionalmente, ordena que para el trabajador sindicalizado que haya sido debidamente elegido en la mencionada junta directiva y entre a ocupar alguno de esos empleos, se producirá *ipso facto* la vacancia de su respectivo cargo sindical.

Es pertinente reiterar que, el derecho de asociación sindical surgió en sus inicios como una especie del derecho genérico a la libre asociación de las personas, derivada

•Criterios concluyentes sobre el derecho de asociación sindical en Colombia.

de la vida en comunidad, y vino a obtener un reconocimiento en el nuevo ordenamiento superior, con rango constitucional y fundamental (CP, art. 39), en forma independiente y autónoma, a través de la facultad de los trabajadores de constituir sindicatos y asociaciones por los empleadores, salvo para los miembros de la Fuerza Pública y sin intervención del Estado, con el fin de “promover y defender los intereses comunes que surgen de relaciones laborales y profesionales”.

De esta manera, representó un claro propósito del Constituyente salvaguardar de manera específica y con las respectivas garantías y protecciones constitucionales vigentes, la potestad, de los trabajadores de fundar organizaciones sindicales, paralela al ejercicio de la libertad de afiliación como de desafiliación de las mismas, y con la posibilidad de hacer uso de los demás derechos consustanciales, como son los de huelga y de negociación colectiva (CP, arts. 55 y 56) (p. 25).

El Artículo 384 del CST fue derogado por la Ley 584 de 2000 y declarado inexecutable por la Corte Constitucional (2000b) junto con la inexecutable parcial del Artículo 388, literal a) ser colombiano (como requisito de la junta directiva), Artículo 422 (ser colombiano como requisito de la junta directiva de una confederación), Artículo 432, numeral 2 (la palabra ser colombiano que se exigía a los delegados de la negociación colectiva del sindicato).

Los argumentos de la Corte Constitucional estaban basados en la violación del derecho de asociación sindical (Valdeolivas, 1994) como un derecho humano universal, por discriminación de un delegado extranjero o nacional; por tanto, esta discriminación no puede justificarse por razones de orden público, ya que estas deben ser concretas y no abstractas, como se pretendía hacer. Asimismo, este articulado conlleva a la negativa de los derechos adicionales al derecho de asociación sindical como el derecho a la huelga, de expresión, de opinión, de información, de petición y de reunión.

Sin embargo, la Ley 584 modificó el Artículo 388, relacionado con las condiciones para ser miembro de la junta directiva y permitió que los estatutos consagraran estos requisitos, con uno esencial: ser miembro de la organización sindical; de aquí que los estatutos sindicales no podrían violentar el derecho de asociación al establecer requisitos violatorios de este. La citada Ley manifestó en este Artículo que en ningún caso la junta directiva podría estar conformada en su mayoría por personas extranjeras; desde ya, esta parte del Artículo estaría

violentando la Constitución Política, por las razones expuestas en la Sentencia C-384 (Corte Constitucional, 2000b).

El Artículo 389 CST es una restricción que se comprende porque, si se acepta que los directivos de la empresa sean directores del sindicato, se rompería el principio de autonomía sindical y, por eso, tal restricción es aceptada como válida.

El derecho de asociación sindical de los empleados públicos

Los empleados públicos ejercen plenamente el derecho de asociación sindical, de conformidad con el Convenio número 87 de la OIT; no obstante, según el Artículo 416 del CST, estos no pueden presentar pliego de peticiones. Su negociación colectiva se realiza de acuerdo con lo establecido en la Ley 411 de 1997, aprobatoria del Convenio número 151 de la OIT, el cual define que la negociación colectiva de los empleados públicos está limitada a posibles acuerdos con la Administración pública y, en caso de que los haya, se harán de conformidad con la CP y las leyes. El acuerdo solo no produce efectos jurídicos, lo que ha sido reglamentado mediante el Decreto 160 de 2014 (Corte Constitucional, 2005f).

La Ley 584 de 2000 estableció la restricción del derecho de asociación sindical a los empleados públicos y les negó a algunos el fuero sindical. El Artículo 12 modificó el párrafo 1: “Excepción del fuero sindical. No tienen fuero sindical los servidores públicos que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración”. Esta forma de restricción rompe el principio de igualdad y el derecho fundamental de la garantía del derecho de asociación sindical. Por su parte, la Constitución no hace excepción alguna al derecho del fuero sindical. Por ejemplo, no es posible que un inspector de Policía o de Trabajo (empleados públicos que ejercen autoridad civil o administrativa) no gocen de fuero sindical so pretexto de este tipo de consideraciones, toda vez que dichas autoridades no representan al empleador, que sería la única causal para que directiva sindical no gozara de fuero sindical. En consecuencia, de acuerdo con el párrafo 1 del Artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto a las autoridades políticas o civiles, las elegidas popularmente, los jueces, magistrados o fiscales, es permisible la restricción de la garantía foral, pero no así para los funcionarios que ejercen jurisdicción o cargos de dirección o administración. Esto se debe a que habría un desequilibrio frente a los trabajadores particulares, los cuales, en

principio, gozan de fuero sindical salvo los empleados directivos descritos en el Artículo 389 del CST.

Garantía del derecho de asociación sindical

La garantía del derecho de asociación sindical es un derecho humano que surge en la Constitución Nacional y las normas legales; en el caso colombiano, nos remite a los convenios internacionales sobre derechos humanos y de la Organización Internacional de Trabajo (Corte Constitucional, 2014).

En el plano internacional se ejerce control de aplicación de los convenios internacionales en materia de asociación sindical desde dos perspectivas: i) judicial, que en el caso de América Latina corresponde a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y ii) cuasi judicial, por medio de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de los organismos de control interno de la OIT, como el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de expertos en aplicación de normas y recomendaciones.

La protección de la libertad sindical se realiza a partir de su consideración y tratamiento como derecho humano fundamental reconocido y protegido universalmente a partir del Convenio número 11 de asociación en la agricultura; el Convenio número 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización; el Convenio número 98 sobre el derecho de sindicalización y negociación colectiva; el Convenio número 135 sobre los representantes de los trabajadores; el Convenio número 141 sobre las organizaciones de trabajadores rurales; el Convenio número 151 sobre la protección del derecho de sindicación en la Administración pública y el Convenio número 154 sobre el fomento a la negociación colectiva.

Con este panorama se establecieron dos principios: el derecho a gozar de la adecuada protección contra los actos de discriminación antisindical y el derecho a la negociación sindical libre y voluntaria.

Como todos los convenios sobre derechos humanos, los anteriores tienen control internacional. La OIT lo ejerce mediante el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones. De la misma forma, se garantiza la protección del derecho de asociación sindical en los convenios sobre derechos humanos, regionales o universales, con control

judicial que en Colombia corresponde a la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos o a la Comisión de Naciones Unidas.

La protección del derecho de asociación sindical en la Constitución Política

A partir de la Constitución Política de 1991 se consagró la protección al mundo del trabajo, desde el Preámbulo hasta el articulado. Es el trabajo humano el elemento que desarrolla la democracia como sistema de gobierno; sin las garantías del derecho al trabajo no hay democracia y sin las garantías a los derechos de los trabajadores el mundo del trabajo quedaría desprotegido. Por eso, cuando consagra al Estado colombiano como un Estado de derecho, la Constitución es consecuente al proteger el trabajo humano en el ámbito de los derechos fundamentales, no solo como labor subordinada, sino también como la actividad que cualquier ciudadano colombiano desempeña sin importar su forma jurídica de vinculación.

El trabajo, como sujeto de protección en la Constitución Política, se encuentra consagrado así: dignidad del trabajo, Artículo 1; derecho al trabajo, Artículos 25 y 54; trabajo como una obligación social, Artículo 25; libertad de trabajo, Artículos 17 y 26; derecho de los trabajadores a participar en la gestión de las empresas, Artículo 57; especial protección al trabajo, Artículos 25, 53, 54, 58, 60, 83, 84, 86, 87, 215, 333, 334 y 336; igualdad ante la ley, Artículos 13 y 43; derecho de asociación sindical, Artículos 38 y 39; personería jurídica de los sindicatos, Artículos 14 y 39; fuero sindical y otras garantías para los representantes sindicales, Artículo 39; el derecho de negociación colectiva, Artículo 55; derecho de huelga y obligación del Estado de promover la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo, Artículo 55; concertación laboral, Artículos 55 y 56; derecho a la seguridad social, Artículo 48.

