

CARLOS HERNANDO SANJUAN NAVARRO

**EL CONTRATO SINDICAL: UN ANÁLISIS DESDE LA LIBERTAD
SINDICAL.**

**(Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho
del Trabajo)**

Bogotá (D.C.), Colombia

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN JUSTICIA Y TUTELA DE LOS DERECHOS
CON ÉNFASIS EN DERECHO DEL TRABAJO

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestrosa Rey**

Director Departamento
Derecho Laboral: **Dr. Jorge Eliecer Manrique V.**

Directora de Tesis: **Dra. Luisa Fernanda Rodríguez R.**

Examinador: **Dr. Ricardo Barona Betancourt.**

TABLA DE CONTENIDO

GLOSARIO.....	III
INTRODUCCIÓN	IV
I. EL CONTRATO SINDICAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL.....	1
1. LA CONTRATACIÓN SINDICAL EN COLOMBIA.....	2
1.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO SINDICAL.....	3
1.2. EL CONTRATO SINDICAL ENTENDIDO COMO MECANISMO JURÍDICO VÁLIDO PARA LA SUBCONTRATACIÓN DE PROCESOS PERMITIDA POR LA OIT.....	13
2. LA CONTRATACIÓN SINDICAL COMO EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA PROMOCIÓN DEL TRABAJO COLECTIVO.....	17
2.1. LA LIBERTAD SINDICAL Y SUS MANIFESTACIONES PARA EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DE LA OIT.....	25
2.2. LA CONTRATACIÓN SINDICAL COMO EJERCICIO VÁLIDO DEL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD SINDICAL EN COLOMBIA.....	35
2.3. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES GARANTIZADOS EN LA CONTRATACIÓN SINDICAL...	43
2.3.1. LOS DERECHOS DEMOCRÁTICOS AL INTERIOR DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL.....	45
2.3.2. LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS AFILIADOS PARTICIPES.....	50
2.3.3. RÉGIMEN DE COMPENSACIONES SINDICALES.....	52
II. ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA PRÁCTICA DEL CONTRATO SINDICAL EN COLOMBIA.....	55
1. EL CONTRATO SINDICAL COMO UNA FORMA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL ILEGAL QUE AFECTA DERECHOS LABORALES.....	55
2. PRINCIPALES DERECHOS LABORALES QUE SE PRESENTAN COMO AFECTADOS POR LA PRÁCTICA DEL CONTRATO SINDICAL.....	69
2.1. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO.....	70
2.2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DERECHO DE HUELGA.....	76
2.3. DERECHOS SALARIALES, PRESTACIONALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL.....	83

III. PROPUESTAS DE ADECUACIÓN PARA FORTALECER LA CONTRATACIÓN COLECTIVA SINDICAL EN COLOMBIA.....	88
1. ASPECTOS QUE PUEDEN SER OPTIMIZADOS EN EL DESARROLLO DE LA CONTRATACIÓN SINDICAL EN COLOMBIA.	88
1.1. EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL CONTRATO SINDICAL.....	90
1.2. NEGOCIACIÓN SECTORIAL O DE INDUSTRIA COMO MECANISMO PARA MEJORAR LAS CONDICIONES DE LOS TRABAJADORES ASOCIADOS.....	99
1.3. ESTRUCTURACIÓN DE UN RÉGIMEN DE COMPENSACIONES QUE CONTEMPLA UNOS DERECHOS MÍNIMOS PARA LOS TRABAJADORES ASOCIADOS QUE PARTICIPAN EN LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO SINDICAL.	110
CONCLUSIONES.....	121 120
LISTA DE REFERENCIA	123 122

GLOSARIO

ACOSET:	Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales.
CEACR:	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CGT:	Confederación General del Trabajo
CLS:	Comité de Libertad Sindical
CST:	Código Sustantivo del Trabajo
CTC:	Confederación de Trabajadores de Colombia.
CUT:	Central Unitaria de Trabajadores
DUR:	Decreto único Reglamentario
ENS:	Escuela Nacional Sindical
EST:	Empresas de Servicios Temporales
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OIT:	Organización Internacional del Trabajo.
SISLAB:	Sistema de información Sindical y Laboral

INTRODUCCIÓN

No existe hoy en día una apreciación clara y unificada sobre la naturaleza de las relaciones jurídicas existentes en la práctica entre la organización sindical como persona jurídica, sus afiliados y la entidad contratante, llegando incluso a ser puesta en cuestión su legalidad y ser sometida a estudio por el CLS de la OIT a partir de la queja formulada por la CUT en el año 2015.

Si bien esta figura del derecho colectivo sindical ha sido estudiada por la doctrina y desarrollada por la jurisprudencia constitucional, se justifica efectuar un análisis de sus fortalezas y debilidades de cara a los derechos de los trabajadores asociados que parta de su estudio en relación con el principio de libertad sindical.

Dicho escenario posibilitaba un espacio académico para nuestro estudio y llevó a plantear como problema de investigación el siguiente interrogante: ¿Es el contrato sindical una manifestación válida de la libertad sindical que permite a los trabajadores organizarse y perseguir condiciones laborales satisfactorias en el ejercicio de su profesión o, por el contrario, constituye un atentado a la libertad sindical y permite la violación de derechos laborales?

Iniciamos nuestro estudio sosteniendo como hipótesis que la referida institución jurídica constituye efectivamente una manifestación válida de la libertad sindical, regulada por el Convenio 87 de la OIT y de la consecuente autonomía de acción de las organizaciones sindicales para perseguir los fines que le son propios, pues permite la promoción del trabajo colectivo y la búsqueda de condiciones de trabajo satisfactorias para los afiliados mediante la prestación de servicios o ejecución de obras.

En este sentido nuestro objetivo principal será demostrar que esta modalidad contractual del derecho colectivo laboral constituye un mecanismo válido para que

las organizaciones de trabajadores oferten y presten sus servicios en el sector de la economía que les corresponda, alcanzando de esta manera los fines de promoción del trabajo para sus asociados y condiciones laborales ajustadas a la normatividad laboral para los integrantes de estas.

Para cumplir esta meta procederemos a contrastar los principales argumentos y posiciones jurídicas a favor y en contra de la práctica del contrato sindical en Colombia, para a partir de ello demostrar o invalidar la hipótesis de la cual partimos. Esto se desarrollará a través de los dos primeros capítulos del texto.

En el primero de ellos presentamos y argumentamos en favor del contrato sindical como una manifestación de la libertad sindical. Para ello estudiamos su naturaleza jurídica y su uso como mecanismo de subcontratación de procesos en los términos que por ello entiende la OIT. Igualmente realizamos un recorrido por el concepto de la libertad sindical y lo que por ella entiende el CLS, así como la interpretación de la jurisprudencia constitucional. El primer apartado cierra estudiando la manifestación de los derechos laborales para los trabajadores partícipes en la ejecución de un contrato sindical.

De esta manera se presentan los elementos teóricos y fácticos necesarios para considerar a la contratación sindical como un mecanismo para el ejercicio y la materialización de la libertad sindical por parte de las organizaciones de trabajadores que la desarrollan, al permitir a estos una promoción del trabajo colectivo y el alcanzar condiciones laborales satisfactorias en el ejercicio de su profesión.

El segundo capítulo enriquece la discusión académica al presentar los principales argumentos en contra de la práctica de la contratación sindical. Problematizando la figura a través de los principalmente señalamientos efectuados por la CUT en su queja ante el CLS de la OIT, procedimos a estudiar si el contrato sindical se corresponde con una forma de intermediación laboral ilegal y la manifestación de

derechos laborales concretos al interior de organizaciones que efectúan dicha modalidad contractual, como por ejemplo, la estabilidad en el empleo, la negociación colectiva, la seguridad social o el derecho a un ingreso mínimo vital y móvil.

Atendiendo desde una posición crítica los argumentos de peso que presenta el capítulo segundo, se estructura un tercer capítulo en el que se proponen acciones de reconfiguración, tanto fácticas como normativas, en cuanto al desarrollo de la contratación sindical, que sostenemos pueden ayudar a perfeccionar a esta como una manifestación válida de la libertad sindical y ser una herramienta que permita fortalecer los derechos laborales de los trabajadores asociados que deciden hacer uso de ella.

Finalmente, en este último apartado también se presentan las herramientas jurídicas de las que se puede hacer uso para combatir aquellos casos en los cuales se hace un uso indebido o irregular del contrato sindical para afectar los derechos y los principios del empleo aplicables a los trabajadores partícipes de un contrato sindical.

Esperamos que la actualidad y relevancia del tema objeto de investigación, en conjunto con la profundidad académica que se espera haber alcanzado con el presente texto, permitan que este trascienda a la práctica y contribuya de esta manera a que cada día sean más los trabajadores que puedan desarrollarse, como lo preceptúa el artículo 25 constitucional, en condiciones dignas y justas.

I. EL CONTRATO SINDICAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL.

El presente capítulo se divide en dos apartados. El primero de ellos se encargará de exponer los elementos que estructuran la naturaleza jurídica de la contratación sindical en el ordenamiento jurídico colombiano. Iniciando con un breve recuento de la evolución normativa de esta figura del derecho colectivo, pasaremos a estudiar los diferentes pronunciamientos o posiciones jurisprudenciales y doctrinales en la materia; para terminar enmarcando esta modalidad contractual en el concepto de subcontratación de servicios que presenta la OIT

En un segundo momento se presentará a la contratación sindical como una manifestación de la libertad sindical, para lo cual se estudiará lo que dicho eje conceptual significa para la OIT, lo que se hará a través de las manifestaciones del CLS, e igualmente se analizará el concepto de libertad sindical a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Lo anterior para sostener cómo la práctica del contrato sindical garantiza los derechos laborales de los trabajadores asociados.

Esta estructura de análisis nos permitirá establecer cuáles son aquellos elementos teóricos y fácticos que nos llevan a considerar a la contratación sindical como una manifestación válida del principio de libertad sindical por parte de las organizaciones de trabajadores que la desarrollan, al permitir a estos una promoción del trabajo colectivo y la búsqueda de condiciones laborales satisfactorias en el ejercicio de su profesión.

1. LA CONTRATACIÓN SINDICAL EN COLOMBIA.

El Decreto 2350 de 1944 ya estipularía, con pequeñas modificaciones, los tres artículos en los cuales hoy día el CST desarrolla el contrato colectivo sindical. Desde la expedición de dicha normatividad se encuentra consagrada como una de las facultades de las organizaciones de trabajadores el suscribir contratos colectivos.

La Ley 6 de 1945, al acoger el referido decreto como legislación permanente replicó su contenido, pero estableció además expresamente entre las funciones de los sindicatos la celebración de contratos sindicales.

El actual CST contempla la figura en sus artículos 373 numeral 3, y 482 a 484, y ha sido posteriormente reglamentado por varios Decretos, de los cuales se encuentra actualmente vigente el Decreto 036 de 2016, compilado en el DUR del Sector Trabajo 1072 de 2015.

Este último marco normativo presenta al contrato sindical como aquella figura del derecho colectivo laboral colombiano que permite a las organizaciones de trabajadores, en el marco de la autonomía de acción que les es propia, obligarse “para la prestación de obras o ejecución de servicios por medio de sus afiliados”¹. Es decir, el contrato sindical que celebran el empleador o contratante con el sindicato o contratista, además de su naturaleza colectivo laboral, posee la naturaleza de un contrato civil o comercial; siendo su objeto contractual la prestación de servicios o la ejecución de obras.

Por su parte, los afiliados que deciden participar voluntariamente en desarrollo del contrato sindical se denominan afiliados partícipes, y suscriben un convenio de ejecución con la organización sindical. Dicho instrumento contiene las obligaciones y derechos del afiliado y un acuerdo accesorio al contrato sindical principal. Por su participación en desarrollo de un contrato sindical los afiliados reciben

¹ Artículo 482 del CST.

compensaciones sindicales, que como ha expuesto el Ministerio del Trabajo² y ha ratificado la jurisprudencia constitucional³, no tienen carácter salarial.

Como lo plantea Pérez García (2016), pese a encontrarse en el Código Sustantivo de Trabajo es una figura que aun no ha adquirido un gran desarrollo. Es quizá este hecho lo que ha llevado a una indebida comprensión de su naturaleza jurídica y a interpretaciones poco afortunadas de esta. Resulta pues necesario precisar con claridad cuál ha sido su evolución, puesta en práctica y cómo ha sido entendida su naturaleza jurídica, ello a partir del correspondiente fundamento constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal.

1.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO SINDICAL.