En el Artículo 53 se consignan, entre otros, los principios para la creación e interpretación del derecho laboral como el acto en virtud del cual se fija el contenido y alcance de la norma jurídica, con el fin de obtener una norma viva y no estática. La Constitución de 1991 modificó el orden de las fuentes del derecho del trabajo y consagró la necesidad de proteger el mundo laboral y no circunscribirlo al ámbito del contrato. Este Artículo también instituye que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna” (Cavelier, 2000, p. 249).

•Criterios concluyentes sobre el derecho de asociación sindical en Colombia•

Colombia ha ratificado 61 convenios de la OIT, de los cuales 55 se encuentran en vigor y 6 están denunciados. La Corte Constitucional (2000d; 2004; 2005c; 2005d; 2006; 2007b; 2009b; 2009c) ha construido algunos elementos dentro de la teoría del bloque de constitucionalidad (sustentado en el Preámbulo y los artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93, 94, 102 y 214 de la Carta Política) desde dos lecturas. En *stricto sensu*, está conformado por aquellos principios y normas que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagran derechos humanos cuya limitación se encuentra prohibida durante los estados de excepción (Corte Constitucional, 2008c; 2009b; 2009c). En *lato sensu*, el bloque de constitucionalidad está compuesto por todas aquellas normas de diversa jerarquía que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, es decir, la Constitución, los tratados internacionales (art. 93, CP), las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias (Corte Constitucional, 2005c; 2005d; 2006; 2007b; 2009b; 2009c).

Para la Corte Constitucional, todos los convenios internacionales sobre derechos humanos⁶⁴ son parte del bloque de constitucionalidad (Nogueira, 2009). En materia de convenios internacionales sobre el mundo del trabajo, la Corte ha decidido de manera expresa incluir algunos de los convenios, ratificados o no por Colombia, en el bloque de constitucionalidad.

La Corte Constitucional ha considerado que los Convenios número 87 y número 98 de la OIT son parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido. Así, cualquier disposición del Código Sustantivo del Trabajo relativa a la organización sindical y la negociación colectiva que sea contraria a los convenios será inconstitucional, sea por vía directa en aplicación del control de constitucionalidad por la Corte o por la vía de excepción de inconstitucionalidad (Charry, 1994).

En caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, en virtud de lo establecido en el Artículo 4 de la Constitución Política. Cuando la autoridad judicial o el funcionario público estime que las normas existentes son contrarias a los preceptos

64 "[...] todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión del inciso segundo del artículo 93 superior" (Corte Constitucional, 2004).

constitucionales, puede decidir su inconstitucionalidad con efectos interpartes por vía de excepción y negarse a su aplicación (Corte Constitucional, 1998d).

Mediante la Sentencia SU-432 de 1995, la Corte Constitucional determinó que por el carácter de derecho fundamental que reviste la asociación sindical, es objeto de la acción de tutela como mecanismo idóneo para exigir su protección (Corte Constitucional, 1992b; 1992c; 1994d), ya sea si se ve involucrada la garantía del fuero sindical (Corte Constitucional, 1999a) o el derecho de asociación sindical de aquellos trabajadores que no están vinculados a la empresa mediante un contrato de trabajo, sino por uno civil (Corte Constitucional, 1999). En el mismo sentido, ha señalado que constituyen conductas que vulneran el derecho de asociación sindical la discriminación sindical, la cual puede ser no solo por parte del empleador, sino también de los mismos trabajadores y de los miembros del sindicato (Corte Constitucional, 1995c; 1995e; 1994b; 1999e; 2001a) o inclusive la retención ilegal de cuotas sindicales (Corte Constitucional, 1998b; 1999g; 2000a).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional (1999h) ha concluido que la excepción de inconstitucionalidad puede aplicarse de oficio y, en consecuencia, su utilización “no comporta un exceso en los límites materiales y personales del proceso en el cual ésta se verifica” (p. 23), como tampoco el desconocimiento del valor jerárquico normativo en el que se estructura el ordenamiento jurídico. La aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad no da origen, por este solo suceso, a una vía de hecho judicial y no exige que su aplicación hubiera sido solicitada por una de las partes dentro del proceso, en tanto es una obligación del funcionario judicial declararla si la encuentra probada (Corte Constitucional, 2007c; 1998d; 2000e).

La excepción de inconstitucionalidad no es un instrumento cuya competencia solo esté en cabeza de los jueces, porque puede ser aplicada por cualquier autoridad e incluso por los particulares. Cualquier norma del ordenamiento jurídico, independientemente de su jerarquía, puede ser inaplicable si es contraria a la Constitución y es el instrumento más eficiente para la defensa de la Carta Magna (Corte Constitucional, 2009a).

El Convenio número 98 y el número 154, ratificado mediante la Ley 524 de 1999, junto con su Recomendación 163 de 1981 sobre el fomento de la negociación colectiva, establecen como principio general que ninguna persona debe ser

•Criterios concluyentes sobre el derecho de asociación sindical en Colombia•

objeto de discriminación en el empleo a causa de su actividad o de su afiliación sindical legítimas; esta protección es necesaria sobre todo para los dirigentes sindicales. Estipula que la protección contra los actos de discriminación antisindical debe ser efectiva, por lo que la legislación debe contener disposiciones que protejan de manera suficiente y consagrar la existencia de procedimientos capaces de garantizar que las quejas sean examinadas con prontitud, imparcialidad, economía y eficacia.

Estos convenios predicán la total independencia entre las organizaciones de trabajadores y los empleadores y sus organizaciones en el ejercicio de sus actividades y viceversa. El Convenio número 154 tiene como eje el fomento de la negociación colectiva, que comprende todas aquellas negociaciones que tienen lugar entre empleadores o sus organizaciones y las organizaciones de trabajadores con el fin de fijar las condiciones de trabajo y empleo, regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores (Glassner y Keune, 2010). El objetivo de este Convenio es estimular una negociación colectiva libre y voluntaria entre partes que representan organizaciones libres e informadas (Gernigon et al., 2000). En el mismo sentido se han producido el Convenio número 135 y la Recomendación 143 de 1971 sobre los representantes de los trabajadores, incluido el despido por razón de su condición de representante (Politakis, 2007).

Lo anterior permite señalar que los Convenios número 87, número 98 y demás en materia de derecho laboral colectivo generan una protección constitucional del derecho de asociación sindical para trabajadores y empleadores dentro de un sistema democrático y el respeto de los derechos humanos fundamentales. Abarcan también la relación con las libertades civiles esenciales para el ejercicio del derecho de la libertad sindical, como el derecho a la vida y la seguridad personal; la libertad y la seguridad contra la detención y el arresto arbitrario; la libertad de expresión y de opinión; la libertad de reunión; a un proceso justo por un tribunal independiente e imparcial; a la protección de la propiedad de las organizaciones de trabajadores y empleadores, de acuerdo con tres principios: que no se haga distinción entre quienes gozan del derecho de asociación, es decir, todos podrán ejercer el derecho de asociación, sean trabajadores subordinados o no; que no se requiera de autorización previa para constituir una organización; y

que exista libertad para constituir o afiliarse a las organización que estimen convenientes (Corte Constitucional, 2013b).

El Convenio número 98 cubre a todos los trabajadores, con excepción de las Fuerzas Militares y de Policía, así como de los empleados públicos. La protección contra los actos de discriminación antisindical (art. 1) define que la protección se presenta en el momento de la contratación laboral o de la vinculación, durante el empleo y al término de este y que la legislación interna debe consagrar sistemas preventivos y de reparación, compensación y sanciones disuasivas contra los actos de discriminación.