Consideramos que el contrato colectivo sindical es la categoría jurídica que se asigna por parte del derecho laboral al trabajo colectivo desarrollado por los afiliados de una organización sindical en favor de un contratante. Sin embargo, dada la naturaleza del objeto contractual contenido en dicho negocio jurídico, este será además o bien un contrato de prestación de servicios o un contrato de obra, contratos que atienden a lo fijado por el derecho civil.

Así, la Sentencia T- 457 de 2011 señala “el Decreto 1429 del 28 de abril de 2010, “por medio del cual se deroga el Decreto 657 de 2006, se reglamentan los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”, señala en su artículo 1° que el contrato sindical es un acuerdo de voluntades cuya naturaleza yace en el derecho colectivo laboral, pero que debemos decir tiene una cierta influencia del contrato civil de prestación de servicios o de ejecución de obra o labor” (Subrayado fuera del texto original).

² Cartilla del Ministerio de Protección Social sobre Contrato Sindical publicada el 28 de abril del 2010.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-457 de 2011.

Para sostener nuestra posición, pasaremos a estudiar las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que sobre la naturaleza de este contrato se han desarrollado a lo largo del tiempo.

Sea lo primero a indicar que “El contrato sindical es solemne, sometido a los mismos requisitos de la convención colectiva de trabajo, o sea, al escrito y al depósito” (Guerrero Figueroa, 2011, p. 508). Una interpretación sistemática del Código Sustantivo de Trabajo permite evidenciar además que el contrato colectivo sindical comparte capítulo con el pacto y a la convención colectiva de trabajo, es decir, como uno de los mecanismos de negociación colectiva.

Para Guerrero Figueroa (2011), el contrato sindical hace parte de la naturaleza jurídica del contratista independiente, toda vez que actuando en calidad de tal el sindicato se compromete a ejecutar determinada obra o prestar un servicio por medio de sus afiliados, por lo que entiende además que la relación existente entre el sindicato y sus afiliados es un contrato individual de trabajo. De este modo indica:

Resulta así que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido la autonomía y la validez del contrato sindical, que puede convertir a la organización contratista en verdadero patrono de sus afiliados trabajadores, quienes no tendrían así un vínculo laboral directo con el empresario contratante. (Guerrero Figueroa, 2011, p. 506).

Para el referido tratadista el sindicato que desarrolla contratación sindical es un patrono sin ánimo de lucro, sin embargo cita las diferencias notorias entre el contrato de trabajo y el contrato sindical existen para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que en sentencia del 27 de octubre de 1975 indicó:

Es entonces muy claro que cuando se intenta aplicar el régimen del contrato individual de trabajo a unos servicios que han estado regidos por un contrato sindical, la aplicación resulta indebida y se infringen

tanto las normas que regulan el primero como las que reglamentan el segundo, estas últimas por falta de aplicación siendo aplicables. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 27 de octubre de 1975)

Compartimos la visión del tratadista Guerrero Figueroa y de la Corte Suprema de Justicia al entender el contrato sindical como un verdadero contrato de prestación de servicios, pero no la categoría de trabajadores subordinados que da a los trabajadores asociados respecto del sindicato que los cobija. Sin embargo, esto permite plantear desde ya que existen múltiples criterios y posiciones respecto de la naturaleza del contrato colectivo sindical, como se estudiará más adelante.

Por nuestra parte, trataremos de sostener con la debida argumentación jurídica que el contrato colectivo sindical es una institución del derecho colectivo del trabajo que permite a las organizaciones de trabajadores perseguir sus fines legítimos, permitiendo a los trabajadores ejercer su profesión u oficio como contratistas independientes en el marco del contrato que celebre la organización de la cual hacen parte (contratista), con un beneficiario (contratante) que demande sus servicios; todo en el marco de la libertad de acción que les es propia, de acuerdo con lo estipulado por el Convenio 87 de la OIT, por el artículo 39 de la Constitución Política de Colombia, por los artículos 482 y siguientes del CST y por el DUR 1072 de 2015 en lo relativo a la materia.

En el año 2010 el Ministerio de la Protección Social, actual Ministerio del Trabajo, ante el incremento estadístico de la contratación sindical, y la expedición del entonces vigente Decreto 1429 de 2010, se dio a la tarea de precisar mediante una cartilla algunos de los aspectos centrales de esta. En dicho documento la administración presentó el vínculo entre organización y afiliados en desarrollo de un contrato sindical, como una relación horizontal y de igualdad entre afiliados y sindicato como persona jurídica, que escapa del ámbito de la subordinación. Al

responder a la pregunta: “¿Las personas que están bajo la modalidad del contrato sindical tienen contrato laboral con la organización sindical?”, se indica:

El afiliado partícipe en la ejecución del contrato sindical no es trabajador del sindicato porque éste lo componen los mismos afiliados y ejecutan dicho contrato sindical en desarrollo del contrato colectivo, no encontrándose el elemento esencial de la subordinación. Esta relación se rige por principios democráticos, de autogestión, colaboración y de autorregulación donde los afiliados actúan en un plano de igualdad.

Entre el afiliado partícipe y la organización sindical no existe una relación laboral y en consecuencia no hay contrato de trabajo. No obstante, el sindicato dada su finalidad compensará a éstos, por su contribución en la ejecución del contrato sindical, con los beneficios definidos en la asamblea de afiliados, en el reglamento y en el contrato sindical. (Ministerio de la Protección Social, 2010, p. 14).

De otro lado, para la Corte Constitucional es una figura que busca mitigar el fenómeno de la tercerización, evitando que el contratante acuda a otras formas de contratación como cooperativas, outsourcing o contratos de prestación de servicios, para solucionar determinadas necesidades del servicio (Corte Constitucional, Sentencia T- 457 de 2011); pero para Pérez García (2016) precisamente el contrato sindical “...responde a las regulaciones que buscan un outsourcing para prestación de servicios o ejecución de obras...” (p. 238).

Uno de los tratadistas que en mayor profundidad ha tratado el tema del contrato colectivo sindical en Colombia y estudiado por tanto su naturaleza jurídica, ha sido el doctor Barona Betancourt (2016), quien ha dicho que “...en Colombia está permitido que los sindicatos contraten la prestación de servicios o la ejecución de obras con empleadores por medio de sus afiliados” (p.617), y lo que resulta más

relevante, dicha contratación la circunscribe al ámbito de la libertad sindical, aunque en su momento el autor no profundizara demasiado en esta posición.

Señaló el mismo tratadista que a partir del año 2010 las cifras de contratación sindical presentaron un incremento significativo, lo cual deja entrever que:

Algunos sindicatos por medio de la figura del contrato colectivo sindical le están suministrando mano de obra a los empleadores, al igual que las empresas de servicios temporales, las sociedades por acción simplificadas, las cooperativas de trabajo asociado, las bolsas de empleo y los intermediarios. (Barona Betancourt, 2016, p.617).

Esto nos permitiría hablar de un uso ilegal de la figura del contrato sindical, que se encontraría desbordando la regulación en que se enmarca. Dicho aspecto será abordado en profundidad en el capítulo II del presente texto. Por ahora baste señalar que para el mismo autor al respecto:

Se han observado dos (2) posiciones: La primera posición afirma, que no existe relación laboral entre los afiliados partícipes y el sindicato cuando se suscribe un contrato colectivo sindical.

(...) La segunda posición afirma, que existe relación laboral. (Barona Betancourt, 2011, pp. 11-12).

Mientras la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que "...el sindicato viene a ser en la práctica el patrono de los afiliados, pero estos no tienen vínculo laboral alguno con el empresario contratante", (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 25 de julio de 1981), la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional se ha decantado hacia la primera posición, al respecto se tiene por ejemplo la Sentencia T- 303 de 2011.

La OIT por su parte ha escuchado las denuncias que sobre el contrato sindical han hecho la CUT y la CTC, y a través de la CEACR, ha pedido al Gobierno colombiano que proporcione sus comentarios a las alegaciones de estas organizaciones sindicales, relativas al impacto del contrato sindical sobre la aplicación del Convenio 87. (Observación CEACR - Adopción: 2016, Publicación: 106ª reunión CIT, 2017). Recientemente la organización ha insistido al respecto a través del CLS, que en informe de octubre del 2018 pide al Gobierno colombiano que, en consulta con las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores, informe sobre el impacto del Decreto núm. 036 de 2016 y su puesta en práctica. (CLS, 2018)

Sin embargo, otra organización de gran peso en la esfera sindical como la CGT ha manifestado que:

Como se puede observar el contrato sindical es una forma de negociación colectiva.

(...) y como facultad del sindicato, permite afirmar que es una manifestación de la libertad sindical ya que es consustancial del derecho de asociación sindical y negociación colectiva (CGT, 2016, p. 6).

Esta última posición encuentra gran sustento desde una interpretación sistemática de la norma, que permite constatar que el legislador ha agrupado en el título III del libro segundo del CST las formas de negociación colectiva, siendo estas la convención colectiva, el pacto colectivo y el contrato sindical.

Cada una de estas posturas, en una primera observación, cuenta con sustento argumentativo sólido, lo que nos permite afirmar que actualmente no hay claridad sobre el alcance del marco normativo y la implicación sobre los derechos laborales de los afiliados que tiene la figura del contrato sindical. A través de una construcción conceptual a partir del estudio de las diferentes posiciones encontradas, pasaremos a presentar nuestra posición sobre la naturaleza del contrato sindical.

Como bien lo sintetiza el tratadista y presidente de ACOSET Miguel Pérez:

(...) no hay lugar a dudas de que la relación en el contrato sindical entre uno o varios sindicatos y uno o varios patronos, tiene la naturaleza del contrato civil de prestación de servicios y no cabe, desde ningún punto de vista, atribuirle las características de la relación laboral, enmarcándose su actividad en lo que se ha dado en calificar como outsourcing. En este caso lo que se presenta es una tercerización de procesos de producción o servicios con personas jurídicas autónomas, destacándose en este tipo de contratación, el producto o resultado final en bienes o servicios. (Pérez García, M., 2016, p. 243)

La Sentencia T-303 de 2011 señala por su parte:

Según el Boletín de Prensa N° 020 de marzo 7 de 2006 del Ministerio del Trabajo y la Protección Social, este contrato fue concebido por el legislador como una forma de combatir el desempleo, en el sentido que a pesar de que los sindicatos son organizaciones sin ánimo de lucro, los trabajadores afiliados a la organización quedan habilitados para desarrollar actividades y servicios que usualmente son desarrollados por particulares y terceros, y de esta forma obtienen beneficios económicos y sociales de carácter extralegal exclusivamente; el sindicato obtiene la utilidad del trabajo contratado, a pesar de ser una entidad sin ánimo de lucro. En esa ocasión se afirmó, que el propósito del decreto 657 de 2006, reglamentario de los artículos 482, 483 y 484 C.S.T., fue promover el paso de un sindicalismo reivindicatorio a otro de participación.

Reforzando lo anterior, como ya fue indicado, para el tratadista Guerrero Figueroa (2011) el contrato sindical hace parte de la naturaleza jurídica del contratista

independiente, toda vez que actuando en calidad de tal, el sindicato se compromete a ejecutar determinada obra o prestar un servicio por medio de sus afiliados.

Debemos recordar que la figura del contratista independiente se encuentra regulada por el artículo 34 del CST, que señala que estos son:

(...) las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. (CST, art. 34)

Dicho contratista independiente desarrolla sus negocios jurídicos a través del contrato de prestación de servicios, contrato que está regulado en forma genérica por el artículo 1495 del Código Civil, por lo tanto, es una relación de naturaleza civil que dependerá de lo estipulado por las partes en el contrato.

Es decir, la normativa laboral se limita solamente a definir los elementos que hacen que nos encontremos en presencia de un contratista independiente (se presume que con el objeto de diferenciarlo de un contrato individual de trabajo), pero no reglamenta con precisión los detalles del negocio jurídico que suscriben el beneficiario de la obra o servicio, también denominado contratante, y el ejecutor de esta, también denominado contratista; siendo este campo del derecho civil.

Se concluye también que lo que configura la naturaleza de contrato colectivo sindical es el hecho de que el beneficiario de la obra o servicio contrate estos con una o varias organizaciones sindicales, pero el objeto contractual de dicho negocio jurídico permitirá que el mismo se pueda clasificar como contrato civil de obra o contrato civil de prestación de servicios.

Es por esto por lo que la normativa que ha regulado el contrato sindical, entiéndase Decretos 1429 de 2010 y el actual 036 de 2016, se encargan de regular los aspectos intrínsecos de la contratación respecto de la organización sindical y sus afiliados, esto es: la obligación de depositar el contrato ante el Ministerio del Trabajo, la existencia de contabilidad para cada contrato, la prescripción de existencia de un reglamento, obligación del sindicato en lo relativo a Seguridad y Salud en el Trabajo, etc.