Los primeros artículos del Convenio número 98 expresan las normas de protección contra los actos de discriminación antisindical (OIT, 2006). Resaltan la importancia de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical a partir de la nota 769 sobre la protección contra los actos de discriminación antisindical y la protección contra los actos de injerencia por parte del Estado y los empleadores (OIT, 2006). Este Convenio tiene tres objetivos fundamentales:

i) La protección contra los actos de discriminación antisindical tanto en el momento de la contratación como durante el período de empleo, incluido el momento de la terminación de la relación de trabajo; ii) la protección contra los actos de injerencia en los asuntos internos de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, y iii) el fomento de la negociación colectiva (Organización Internacional del Trabajo, 2008, p. 71).

Protección mediante la normatividad internacional

La OIT es la principal organización internacional que defiende los intereses de los trabajadores en el mundo, pero no es el único escenario en el que se discute el problema laboral. Reparar en la garantía del derecho de asociación brindada por la normatividad internacional es expresar la urgente necesidad de que nuestras organizaciones sindicales envíen a sus representantes a las organizaciones internacionales, no solo a la OIT, sino a aquellas que también tienen relación con el mundo laboral como la Organización Mundial del Comercio (OMC), en donde hoy la discusión más importante alude a los derechos mínimos de los trabajadores. Dicha participación no se limita al envío de representantes sindicales a los eventos de las organizaciones, sino que responde al gran interés de los países

desarrollados por evitar que el problema laboral trascienda los límites de la OIT, supeditar su discusión a dicha organización y restringir así el accionar de los trabajadores del mundo.

Entre los instrumentos internacionales que contienen derechos sobre la libertad sindical encontramos:

- La Carta de las Naciones Unidas (1945), referida a los derechos humanos en general y a la protección de las libertades fundamentales como el derecho a la asociación.
- La Declaración de Filadelfia (1944), que redefinió los objetivos y fines de la OIT.
- La Declaración universal de los derechos humanos (1948), que consagra el derecho a la libre elección del trabajo, protección durante el desempleo, descanso remunerado, vacaciones, derecho de asociación y fundación de sindicatos.
- El Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966), cuyo Artículo 22 trata el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos.
- La Carta de la OEA (1948, 1967, 1985 y 1993) y sus protocolos adicionales, que proclaman los derechos fundamentales de las personas para la erradicación de la pobreza.
- La Declaración americana de los derechos y deberes del hombre.
- El Protocolo de Buenos Aires reformativo de la Carta de la OEA (1967).
- La Convención americana de derechos humanos.
- El Protocolo adicional a la Convención americana sobre los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que en su Artículo 8 regula temas sindicales.

La Declaración universal de los derechos humanos

Señala en su Artículo 201 que “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica y que nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”; el Artículo 234 dice que “toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses”.

La Declaración americana de los derechos humanos

Expresa en su Artículo XXII que “toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole”.

El Artículo 16.1 sostiene:

[...] todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole; numeral 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás; numeral 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía”, su aplicación claramente se analiza con la Sentencia del 2 de febrero de 2001 caso Baena Ricardo y otros.

El Pacto internacional de derechos civiles y políticos

El Artículo 221 dice:

Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otros, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses [en su numeral 2 señala que] el ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas en la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales en el ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía; numeral 3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Criterios del Comité de Libertad Sindical de la OIT

El Comité de Libertad Sindical ha señalado que la piedra angular de la libertad sindical está constituida por el Convenio número 87 de la OIT (2006). Se interpreta que su Artículo 2 dispone:

Los trabajadores y los empleados, sin ninguna discriminación y sin autorización previa, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

La doctrina de los órganos competentes de la OIT recalca que el alcance de estos derechos se extiende a todo trabajador u obrero, del sector público, así como del privado, sin discriminación por sexo, raza, religión, nacionalidad u opinión política. Los únicos profesionales exentos de ese derecho son las fuerzas armadas y la policía según una cláusula expresa que figura tanto en el Convenio número 87, como en el Pacto Internacional y en la Convención Americana.

El artículo 89 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales menciona como propósito de los sindicatos la protección de “los intereses económicos y sociales de los trabajadores”. Sin embargo, es el Convenio número 87 el que mejor define este aspecto de la libertad de asociación en su artículo 3 que reza: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción” (p. 43).

Otra forma de protección del derecho de asociación son las demandas ante la Corte de los países en donde tienen su domicilio principal las empresas multinacionales para que se garantice el derecho de asociación sindical. La pregunta que surge es ¿quién tendría la facultad para formular estas demandas? En el caso de muerte de los dirigentes, además de los familiares, podría decirse que las organizaciones sindicales también la tienen, así como cuando una empresa multinacional violenta el derecho de asociación; con base en el Artículo 373, numeral 5, del CST, esta representación surgida de la relación trabajador-sindicato faculta a la organización sindical para intervenir judicialmente y velar por los intereses colectivos; de aquí que la representación en caso de muerte del dirigente sindical podrían ejercerla los familiares en el evento civil o la organización sindical en el laboral, en nombre de ella y de los familiares. El Artículo 2341 CC daría paso

al articulado del CST, por su norma social superior en la que la voluntad de los familiares es representada por la organización sindical. Entonces, ¿por qué la Central Unitaria de Trabajadores, por ejemplo, no ha demandado al Estado colombiano ante la Corte Iberoamericana de Justicia por la muerte de los dirigentes sindicales?

Control internacional de los convenios y tratados en materia de derecho de asociación sindical

Existen dos tipos de control: uno judicial y otro cuasi judicial. El control judicial internacional es ejercido por medio de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el cuasi judicial, por los organismos de control del sistema de Naciones Unidas y el sistema de la OIT con el Comité de Libertad Sindical y del análisis de los informes de los Estados que hace el Comité de expertos en convenios y recomendaciones de la OIT, documentos que son aprobados por la Comisión de normas y la Conferencia Internacional de la OIT.

En Colombia existe un control social sindical mediante el diálogo tripartito, con base en los Convenios número 87, 98, 151, 154, 135 y 144 de la OIT; un control de la gobernanza del mundo del trabajo por medio de los Convenios número 81, 122, 129 y 144 de la OIT; un control judicial interno, por vía de la justicia ordinaria o de la justicia constitucional, con la acción de tutela; por último, un control interno establecido previa recomendación de la OIT, por la Ley 278 de 1976 sobre la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales que permitió la creación de la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales —Comisión especial de tratamiento de conflictos ante la OIT (Cetcoit)—.

La Ley 278 de 1996 reglamentó la composición y el funcionamiento de la Comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales, cuya finalidad primordial es fomentar el diálogo social en material laboral y salarial del país. Fue creada mediante el Artículo 56 de la Constitución Política de Colombia de 1991, con el objetivo de fomentar las buenas relaciones laborales, contribuir a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertar las políticas salariales y laborales.

La Comisión especial de tratamiento de conflictos (Cetcoit) surgió en el año 2000 por acuerdo en la Comisión de concertación permanente de políticas

salariales y laborales. La Cetcoit se encarga de atender los conflictos suscitados en las materias reguladas por los convenios de la OIT ratificados por Colombia en relación con los temas de libertad sindical. Dicha Comisión está integrada por nueve miembros: tres representantes por cada sector de empleadores, organizaciones sindicales y Gobierno. Los miembros de la Comisión especial deben reunir las características de representatividad de cada sector y de amplio conocimiento de los marcos normativos y sociales de las relaciones laborales. La Oficina de Cooperación tiene a cargo la Secretaría Técnica de la Cetcoit (Ministerio de Trabajo, 2013).

La Cetcoit excluye de sus competencias asuntos sobre derechos en conflicto que se encuentren prescritos de conformidad con las disposiciones legales nacionales; asuntos en conflicto que hayan sido calificados previamente por una autoridad judicial nacional y su decisión haya hecho tránsito a cosa juzgada; temas de libertad sindical; controversias sobre derechos laborales individuales; hechos que no sean veraces.