Sin embargo, los elementos normativos encargados de regular la prestación del servicio o la ejecución de la obra pactada, no se hayan contemplados en el mismo, toda vez estos serán objeto de regulación por parte del derecho civil de acuerdo con la naturaleza del objeto a contratar.

Así, por ejemplo, si un sindicato de ingenieros civiles se compromete al desarrollo de cierta obra de infraestructura, los aspectos relativos a la relación contratante-contratista, se regirán, además del articulado del propio contrato, por las disposiciones normativas que en materia civil regulen la actividad de la construcción.

Otro ejemplo puede ser la contratación sindical en la que es parte contratante una entidad del sector público, veremos como las normas que complementan el propio contrato serán las relativas al derecho público, por lo que es frecuente que se apliquen conceptos como el de cláusulas exorbitantes o caducidad del contrato, los cuales no son propios del derecho laboral colectivo.

De otra parte, el contrato colectivo sindical es la categoría jurídica que se asigna por parte del derecho laboral al trabajo colectivo desarrollado por los trabajadores asociados. Constituye, junto con el pacto y la convención colectiva de trabajo, una de las formas de negociación o contratación colectiva laboral permitidas por nuestra legislación laboral.

Como bien indica la Sentencia C- 063 de 2008:

El derecho de negociación colectiva no se limita a la presentación de los pliegos de peticiones y a las convenciones colectivas, sino que incluye todas las formas de negociación que se den entre trabajadores y empleadores y que tengan el fin de regular las condiciones del trabajo mediante la concertación voluntaria, la defensa de los intereses comunes entre las partes involucradas en el conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de unos y otros sean oídos y atendidos, así como la consolidación de la justicia social en las relaciones que se den entre los empleadores y los trabajadores. (subrayado fuera del texto original). (Corte Constitucional, Sentencia C- 063, 2008)

La relación entre el sindicato como persona jurídica con los afiliados que adquieren la calidad de partícipes, es una relación horizontal. Mediante dicha relación convencional, que vale indicar resulta accesoria al contrato sindical suscrito, el afiliado se compromete a participar en la ejecución de dicho acuerdo de voluntades, adquiriendo una serie de derechos y obligaciones propias de la calidad de afiliado partícipe.

Por su participación en desarrollo de un contrato sindical los afiliados reciben compensaciones sindicales, que como han expresado las altas Cortes, no tiene carácter salarial, sino que representa un reconocimiento al trabajo colectivo de los afiliados.⁴

Es claro entonces que la relación entre sindicato y afiliados es parte de las relaciones colectivas de trabajo reguladas por el libro II del CST, específicamente en sus artículos 373 # 3, 482 y siguientes, apartándose totalmente del género relaciones individuales de trabajo, dentro de las que una de sus especies es el contrato individual de trabajo. Esta relación se sustenta en la autogestión y en la

⁴ Corte Constitucional, Sentencias T- 303 y 457, 2011.

solidaridad que existe entre todos los afiliados, y entre estos y la organización sindical.

Dado el objeto contractual contenido en el contrato colectivo sindical como negocio jurídico, este será o bien un contrato de prestación de servicios o un contrato de obra, contratos que atienden a lo fijado por el derecho civil. El sindicato adquiere pues, en los términos del artículo 34 del CST, la calidad de contratista independiente frente a quien será el beneficiario del servicio o la obra a desarrollar.

1.2. EL CONTRATO SINDICAL ENTENDIDO COMO MECANISMO JURÍDICO VÁLIDO PARA LA SUBCONTRATACIÓN DE PROCESOS PERMITIDA POR LA OIT.

Categorías conceptuales como tercerización, intermediación laboral (legal e ilegal), outsourcing, insourcing, externalización de procesos, subcontratación, etc., resultan problemáticas en su estudio, al no existir acuerdo de criterios legales, jurisprudenciales, y doctrinales.

Brevemente trataremos de aportar claridad al respecto, basándonos principalmente en la posición que al respecto ha sostenido la OIT, para posteriormente pasar a posicionar al contrato sindical dentro de la categoría que le corresponde.

La tercerización, outsourcing o descentralización productiva, parte del proceso de globalización y de la consecuente búsqueda de mayor eficacia en el proceso productivo por parte de sus actores; no ha tenido un desarrollo normativo amplio y pacífico en el caso colombiano, y solo recientemente se han tratado de fijar conceptos como los referidos, llevando a que no exista un criterio compartido por parte de funcionarios administrativos y judiciales, que en ocasiones confunden dichas categorías con el fenómeno de la intermediación laboral ilegal.

Al respecto debe precisarse que la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios es perfectamente legal, y no debe ser confundida en ningún caso con la práctica irregular de enviar trabajadores en misión, usurpando la especial prerrogativa que al respecto concede la legislación a las EST.

Como lo recordó el Consejo de Estado recientemente en Sentencia del 6 de julio de 2017 con ponencia de la consejera Ibarra Vélez, el concepto de tercerización laboral no ha sido definido expresamente por la legislación colombiana, pero la doctrina la ha precisado como la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios, diferenciada de la subcontratación de mano de obra o intermediación laboral, que en Colombia únicamente puede ser desarrollada por las empresas de servicios temporales en ciertos casos puntuales y bajo un estricto control administrativo.

Como bien lo explica la providencia, la propia OIT no ha definido la figura jurídica de la tercerización, pero sí ha hecho referencia a la práctica de la subcontratación laboral de bienes y servicios, que se entiende asimilada a este concepto. La Conferencia Internacional del Trabajo ha indicado sobre este proceso de contratación lo siguiente:

Con arreglo de esta modalidad de trabajo en régimen de subcontratación, una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. Los trabajadores dedicados a esta tarea permanecen bajo el control y la supervisión de la segunda empresa (llamada subcontratista), que es también responsable del pago de los salarios y del cumplimiento y la supervisión de las demás obligaciones que incumben al empleador. La empresa usuaria paga al subcontratista por el trabajo efectuado o por el servicio facilitado y no en función del

número de personas empleadas ni del número de horas trabajadas. A la empresa usuaria lo único que le interesa es el producto terminado que le entrega el subcontratista, no la manera en que se realizó el trabajo ni quien lo hizo. (Conferencia Internacional del Trabajo número 85, 1997)

La citada sentencia del Consejo de Estado indica, a partir de la definición presentada en la Conferencia, que la tercerización laboral entendida como el suministro de bienes y servicios es permitida por la OIT, y siendo que esa es la definición que presenta el máximo tribunal contencioso administrativo, podemos decir a partir de la promulgación de esta providencia que Colombia comparte la definición de tercerización laboral de la OIT, al menos a nivel jurisprudencial.

Vale resaltar que este pronunciamiento se dio en el marco de la demanda de nulidad al concepto de tercerización que solo hasta el año 2016 fue consagrado en el numeral 4 del artículo 2.2.3.2.1 del DUR 1072 de 2015, que fue adicionado por el Decreto Reglamentario 583 del año 2016 y finalizó con la nulidad de este apartado normativo, por lo cual a nivel legal o reglamentario hoy sigue sin existir en nuestro país un concepto de tercerización laboral.

Trasladando el anterior análisis a la naturaleza de la contratación colectiva sindical, debemos decir que el desarrollo jurisprudencial más reciente lo dio la Corte Constitucional en el año 2011 a través de las Sentencias T-303 y T-457, que se encargaron de precisar el tipo de relación triangular que se presenta entre el sindicato contratista, sus afiliados y el beneficiario de la obra o servicio contratado.

Sin embargo, ya desde el año 1981 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sección I, en Sentencia del 25 de julio, Rad 7707, M.P. Fernando Uribe Restrepo, había indicado:

La jurisprudencia de esta Sala, de acuerdo también con la doctrina, ha encontrado que la organización obrera en un contrato sindical actúa por lo general como un verdadero contratista independiente

(...) No se ve razón alguna para negarle a las organizaciones sindicales el derecho que tiene toda persona jurídica para actuar como contratista independiente cuando de otra parte tal facultad está expresamente reconocida en la Ley, como arriba se ha dicho. (Subrayado fuera del texto original). (Corte Suprema de Justicia, Sección I, Rad 7707, 1981)

De acuerdo con este marco, podemos categorizar a la contratación colectiva sindical como una forma de descentralización productiva o tercerización legalmente permitida, mediante la cual una empresa beneficiaria contrata con una organización sindical la prestación de servicios o el desarrollo de obras. Esta última tendrá que desarrollar la tarea encomendada con independencia administrativa, técnica y financiera, asumiendo los riesgos propios de la actividad; so pena de desnaturalizar la figura y entrar en terreno de la intermediación laboral ilegal, como se explicará en el capítulo II de este texto.

El marco doctrinal y jurisprudencial vigente respecto de la contratación sindical nos permite concluir que hay un criterio unificado, aunque disperso y poco estudiado, en cuanto a la naturaleza compartida con el contrato civil de obra o de prestación de servicios de este negocio jurídico.

En otras palabras, los contratos sindicales que suscriba una organización de trabajadores poseen a su vez la naturaleza jurídica de contratos colectivos laborales, de acuerdo con la calidad de los contratistas que lo ejecutan (afiliados partícipes del sindicato); de contratos de prestación de servicios o de obra (de acuerdo con objeto contractual desarrollado); y de contratos estatales o privados

(dependiendo de si se suscriben con entidades de naturaleza pública o con contratantes privados).

Quiere decir esto que el contrato colectivo sindical recibe este nombre en atención a que es el sindicato, en representación de un número plural de afiliados, el que suscribe un contrato que será desarrollado a través del trabajo colectivo de estos, es decir, es un concepto jurídico que responde a la naturaleza jurídica especial de organización sindical del contratista; sin embargo, esto es independiente a que el específico objeto contractual que contemple el contrato sindical lo constituya a su vez como un contrato civil de obra o de prestación de servicios.

Partiendo de la referida sentencia del Consejo de Estado, podemos concluir que el contrato sindical constituye un mecanismo jurídico válido para la subcontratación de procesos que contempla y permite la OIT.

2. LA CONTRATACIÓN SINDICAL COMO EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA PROMOCIÓN DEL TRABAJO COLECTIVO.

Hasta la tesis doctoral del tratadista Barona Betancourt (2018) el contrato colectivo sindical no había sido problematizado desde el marco de libertad con que cuentan los sindicatos para establecer su programa de acción, con miras a alcanzar los objetivos que dan fundamento a la organización sindical. Es decir, en su estudio no se ha dado la importancia requerida a manifestación del principio de libertad sindical que consagra el Convenio 87 de la OIT, por lo que no se ha estudiado en detalle desde este foco cual debe ser el límite la posibilidad de las organizaciones sindicales de contratar la prestación de servicios o la ejecución de obras, como un mecanismo para alcanzar los fines que se han propuesto. Todo esto teniendo en cuenta que la libertad sindical en el marco del mundo del trabajo permite comprender sus problemas básicos. (Lafont & Niño, 2016, p. 545).

Sea lo primero presentar la posición de la Corte Constitucional que hoy en día determina el carácter vinculante del Convenio 87 de la OIT, referido a derecho de asociación y libertad sindical, en cuanto a su categoría como parte del bloque de constitucionalidad, es decir, de su integración a nuestra Constitución Política.

Así, en la Sentencia C-617 de 2008 se dijo:

Respecto del convenio 87 de la OIT, la Corte expresamente ha señalado que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y, por hallarse integrado a la Constitución, es parámetro para adelantar el juicio de constitucionalidad de preceptos legales. El Convenio 87 de la OIT, en cuanto parámetro de constitucionalidad, es complementario del artículo 39 de la Carta. (Corte Constitucional, Sentencia C-617, 2008)

Si bien ha sido nutrida y cambiante la jurisprudencia en torno al carácter de los convenios de la OIT, como tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, es la SU-555 de 2014 la providencia que establece la actual interpretación de la Corte Constitucional sobre la materia.

En dicha sentencia se puntualiza que los con los convenios de la OIT aprobados por Colombia hacen parte de la legislación interna, de conformidad con el inciso 4 del artículo 53 de la CP; algunos de estos convenios integran el bloque de constitucionalidad, si cumplen con los requisitos consagrados en el artículo 93 Superior, es decir que se traten de tratados derechos humanos intangible, que han sido aprobados por el Congreso y de conformidad con el procedimiento constitucional establecido; y otros tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, y por tanto, sirven como referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador y al derecho al trabajo.

Se indica también que dentro de los convenios en materia de trabajo humano que la jurisprudencia constitucional ha incorporado en sentido estricto al bloque de constitucionalidad se encuentran el Convenio 87 sobre libertad sindical y el derecho de sindicación; el Convenio 98 sobre aplicación de los principios de derecho de sindicación y de negociación colectiva; el 138 relativo a la edad mínima de admisión de empleo; el Convenio 182 relativo a las peores formas de trabajo infantil; y, el Convenio 169 sobre el derecho de participación de las comunidades indígenas.