Para la revisión de un caso en la Cetcoit puede concurrir cualquier persona o grupo de personas representadas en una organización de trabajadores o empleadores, con el aval de una de las centrales, confederaciones o gremios que formen parte de la Comisión Permanente. La Cetcoit conoce de casos sobre el derecho de libertad sindical, contenido en los Convenios número 87, 98, 151 y 154 de la OIT. También es competente para asumir las facilitaciones relativas a las quejas que se encuentran en instancia ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

La solicitud ante este organismo debe contener, como mínimo, la siguiente información: el nombre y la firma de la persona que formula la solicitud y a quien se dirige, así como el del representante o de los representantes legales de las entidades legitimadas para ello; la dirección para recibir correspondencia por parte de la Comisión especial de tratamiento de conflictos ante la OIT (Cetcoit); el número de teléfono y la dirección de correo electrónico; la relación de los hechos o las situaciones que motivan la solicitud de facilitación; la relación de acciones o gestiones emprendidas por parte de la organización o los actores representados, ante autoridades administrativas o judiciales o instancias internacionales; los documentos de soporte de la solicitud de facilitación; las bases y los elementos de la propuesta de arreglo, que se someterá a consideración de la Cetcoit.

La Secretaría Técnica de la Cetcoit es la única instancia competente. No son admitidos los casos en los que:

Los derechos en conflicto se encuentren prescritos de conformidad con las disposiciones legales nacionales.

Asuntos en conflicto que hayan sido calificados previamente por una autoridad judicial nacional y su decisión haya hecho tránsito a cosa juzgada.

Temas diferentes a los relacionados en los convenios 87, 98, 151 y 154.

Controversias sobre derechos laborales individuales.

Los hechos se relacionen sobre reestructuraciones de entidades del estado, salvo que estén relacionadas con el derecho de asociación.

Los efectos de los acuerdos logrados son los mismos de un contrato de transacción, así que se puede acudir a un proceso ejecutivo para que se cumplan dichos acuerdos, pues llevan implícitas obligaciones ya sea de hacer o no hacer (CGT) (Ministerio de Trabajo, 2013, p. 11).

Respecto a la labor de la Cetcoit, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que Colombia está en progreso, toda vez que valoró los acuerdos alcanzados por las partes para tratar internamente los casos y para dar cumplimiento a sus recomendaciones. Este es el segundo país de América que más casos tiene en el Comité.

De acuerdo con el informe presentado a la 99 Conferencia Internacional del Trabajo por las tres centrales obreras (CUT, CTC y CPC), este mecanismo, pensado para fortalecer la acción normativa de la OIT y el diálogo social, muestra resultados muy limitados y grandes dificultades para su implementación. Baste señalar que:

1. Desde su creación hace 10 años ha logrado resolver tan solo un 6.8 % de los casos presentados. Solo hasta 2009 se logró llegar a un acuerdo sobre el procedimiento a seguir para el estudio de los casos. Las cifras muestran la ineficacia del Cetcoit para la resolución de conflictos: de 76 casos, 19 fueron cerrados por falta de competencia del Cetcoit, o porque las empresas manifestaron no estar dispuestas a llegar a ningún acuerdo o a discutir cualquier situación; 9 alcanzaron algún acuerdo, incluso algunos lograron el acuerdo antes de la participación de la subcomisión; 17 tienen un acuerdo para convocar a la subcomisión, sin que haya fecha para la realización de la misma; 28 aún no tienen respuesta de las organizaciones sindicales para dar continuidad a la

•Criterios concluyentes sobre el derecho de asociación sindical en Colombia•

presentada a través del Cetcoit; y 3 corresponden a casos que las centrales consultarán directamente.

2. Inhibe inexplicablemente la acción del Estado en caso de violaciones flagrantes de las libertades sindicales, pues el Ministerio de la Protección Social no utiliza sus facultades para investigar, proteger y sancionar situaciones, como han sido por ejemplo los casos de Sintrainquigas, casos en los que la acción antisindical de los empresarios no fue sancionada por el Ministerio.

3. La agenda depende del viceministro de relaciones laborales, no hay ningún funcionario con competencia y poder de decisión que tenga disposición permanente para el Cetcoit, generando una gran lentitud en el procedimiento para abordar los casos presentados, en 2010 sólo se ha realizado una reunión de una subcomisión para el caso de SENA-Sindesena.

4. La ausencia de un representante de la OIT como director del Cetcoit, pues el representante anterior fue trasladado en marzo de 2008, y tiene una propuesta de acompañamiento de un facilitador colombiano para el tratamiento de casos, carente de asistencia técnica permanente o de competencias y recursos que le permitan investigar, sancionar y llegar a la solución de presentados.

5. El funcionamiento del Cetcoit depende de la decisión de la empresa denunciada para su funcionamiento, por la simple negativa de la empresa el Cetcoit pierde su competencia, este que resulta ser uno de los mayores obstáculos, se puede observar en el caso de Sintrainduscafé contra Unilever donde los representantes de la empresa reafirmaron que la posición de la empresa era acabar con el sindicato, sin importar las futuras denuncias ante cualquier órgano de control internacional, toda vez que gozan de tener resoluciones del Ministerio de Protección Social que les autoriza realizar despidos de sindicalistas. De forma más grave se observa el caso de Sintrafec y Sintrainduscafé contra la Federación Nacional de Cafeteros, donde esta federación de empresarios envió un comunicado del 7 de abril de 2010 manifestando no tener interés en reunirse en el marco del Cetcoit, y solicitando el cierre del caso.

6. El Cetcoit se ha convertido en un obstáculo para la actuación del Comité de Libertad Sindical de la OIT, toda vez que casos que han obtenido recomendaciones para la protección de derechos sindicales, han sido remitidos por el mismo Comité al Cetcoit. Por ejemplo, el caso 2362 en el informe 356, relaciona casos de reemplazo de trabajadores con Cooperativas de Trabajo Asociado sin derechos de asociación, amenazas a dirigentes sindicales, incumplimiento del convenio colectivo, presiones para firmar un pacto colectivo y despido de dirigentes sindicales, incumplimiento de un convenio colectivo y firma de violaciones, el CLS emitió sendas recomendaciones desde el año 2005 y hasta 2010, y no se ha cumplido con ninguna de las recomenda-

ciones. Resulta grave que las recomendaciones del informe 356 remitan un comunicado anunciando que no tiene ningún interés para resolver el conflicto, bloqueando de esa manera el sistema de control del Comité de Libertad Sindical.

Este panorama nos lleva a concluir sobre el pobre papel del Cetcoit, dado que el Ministerio de la Protección Social no actúa o encubre abiertamente el accionar anti-sindical de las empresas, la vital presencia de la OIT no se presenta dado que no se ha designado el representante permanente, y los empresarios eluden el mecanismo. Por ello la solicitud de la Directora del Departamento de Normas Internacionales de OIT en el sentido de explorar la posibilidad de aceptar un facilitador para el acompañamiento de algunos casos, resulta insuficiente para fortalecer este mecanismo (Central Unitaria de Trabajadores, Confederación de Trabajadores de Colombia y Confederación de Pensionados de Colombia, 2010, p. 12).

El Cetcoit ha sido visto por el Comité de Libertad Sindical como una muestra de progreso dentro de las quejas en contra del Estado por la violación de los convenios sobre libertad sindical; sin embargo, en la realidad, la concertación del tripartismo dentro de este organismo es inoperante por los siguientes argumentos:

El primero es que en Colombia subsiste una alta intolerancia en el ejercicio del derecho de asociación sindical por parte de los empresarios, que muchas veces es respaldado por los representantes del Ministerio de Trabajo. Esta postura subjetiva permite definir como segundo aspecto que establecer en la reglamentación del Cetcoit que los acuerdos sobre la violación de los Convenios número 87 y número 98 de la OIT sean elevados a la categoría de transacción, es decir, adquieran el rango de cosa juzgada —como opera en la conciliación— da paso a plantearse el siguiente interrogante: ¿Qué sucede frente a esta transacción, si se realiza sobre derechos fundamentales o sobre derechos ciertos e indiscutibles? ¿Los operadores judiciales son del criterio constitucional de que no puede haber transacción y conciliación sobre estos derechos ante la demanda de nulidad? ¿Serán del criterio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acerca de que las conciliaciones y transacciones que versan sobre derechos ciertos e indiscutibles adquieran el rango de cosa juzgada?

Otro aspecto a resaltar se refiere a la falta de competencia del Cetcoit cuando los derechos en conflicto se encuentran prescritos, a los cuales se les aplica el término general, de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo. Para el Comité de Libertad Sindical, el tiempo de prescripción está definido por los

hechos o las situaciones que dan origen a la queja y no por un término creado por la ley. El Comité ha estimado que, aunque no se haya fijado ningún plazo de prescripción para el examen de las quejas, sería muy difícil, si no imposible, que un Gobierno respondiera de manera detallada sobre acontecimientos de un pasado lejano (OIT, 2006).