Quedan de esta manera establecidas las reglas para entender la fuerza vinculante de los convenios de la OIT como parte del bloque de constitucionalidad. El modelo adoptado por nuestra Constitución Política en este aspecto y ratificado en la mencionada sentencia, como lo exponen Lafont de León y Niño Chavarro (2016), es el modelo constitucional, esto es, que los tratados internacionales se equiparan a la Constitución misma, es decir, adquieren rango constitucional y por tanto la supremacía de la Ley fundamental del Estado.

Precisado el lugar del Convenio 87 de la OIT en nuestro ordenamiento interno, pasemos a continuación a estudiar su contenido en cuanto al principio de libertad sindical.

El artículo 3 de dicho instrumento de derecho internacional indica:

1. 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.

2. Las autoridades deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal. (Subrayado fuera del texto original) (OIT, Convenio 87)

Esta disposición consagra uno de los elementos esenciales de la libertad sindical, esto es, el que la organización pueda establecer libremente el programa de acción que considere pertinente para alcanzar los objetivos propuestos. El mencionado programa, como es lógico, puede contemplar todas aquellas acciones que no sean prohibidas por Ley.

Así lo indicó el CLS de la OIT en la quinta edición de su texto “La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”. El capítulo noveno de dicho documento, referido al “Derecho de las organizaciones de organizar libremente sus actividades y de formular su programa de acción”, señala:

495. La libertad sindical no implica solamente el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir libremente las asociaciones de su elección, sino también el de las asociaciones profesionales mismas a entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales.

496. Toda disposición que confiera a las autoridades, por ejemplo, el derecho de restringir las actividades de los sindicatos... sería incompatible con los principios de libertad sindical. (Subrayado fuera del texto original) (OIT, 2018)

¿Dónde se encuentra entonces el límite del ejercicio de la libertad sindical como principio esencial al derecho de asociación sindical? El mismo Convenio 87 da la respuesta al indicar en su artículo 8:

1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad. (Subrayado fuera del texto original) (OIT, Convenio 87)

Ello significa que, al menos en principio, los sindicatos dentro de ese programa de acción que no puede ser objeto de control arbitrario desde los Estados parte podrán contemplar cualquier actividad que no se configure como ilegal.

Sin embargo, de cara a esa misma legalidad el inciso segundo del referido artículo señala que la legislación nacional no podrá menoscabar, ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por dicho convenio.”

Existe pues una obligación para los Estados parte de posibilitar y garantizar una normatividad que no afecte o limite las garantías del Convenio 87, dentro de las cuales ya se ha mencionado una de las principales es que las organizaciones de trabajadores y empleadores puedan organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

En definitiva, los sindicatos se obligan a cumplir la legalidad en el marco del ejercicio de la libertad sindical, pero por su parte los Estados deben garantizar que esa legalidad no menoscabe las garantías que el Convenio 87 contempla.

Aplicando lo expuesto a nuestra investigación, debemos indicar que entre todos los mecanismos que libremente pueden escoger los sindicatos para perseguir sus fines legítimos, siempre y cuando no se encuentren en contra de la legalidad; el legislador ha establecido expresamente en el artículo 482 del CST la facultad que tienen las organizaciones de trabajadores para ejecutar obras o prestar servicios a través de sus afiliados, es decir, ha consagrado expresamente la posibilidad de que los

sindicatos o asociaciones de trabajadores sean contratistas en las esferas privada o pública.

Uno de los aspectos por los cuales consideramos no ha existido una interpretación totalmente correcta de la figura del contrato sindical y su alcance es la limitada concepción del sindicalismo en nuestro país, donde de forma general se suele pensar en el sindicato de empresa que negocia colectivamente las condiciones de sus asociados como la única manifestación de este.

Esta visión limitada es perjudicial al momento de interpretar el contrato colectivo sindical, toda vez que no se entiende como una organización de trabajadores que no están vinculados con un empleador mediante contrato de trabajo puedan estar asociados, y menos se entiende aun que puedan prestar servicios o desarrollar obras en favor de un tercero para lograr de esta manera los fines propios de las organizaciones sindicales.

Al respecto sea pertinente indicar que nuestro código laboral establece una clasificación que contempla cuatro formas que pueden asumir las organizaciones de trabajadores, siendo estas: de empresa, de industria o rama económica, gremiales y de oficios varios; y cuya constitucionalidad fue resuelta favorablemente por la Corte Constitucional en Sentencia C-180 de 2016.

Gran parte de las manifestaciones del contrato sindical se dan a través de los sindicatos gremiales y de industria, es decir, de organizaciones de trabajadores que no necesariamente tienen un vínculo por contrato individual de trabajo con un empleador.

Sobre esto hay que recordar lo expuesto por el artículo 10 del Convenio 87 de la OIT “En el presente Convenio, el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores.”

Es decir, el concepto de organización que presenta la OIT es amplio en lugar de restrictivo. El máximo órgano en materia de derecho internacional no limita la existencia de organizaciones sindicales y la aplicación del principio de libertad a sindicatos de empresa, sino que la extiende a todas aquellas organizaciones que busquen fomentar y defender los intereses de sus asociados, ello mediante los mecanismos que defina su programa de acción, siempre que los mismos no sean contrarios a la legalidad, como indica el artículo 8 *ibidem*.

Constituye objeto indirecto del presente trabajo aportar a la visión de un sindicalismo más abierto y adaptado a las nuevas manifestaciones de la economía en un mercado globalizado, muy distinto al contexto político, económico y social en el que ha desarrollado el sindicalismo la mayor parte de su historia.

Plantea Vargas Ávila (2010) que:

El sindicato nace en el siglo XIX en la industria, para representar el trabajo en la fábrica y tutelar los intereses de un sujeto social típico: el trabajador manual, de sexo masculino, que trabajaba en la fábrica su entera jornada de trabajo a cambio de una retribución con la que se mantiene y mantiene a su familia, esto es, el trabajador común de la producción de masa. La identidad cultural y política del sindicato se forja en este contexto. La función del sindicato en este sentido ha sido la de conseguir, mediante sus instrumentos habituales de actuación - fundamentalmente, la negociación colectiva y la huelga-, sucesivas mejoras en las condiciones de trabajo y de vida de la clase trabajadora.