Según el manual de la Cetcoit, solo se conocerá sobre temas de libertad sindical comprendidos en los Convenios número 87 y número 98 de OIT y se dejarán de lado las demás normas que abordan la libertad sindical, como el Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11); Convenio sobre el derecho de asociación (territorios no metropolitanos), 1947 (núm. 84); Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135); Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 141); Convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública, 1978 (núm. 151); Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154). Asimismo, las Recomendaciones sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91); sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951 (núm. 92); sobre la colaboración en el ámbito de la empresa, 1952 (núm. 94); sobre la consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional), 1960 (núm. 113); sobre las comunicaciones dentro de la empresa, 1967 (núm. 129); sobre el examen de reclamaciones, 1967 (núm. 130); sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143); sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 149); sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública, 1978 (núm. 159); sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 163).

En cuanto a la exclusión de su competencia acerca de controversias sobre derechos laborales individuales, habrá de recordarse que hay derechos individuales que surgen desde los derechos colectivos (organizaciones sindicales) y se manifiestan en los trabajadores, como es el caso del fuero sindical o del incumplimiento de la convención colectiva. De igual manera, cuando los hechos se relacionen con reestructuraciones de entidades del Estado, salvo que estén relacionadas con el derecho de asociación como causal de exclusión de competencia, es incomprensible, por cuanto las reestructuraciones del Estado no solo producen efectos en el derecho de asociación sindical, sino también en todos los aspectos conexos,

como la convención colectiva, los efectos del fuero sindical y los derechos de la organización sindical. Esto se debe a que la desaparición de una entidad pública no quiere decir que desaparezca el empleador, toda vez que el Estado y sus funciones son únicos.

Protección del derecho de asociación en el código sustantivo del trabajo

El CST de 1950 consagró que el ejercicio del derecho de asociación sindical lo ejercían los trabajadores (art. 348) (Puig, 2011). El concepto trabajo consagrado en el Artículo 5 es el de toda actividad humana que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo, lo que significa que los trabajadores subordinados serían los únicos que podrían gozar de él, situación que contradice a la Constitución Nacional y al Convenio número 87 de la OIT. El CST debe ser leído a partir de los criterios de la Constitución de 1991 y de los convenios de la OIT ratificados por Colombia, aunque prevalecen sobre el Código aquellos considerados derechos humanos por la Corte, como sucede con el Convenio número 87 de la OIT.

El CST contiene una serie de normas que instituye la protección del derecho de asociación sindical de la siguiente forma: Artículo 9, determina la protección del trabajo por parte del Estado; Artículo 12, garantiza el derecho de asociación y huelga; Artículo 59, en su ordinal 4, prohíbe al empleador limitar o presionar en cualquier forma a los trabajadores en ejercicio de su derecho de asociación; Artículo 60, literal 7, prohíbe a los trabajadores coartar la libertad para trabajar o para afiliarse o no a un sindicato o permanecer en él o retirarse.

El Artículo 354 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Artículo 39 de la Ley 50 de 1990, fija los siguientes criterios para la protección del derecho de asociación:

En los términos del Artículo 292, hoy Artículo 200 del Código Penal Ley 599/24 de julio de 2000, modificada por el Artículo 26 de la Ley 1453 de 2011 (Ley de seguridad ciudadana), queda prohibido a toda persona atentar contra el derecho de asociación sindical.

Se consideran actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical por parte del empleador:

- Obstruir o dificultar la afiliación de su personal a una organización sindical de las protegidas por la ley, mediante dádivas o promesas, o condicionar a esa cir-

•Criterios concluyentes sobre el derecho de asociación sindical en Colombia•

cunstancia la obtención o conservación del empleo o el reconocimiento de mejoras o beneficios.

- Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de sus actividades encaminadas a la fundación de las organizaciones sindicales.
- Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir difundir el ejercicio del derecho de asociación (ver Sentencia T-436/2000 Corte Constitucional).
- Negarse a negociar con las organizaciones sindicales que presenten pliego de peticiones de acuerdo con los procedimientos legales.
- Adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar la violación de esta norma (Corte Constitucional, 1995d, p. 21).

La Corte Constitucional ha señalado diversos criterios en aras de la protección del derecho de asociación en temas relacionados con la discriminación de los trabajadores sindicalizados, persecución sindical, protección a la igualdad y discriminación de trabajadores mediante planes de beneficios (Corte Constitucional, 1995b; 1997; 1999b).

El Artículo 89 de la citada Ley 50 de 1990 instituye la prohibición a las empresas de servicios temporales de prestar sus servicios a los usuarios cuyos trabajadores se encuentren en huelga. El Artículo 34 del Decreto 1469 de 1978 impone a los funcionarios del Ministerio de la Protección Social la obligación de presentar información a los fiscales penales sobre los hechos que atenten contra la libertad sindical y el derecho de trabajo, sin perjuicio de la investigación administrativa a la que haya lugar.

Existe otra serie de actividades consideradas antisindicales y son aquellas situaciones y listas negras que el empleador o los funcionarios del Estado propician pública o privadamente como, por ejemplo, preguntar en las entrevistas de ingreso si el candidato ha estado afiliado a un sindicato o si se afiliará o incluir una cláusula antisindical en el contrato de trabajo. Lo cierto es que la legislación colombiana está por aclarar cuáles actividades son consideradas como antisindicales, con el propósito de fortalecer las organizaciones sindicales.

Respecto a los actos atentatorios en contra del ejercicio del derecho de asociación sindical, debe darse aplicación a los Artículos 1, 2 y 3 del Convenio número

98, por cuanto la gobernanza surge por vía judicial y la carga de la prueba está en cabeza del empleador; en cambio, si se recurre al Artículo 354 del CST, la gobernanza vendría por vía administrativa mediante los inspectores de trabajo, ante quienes la carga probatoria radica en cabeza del trabajador. Siempre se preferirá el reintegro en lugar de la indemnización cuando un trabajador es desvinculado por estas causales del Convenio número 98.

Derecho a la protección de los representantes de los trabajadores (fuero sindical)

La legislación prevé una protección especial contra el despido, el desmejoramiento de las condiciones de trabajo o el traslado sin justa causa (previamente calificada por el juez laboral) para los representantes fundadores de las organizaciones sindicales; dicha protección es el fuero sindical y sus respectivas acciones de reintegro y reinstalación.

El fuero sindical garantiza el ejercicio del derecho de asociación sindical. Por ello, en procesos de fuero sindical, la decisión de la Corte Constitucional indica que en este tipo de acciones procesales es obligatoria la presencia de la organización sindical como sujeto procesal, puesto que el fuero sindical es una garantía que se desprende de su pertenencia de la organización sindical⁶⁵.

Por parte del ministerio de Trabajo

El Ministerio de Trabajo fue creado de nuevo en Colombia mediante la Ley 1444 de 2011 y el Decreto 4108 de 2011, que definen las estructuras y el funcionamiento de la mencionada entidad. Estas normas determinan como objetivo del Ministerio la protección y el respeto por los derechos fundamentales y la garantía de los trabajadores. Asimismo, le corresponde fijar las políticas para la promoción y vigilancia de la protección del derecho al trabajo, a la asociación y a la huelga, funciones en cabeza del viceministro de Relaciones Laborales e Inspección.

.....
65 "El fuero sindical, en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, es un mecanismo establecido primariamente en favor del sindicato, y sólo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. O, por decirlo de otra manera, la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos. Por ello esta Corte ha señalado que este "fuero constituye una garantía a los derechos de asociación y libertad sindical, antes que la protección de los derechos laborales del trabajador sindicalizado" (Corte Constitucional, 2000c).

El Decreto 1610 de 2013 señaló las funciones principales de las Inspecciones de Trabajo como organismos de policía administrativa para la vigilancia y las funciones preventivas, coactivas y conciliadoras con la facultad de imponer sanciones ante la violación de derechos fundamentales, en especial, de aquellos de asociación sindical.

La OIT es consciente del papel de los organismos internos que contribuyen a la protección del derecho de asociación, aprobados por el Convenio número 150 de 1978 que se trata de la administración y de la inspección del trabajo. Está instituido para velar por la observancia de las disposiciones laborales. Su propósito es fortalecer la protección del trabajador, mediante la práctica de visitas de inspección y la vigilancia del cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social.

Para lograr estos objetivos, las inspecciones del trabajo deben desempeñar, entre otras, las siguientes funciones: controlar la aplicación de la legislación del trabajo; asesorar y orientar sobre aplicación de las normas laborales y de seguridad social; brindar información con base en un estudio permanente de los problemas que se plantean dentro de su competencia y tomar las medidas necesarias para lograr el debido cumplimiento de la normatividad legal (Muriel, 2007).

Los instrumentos internacionales relativos a la inspección del trabajo son cuatro: el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), aplicable a la industria y al comercio, el Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), la Recomendación 81 y la Recomendación 133, que completan los convenios.

El Convenio número 81 es considerado el documento base de la inspección del trabajo. Ha servido de modelo a la mayor parte de las legislaciones nacionales que han creado servicios modernos de inspección. Los países que lo han ratificado han articulado progresivamente las disposiciones de sus servicios con las estipuladas en el Convenio.

El conjunto que forma con la Recomendación 81 representa para la OIT lo que debe ser la norma de los Estados en materia de inspección del trabajo en la industria y el comercio. El Convenio número 129 y la Recomendación 133 completan este grupo respecto a la agricultura.

El Código Sustantivo del Trabajo colombiano expresa: “Artículo 17. La vigencia del cumplimiento de las disposiciones sociales está encomendada a las autoridades administrativas del trabajo”.

El Artículo 485 dispone: “La vigilancia y control del cumplimiento de las normas de este Código y sus demás disposiciones sociales se ejercerán por el Ministerio de Trabajo, en la forma como el Gobierno o el mismo Ministerio lo determinen”.

El Artículo 486 indica las funciones del Ministerio y su capacidad de imponer sanciones, modificada por la Ley 1610 de 2012. Aumenta la multa hasta 5.000 veces el salario mínimo mensual vigente.

El Artículo 487 del CST dice sobre funcionarios de instrucción:

El jefe del Departamento de Supervigilancia Sindical y los inspectores del trabajo que intervengan en asuntos de competencia de este departamento, tendrán el carácter de funcionarios de instrucción para los efectos de las investigaciones de actividades ilícitas de los organismos sindicales.

Según informe de la Escuela Nacional Sindical (2015), en los últimos años la presencia de los inspectores de trabajo ha sido poca en los despachos municipales del Ministerio de Trabajo, así como pocas las sanciones impuestas por el incumplimiento de las normas laborales.

Protección de despidos colectivos sin autorización administrativa

Antecedentes

Los Decretos 2351 de 1965 (art. 40) y 1469 de 1978 (arts. 37 y ss.) instituyeron la protección en casos de despidos colectivos, consistentes en que “no producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores sin la previa autorización del Ministerio de la Protección Social” (Presidencia de la República, 1965, art. 40).

La razón de expresar que hay protección del derecho de asociación ante el despido colectivo de los trabajadores está fundamentada en que esta situación se ha presentado en algunas ocasiones como reacción del empleador cuando se intenta fundar un sindicato.

La Ley 50 de 1990

El Artículo 67 de la Ley 50 de 1990 expresa que cuando un empleador considera que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores o terminar labores, parcial o totalmente, por causas distintas a las previstas en el Artículo 5, ordinal 1, literal d) de esta Ley (por terminación de la obra o labor contratada) y Artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 (terminación del contrato por justa causa), deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo, tras explicar los motivos y acompañar las justificaciones, si fuera el caso y deberá comunicar sobre tal solicitud a sus trabajadores en forma simultánea y por escrito.

Asimismo, se requerirá autorización cuando por razones técnicas, económicas u otras, independientes de su voluntad, el empleador deba suspender actividades hasta por 120 días. Esta solo podrá concederse si el empleador demuestra que se ve afectado por hechos como la necesidad de adecuarse a la modernización de procesos, equipos y sistemas de trabajo que tengan por objeto incrementar la productividad o la calidad de sus productos, la supresión de procesos, equipos o sistemas de trabajo y unidades de producción o cuando estos sean obsoletos o ineficientes. También cuando haya presentado pérdidas sistemáticas; esté en desventaja competitiva con empresas o productos similares que se comercialicen en el país o con los que debe competir en el exterior; se encuentre en una situación financiera peligrosa de entrar en estado de cesación de pagos o que de hecho haya ocurrido, por razones técnicas y económicas como la falta de materias primas y otras causas que se puedan asimilar en cuanto a sus efectos. La solicitud deberá ir acompañada de los medios de prueba de carácter financiero, contable, técnico, comercial o administrativo.

El Artículo 67 determina que no produce ningún efecto el despido colectivo de trabajadores o la suspensión temporal de los contratos de trabajo sin la previa autorización del Ministerio de la Protección Social; en caso de que ocurra, se dará aplicación al Artículo 140 del Código, que señala que durante la vigencia del contrato de trabajo, el trabajador tiene derecho a percibir su salario aun cuando no haya prestación de servicio por disposición o culpa del empleador. Esta norma, en líneas generales, repite la consagrada en los Decretos 2351 de 1965 (art. 40) y 1469 de 1978.

Veamos algunas jurisprudencias: por ejemplo, Corte Suprema de Justicia (1996). Consigna que el despido colectivo sitúa a los trabajadores ante una decisión unilateral del empleador, haya o no autorización administrativa y si se considera que el despido es injusto, solo conlleva a la indemnización o a la pensión-sanción.

En Corte Suprema de Justicia (1997), se sostiene que ante la jurisdicción ordinaria laboral no se controvierte la legalidad o no de la resolución del Ministerio de la Protección Social, que autoriza el despido. Esta solución es inaceptable, por cuanto los jueces de la República tienen la competencia del principio de inconstitucionalidad y no es posible que ante una resolución ministerial que viola todas las normatividades y hasta los principios constitucionales de protección del trabajador no se pronuncie un juez, de oficio o a petición de las partes, en aras de esa justicia social.

Protección para los trabajadores que han presentado pliego de peticiones

No puede asumirse como garantía foral el Artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 y el Decreto 1469 de 1978 que determina:

Los trabajadores que hubieran presentado al empleador un pliego de peticiones no podrían ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto (Presidencia de la República, 1965, art. 25).

Tal protección cobija tanto a los sindicalizados como a los no sindicalizados.

El Proyecto de ley 148 de 1986, que precisaba los alcances del Artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, dispuso que un trabajador involucrado en un conflicto colectivo, generado por la presentación del pliego de peticiones, no podrá ser despedido por el empleador sin la previa justa causa comprobada por el juez laboral. El despido sin esta prueba es nulo y da derecho al trabajador a ejercer la acción de reintegro y a recibir el pago de salarios dejados de percibir. El Proyecto de ley, aprobado por el Congreso y remitido al presidente de la República para su sanción, fue objetado por el Ejecutivo porque era inconveniente para los conflictos colectivos, lo cual fue acogido por el Legislativo y procedió a su archivo.

Este Proyecto fue presentado como consecuencia de la jurisprudencia de la Corte que no ha sido unánime al considerar:

1. Que la injusta causa para despedir a un trabajador cuando se presenta el pliego de peticiones puede ser comprobada luego del despido.
2. Que el Decreto 2351 de 1965 no trata el reintegro de los trabajadores despedidos en esta situación ni atribuye a los jueces la facultad para autorizarlo.
3. Al finalizar 1998, la Corte Suprema de Justicia cambió su jurisprudencia porque la consideró violatoria de la Constitución. Por eso, dicho Tribunal sostiene esta tesis en los siguientes términos:

Estimamos, que como el despido fue injusto, asiste la razón al concurrente, cuando adujo que el demandante se encontraba beneficiado por la garantía del que se ha conocido jurisprudencialmente como fuero circunstancial, provisto por el artículo 25 del decreto 2351 de 1965, que dispone:

“Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto” (Corte Suprema de Justicia, 1998b, p. 8).

La jurisprudencia laboral en la interpretación y aplicación de esta norma ha sido cambiante: unas veces se ha dicho que el despido producido en tales condiciones es equiparable en sus consecuencias al despido injusto y en otras, que tal despido no extingue la relación laboral. En otra sentencia se dijo la siguiente:

Entiende la Sala que el artículo 25 del decreto 2351 de 1965 contempla una situación especial y por ello el tratamiento no puede corresponder a los parámetros generales que fija la ley para las circunstancias ordinarias. Esa coyuntura particular corresponde al período de negociación colectiva, vale decir, desde la presentación al empleador del pliego de peticiones, hasta el depósito en el Ministerio de la Protección Social del pacto o convención colectiva o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral correspondiente, lapso en el que se genera un enfrentamiento de propuestas entre el empleador y los trabajadores que han promovido tal negociación, durante la cual la permanencia de los mismos como tales adquiere gran importancia por diversos aspectos, comenzando por el simple respaldo numérico, pasando por la proporcionalidad de esos empleados frente a la totalidad de los que laboran para el

correspondiente empleador o sector y concluyendo en los aspectos rigurosamente económicos o de costos derivados del resultado colectivo [...].

Además, se encuentra más apropiado concluir que la expresión “no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada”, comporta una prohibición dirigida al empleador que, por tanto, éste debe respetar en forma absoluta por encontrarse establecida en norma de obligatorio cumplimiento por ser de orden público, por lo que su decisión de terminar el contrato en contra de ella no puede producir tal efecto dado que no puede primar sobre la expresa voluntad del legislador de impedir el despido injusto de los trabajadores involucrados en un conflicto colectivo (Corte Suprema de Justicia, 1998a, p. 9).

4. La Corte Suprema de Justicia (2001) expresó que la protección de estabilidad que otorga el Artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 termina con la firma de la convención colectiva, ya que con esta se logra la paz laboral en la empresa al arreglar el conflicto colectivo. Agrega que el depósito de la convención colectiva es una formalidad legal para que el acuerdo colectivo produzca efectos, pero de ninguna manera prolonga el conflicto.

Si bien la tesis expuesta por la Corte tiene argumentos lógicos, es necesario hacer una lectura detenida del Artículo 25 del Decreto 2351 de 1965. En él se define un tiempo determinado de inicio de la protección, que es la fecha de presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto. En consecuencia, surge el interrogante: ¿Cuándo termina el conflicto?

El conflicto se soluciona con el acuerdo de la convención o con el laudo arbitral en firme. El Artículo 469 CST establece que el depósito de la convención, su presentación por escrito y la expedición de los ejemplares para cada parte son requisitos de fondo o *ad substantiam actus*. Esto quiere decir que la convención no es válida si no hay depósito en el Ministerio de la Protección Social; por lo tanto, sin consignación, el conflicto no termina. La protección se fija hasta que se solucione la situación y haya paz laboral con los efectos legales de la convención que son a partir del depósito.

Protección mediante los cuerpos de policía

El derecho de policía

Son las normas que tienden a garantizar la seguridad, la salubridad, la moralidad y la tranquilidad pública, o sea, a mantener el orden público interno.

La función policiva tiene su fundamento en la Constitución, que señala como función primordial de toda autoridad proteger a las personas, tanto en su vida, honra y bienes como la de asegurar que el Estado y los individuos cumplan con sus deberes sociales.

El poder de policía es el conjunto de las actividades administrativas que tiene por objeto la expedición de reglas generales y de medidas individuales necesarias para el mantenimiento del orden público. Por medio de este poder se ejerce el derecho de policía, de lo que se concluye que la institución policiva tiene un carácter preventivo, dirigido a la conservación del orden público.

El Código de Policía trata de la función policial, que es la protección de todo el que habite en el territorio nacional, sin distinción de nacionalidad, cultura o posición económica, acorde con el principio constitucional y como órgano competente para la conservación del orden público interno, noción que comprende la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas.

La acción policial se encamina a regular la actividad particular, en cuanto sea de derecho o por la perturbación esencial que entraña. Así lo expuso el barón de Montesquieu (2003) al decir que la libertad consistía en el derecho de hacer todo lo que la ley permite, pues si se pudiera hacer lo que ella prohíbe, no se estaría en poder de esa libertad, porque los demás también desearían aprovechar tal facultad y la sociedad terminaría en el caos.

Uno de los medios de los que más se vale la autoridad policiva es el empleo de la fuerza en los casos taxativamente señalados. Se puede obligar al cumplimiento o a la protección de los mismos con la fuerza u otro medio, para impedir o restablecer el orden público. Entre sus funciones se destacan:

1. Protección al derecho de asociación. Remite a la norma penal que tutela el derecho de asociación. Se incrementan las multas por su violación, las cuales pasan a ser concurrentes con la sanción penal. Los actos

atentatorios se tipifican contra el derecho de asociación (art. 39, Ley 50 de 1990; art. 354, CST; art. 15, Ley 11 de 1984).

2. Protección al derecho de huelga. Los cuerpos policivos tienen obligación de vigilar el curso pacífico de las huelgas y garantizar su ejercicio (art. 63, num. 5, Ley 50 de 1990; art. 448, CST).

Al respecto, dice la Ley 50 de 1990:

Artículo 63. El artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 33 del decreto 2351 de 1965, quedará así:

Artículo 448. Funciones de las autoridades:

1. Durante el desarrollo de la huelga, las autoridades policivas tienen a su cargo la vigilancia del curso pacífico del movimiento y ejercerán de modo permanente la acción que les corresponda, a fin de evitar que los huelguistas, los empleadores, o cualquier persona en conexión con ellos excedan las finalidades jurídicas de la huelga, o intenten aprovecharla para promover desórdenes o promover infracciones de delitos.
2. Mientras la mayoría de los trabajadores de la empresa persista en la huelga, las autoridades garantizarán el ejercicio de este derecho y no autorizarán ni patrocinarán el ingreso de grupos minoritarios de trabajadores, aunque éstos manifiesten su deseo de hacerlo.

El nuevo Código Nacional de Policía y de Convivencia (Ley 1801 del 29 de julio de 2016) instituye garantías sobre los derechos y las libertades de los ciudadanos, entre los que se encuentra el derecho a la reunión y manifestación pública, cuyo ejercicio está reglamentado a efectos de garantizar la convivencia por medio de la imposición de sanciones de orden económico.

Protección en el Código Penal

En nuestra legislación son muy escasos los tipos penales que protegen el derecho de asociación sindical. La Ley 599 del 24 de julio de 2000, por medio de la cual se expide el Código Penal, tipifica los delitos contra la libertad de trabajo y asociación: Artículo 198 violación de la libertad de trabajo; Artículo 199, sabotaje; Artículo 200, violación de los derechos de reunión y asociación.

Violación de la libertad del trabajo

El que mediante violencia o maniobra engañosa logre el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, o por los mismos medios perturbe o impida el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona, incurrirá en una multa.

Si como consecuencia de la conducta descrita en el inciso anterior sobreviniera la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte sin sobrepasar las diez (10) unidades multa (Congreso de la República, 2000, art. 198).

Cuando el empleador traslada a un trabajador a otro establecimiento de trabajo para obtener su renuncia o cuando invoca carecer de los recursos necesarios para comprar materia prima y les manifiesta a los obreros la insolvencia económica y la quiebra de la empresa a fin de provocar el retiro definitivo de ellos, está empleando maniobras engañosas.

De acuerdo con la técnica empleada por el Legislador para describir el tipo en estudio, este es de resultado, ya que se exige que, mediante el empleo de actos violentos o maniobras engañosas, el sujeto activo logre el retiro de los operarios o trabajadores o impida o perturbe el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona.

El retiro de operarios y trabajadores consiste en que estos no acudan a los establecimientos en donde trabajan. Si el retiro es de tal magnitud que trae como consecuencia la suspensión del trabajo, es decir, la parálisis de las actividades por un tiempo no muy largo o el cese colectivo de las labores, la conducta se agrava, debido a las persecuciones que ello acarrea en la producción, como lo señala el párrafo 2 del Artículo. Por tal razón, algunos tratadistas consideran que esta conducta debe ser contemplada en los delitos que atentan contra la economía nacional. Sin embargo, el Legislador la consagró como delito contra la libertad de trabajo.

Impedir o perturbar el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona requiere que el sujeto activo emplee la intimidación física o psíquica o las argucias o tretas con ese propósito. Impedir es estorbar e imposibilitar la ejecución de algo; luego, el impedimento es la reducción y restricción absoluta de la libertad de realizar actividades de trabajo.

Son innumerables las acciones que el individuo puede ejecutar para impedir el ejercicio del derecho al trabajo, máxime en una situación tan crítica como la que vivimos en nuestro país, en donde los valores morales se han dejado a un lado y la ley del más fuerte se impone en todos los estamentos sociales. Quienes detentan los medios de producción insisten en acrecentar sus recursos económicos a como dé lugar, sin importar los medios; las fuentes de trabajo son escasas, lo que permite el abuso de quienes las poseen en contra de los que las necesitan y hace que el acceso a ellas sea una obra de titanes, pues si no es por la mala remuneración económica que ofrecen, exigen requisitos como: “Empresa metalmecánica requiere profesional. Edad máxima: 35 años”. En esta oferta de trabajo no hay violencia o maniobras engañosas, como lo exige la disposición penal en estudio, pero sí se impide el ejercicio del derecho al trabajo y el acceso a ese empleo a aquel ciudadano que ha pasado de los 35 años y goza de toda su capacidad intelectual y física productiva. Estas condiciones entorpecen la libertad de trabajo, ya que hay envejecimiento laboral prematuro.

Existen otras tácticas empleadas por trabajadores y empleadores que si bien no lesionan directamente la libertad de trabajo, sí menoscaban la producción, como el trabajo a cámara lenta y el boicoteo.

Sabotaje

El que con el fin de suspender o paralizar el trabajo destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe herramientas, bases de datos, soportes lógicos, instalaciones, equipos o materias primas, incurrirá en prisión de seis (6) años y multa de 5 a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si como consecuencia de la conducta descrita en el inciso anterior sobreviniera la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte (Congreso de la República, 2000, art. 199).

Violación de los derechos de reunión y asociación

El Artículo 200 del Código Penal fue modificado por la Ley 1453 de 2011. La reforma consistió en indicar que la violación de los derechos de reunión y asociación, es decir, el impedimento o la perturbación de una reunión lícita o del

•Criterios concluyentes sobre el derecho de asociación sindical en Colombia.

ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o la toma de represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas ocasionará pena de prisión de uno a dos años y multa entre cien y trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa [...] (art. 200).

En el tipo penal mencionado el sujeto activo es cualquier persona, ya sea empleador, directivo o trabajador que colabore en el hecho; el sujeto pasivo es el trabajador —sindicalizado o no— o la organización sindical; el verbo rector es impedir, perturbar, tomar represalias o celebrar, dirigido a evitar que se ejerza el derecho de reunión o asociación. Las reuniones deben ser lícitas, esto es, de conformidad con las leyes laborales.

El tipo penal del Artículo 200 está vinculado con el Artículo 345 del CST, con circunstancias agravantes punitivas frente a la celebración de pactos colectivos. Hay un aumento de la pena cuando se pone al trabajador en situación de indefensión o de peligro para su integridad personal; la conducta se comete en persona discapacitada, con enfermedad grave o en mujer embarazada; se recurre a amenaza de causar la muerte, lesiones personales, daño en bien ajeno o al trabajador o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad; se vale de engaño al trabajador.

Las conductas descritas en el Artículo 200 corresponden a un delito querellable, por lo que requieren de un querellante legítimo para dar inicio a la acción penal, que sería la persona afectada por la comisión de los hechos o el representante legal de las organizaciones sindicales cuando se cometa contra persona jurídica. Su caducidad es de seis meses a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho o del último hecho. Si no se interpone la querrela dentro de este término, opera el fenómeno de la extinción de la acción penal o puede ser desistible antes de proferirse la sentencia de primera instancia; es susceptible de conciliación en términos económicos ante la Fiscalía o el centro de conciliación, la cual arrojará como resultado la extinción de la acción penal.

Además, es un delito excarcelable y no proceden medidas de aseguramiento de detención preventiva. En caso de condena, el juez puede otorgar un subrogado penal. El mínimo de la pena no supera los cuatro años de prisión. La responsabilidad es personal.

En los últimos años se han instaurado algunas leyes penales que protegen el derecho de asociación sindical. Tal es el caso de la Ley 1426 de 2010, cuyo Artículo 1 amplió a treinta años el término de prescripción del Artículo 83 del Código Penal cuando se trate de conductas punitivas de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de un miembro de organización sindical legalmente reconocida.

En el caso del Artículo 247 del Código Penal, la Ley 1142 de 2007 lo modifica en lo relacionado con las amenazas y aumenta la pena de prisión de cuatro a ocho años. Si la amenaza o la intimidación recayera sobre un miembro de la organización sindical legalmente reconocido, la Ley 1426 de 2010 la aumentó en una tercera parte.

La Corte Constitucional (2013a) analizó la expresión “legalmente reconocida”, contenida en los Artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ley 1426 de 2010 y fue declarada inexecutable toda vez que una organización sindical tiene plena capacidad legal a partir de la inscripción en el Ministerio de Trabajo; esto traería como consecuencia que los trabajadores que están ejerciendo su derecho de asociación sindical en su etapa de fundación quedarían excluidos de la protección penal. La Corte señaló que esa expresión era ambigua y afectaba el principio de taxatividad en materia penal, pues dejaría por fuera a trabajadores que ejercieran ese derecho sin que su organización estuviera inscrita en el Ministerio de Trabajo.

De la prescripción normativa penal podrían surgir algunas aclaraciones:

1. Un pacto colectivo no supera en su conjunto una convención colectiva, dado que su pretensión es modificar los elementos salariales para dismantelar la organización sindical. Por el contrario, la convención colectiva genera nuevas prestaciones sociales y garantiza la estabilidad laboral. Por ello, los empleadores se podrían cuidar de hacer un pacto que no supere a la convención, pero que otorgue derechos inmediatos a los trabajadores de la empresa. De este modo, el Artículo 83 del Código Penal es inaplicable.

2. Cabe preguntarse si la condena de uno a tres años y la multa que impone este tipo penal son sanciones para todos los que suscriben el pacto colectivo —incluidos los trabajadores— o para quienes elaboran el pacto. Si el pacto colectivo es un acuerdo entre dos partes y teóricamente no es la imposición de unas condiciones de una parte sobre la otra, entonces, ¿para quién es la pena?
3. El pacto colectivo del Artículo 200 del Código Penal es violatorio del Convenio número 98 de la OIT, ya que establece como principio esencial de la negociación colectiva que esta surja de la voluntad libre y de la buena fe de las partes. De ahí que si el Artículo establece que el empleador o las partes no pueden superar la convención colectiva de la empresa en una negociación colectiva, se estaría restringiendo la voluntad de las partes en dicha negociación y se estaría violentando el Convenio número 98.

En definitiva, para los organismos de control de la OIT, si en una empresa hay organización sindical (sin importar que esta sea mayoritaria o minoritaria), no puede haber negociación colectiva con los trabajadores no sindicalizados. En Colombia, el Artículo en mención acepta que si hay una organización sindical minoritaria (menos de la tercera parte de la empresa) pueden coexistir pacto y convención colectiva, lo que se presta para dismantelar, dividir o fragmentar las organizaciones sindicales colombianas.

El Estado colombiano no ha tenido en cuenta las observaciones de los órganos de control; sin embargo, se resalta el criterio jurídico de los autores de que si en una empresa hay una organización sindical, no pueden coexistir convención y pacto colectivo, sin importar si es mayoritario o de minorías.

De conformidad con los criterios del Comité de Libertad Sindical (OIT, 2006), las organizaciones sindicales minoritarias tienen derecho a la negociación colectiva y, en caso de que en dicha empresa existan estas organizaciones, no puede haber negociaciones con los trabajadores no sindicalizados.

Si en una empresa existiera una organización sindical y se negociara un pacto colectivo, ese pacto sería contrario al Convenio número 98 y, por lo tanto, inexistente.