Pues bien, las transformaciones económicas y sociales acaecidas y las que están en curso, han modificado profundamente ese escenario natural del sindicato, obligándole a repensar y reformular sus

estrategias y mecanismos de acción, su estructura y funcionamiento, su relación con los poderes públicos, con los empresarios, y con los propios trabajadores. Como es apenas natural, las transformaciones son múltiples y de diversa índole, pudiéndose agrupar en función del escenario en el que se verifican de tres formas: aquellas que afectan al sistema económico en su conjunto, las que afectan a la forma y organización de la empresa, y las que se refieren al trabajo mismo, a su nueva composición y a sus nuevos sistemas de organización.

(...) Al debilitarse la idea de lo “colectivo” y las formas de expresión y de organización colectiva, los mecanismos clásicos y la institucionalidad laboral que estaban asociados a la sociedad industrial se muestran cada vez más débiles e ineficaces para cumplir con algunos mandatos de equidad y justicia social. (p. 181)

Consideramos que ante dicho escenario, al cual Zygmunt Bauman denominó modernidad líquida y otros autores han llamado posmodernidad, las organizaciones de trabajadores tienen el reto de reinterpretar y/o adaptar algunos de sus postulados clásicos a un contexto muy diferente al de los últimos tres siglos.

Creemos así mismo que el contrato sindical se encuentra dentro de las instituciones jurídicas que se hayan en consonancia con el actual mercado globalizado y la economía liberal de mercado, y de ahí la importancia de estudiar su valía frente a pilares fundamentales del sindicalismo como el principio de libertad sindical, pero sin olvidar que este análisis se hace en función de un contexto totalmente diferente a aquel en el que se originaron dichos preceptos clásicos.

Usado correctamente el contrato sindical puede erigirse como una poderosa manifestación del principio de libertad sindical y ser una herramienta para que los trabajadores sindicalizados alcancen condiciones laborales satisfactorias que les

permitan desarrollar lo que la doctora Magdalena Correa Henao (2014) ha denominado “el deber de libertad de ganarse la vida”.

2.1. LA LIBERTAD SINDICAL Y SUS MANIFESTACIONES PARA EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DE LA OIT.

La Constitución de la OIT compuesta por su Preámbulo, cuarenta artículos, y la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia); menciona la palabra libertad en 3 ocasiones:

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a (...) libertad sindical.

(...) La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes:

(b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;”

(...) La Conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social afirma que:

(a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. (subrayado fuera del texto original) (OIT, 1919)

De otra parte, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo señala:

2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

(a) a libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva. (subrayado fuera del texto original) (OIT, 1998)

Desde su preámbulo la Constitución de la OIT está dejando claramente indicado que la libertad sindical es uno de los pilares esenciales sobre los cuales se construye la justicia social como requisito necesario para alcanzar una paz estable y duradera.

Agrega que la libertad de asociación es uno de los principios fundamentales de la organización y un elemento esencial para el progreso de las sociedades.

En un sentido más genérico, pero claramente relacionado con los anteriores preceptos, nos habla del derecho que tienen todos los seres humanos a perseguir

su bienestar material en condiciones de libertad. Esta libertad claramente abarca la libertad sindical como una de sus manifestaciones.

En la misma dirección “La declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo” establece la obligatoriedad de todos los Estados miembros de respetar y promover la libertad de asociación y la libertad sindical.

Como fue indicado en el subcapítulo anterior, el principio de libertad se desarrolla principalmente a través de los preceptos del Convenio 87 de la OIT, que podemos sintetizar en los apartes comentados de la siguiente manera:

- I) 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. Las autoridades no podrán entorpecer su ejercicio legal.
- II) Esta libertad no solo implica el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir libremente las asociaciones de su elección, sino también el de las asociaciones profesionales mismas a entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales. En este sentido, toda disposición que confiera a las autoridades, por ejemplo, el derecho de restringir las actividades de los sindicatos sería incompatible con los principios de libertad sindical.
- III) Las organizaciones sindicales están obligadas a respetar la legalidad en el ejercicio de los derechos que el Convenio 87 concede. Por otro lado, la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que afecte las garantías previstas por el convenio.

Ahora bien, el carácter general y amplio que por naturaleza tiene toda norma o regla de derecho hace que sea necesario que exista un órgano que determine la interpretación o alcance de dicha disposición o disposiciones. Como es lógico es la

propia OIT, a través del CLS, la encargada de determinar el alcance o núcleo esencial del principio de libertad sindical que ha sido consagrado en las normas antes mencionadas.

El CLS es uno de los órganos centrales de la OIT. Tiene como propósito esencial “(...) defender los principios de la libertad sindical.” (Delgado Bernal, 2016, p. 312) Este también se encarga de examinar aquellas quejas en contra de los Estados parte por posibles violaciones a los convenios y a la libertad sindical.

La publicación de la oficina internacional del trabajo ginebra “La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”, constituye un compilado de análisis respecto de casos concretos respecto de los cuales el Comité de Libertad Sindical interpreta el principio de libertad sindical. Estas recomendaciones y conceptos nos permiten la esencia de la libertad sindical a partir de los pronunciamientos de la organización en donde este concepto emerge.

En el capítulo referente a “Derecho de los trabajadores y de los empleadores sin ninguna distinción de constituir organizaciones y de afiliarse a las mismas” de dicha publicación, al referirse al caso de los trabajadores autónomos y las profesiones liberales, el CLS manifestó:

254. En base a los principios de la libertad sindical, todos los trabajadores – con la sola excepción de los miembros de las fuerzas armadas y la policía – deberían tener el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a las mismas. El criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda por tanto en la existencia de un vínculo laboral con un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo en el caso de los trabajadores de la agricultura, los trabajadores autónomos en general o los que desempeñan profesiones liberales, y que, sin

embargo, deben disfrutar del derecho de organizarse. (Subrayado fuera del texto original) (OIT, 2018)

Al referirse al derecho de asociación sindical de los trabajadores subcontratados, para el caso concreto denominados concesionarios, el CLS señaló:

263. No le corresponde al Comité pronunciarse respecto de la relación jurídica (laboral o mercantil, es decir, como concesionarios) de ciertos vendedores de una empresa incluso si al no reconocérseles la existencia de una relación laboral no se les aplicarían las disposiciones de la ley orgánica del trabajo. No obstante, dado que el Convenio núm. 87, sólo permite excluir de su ámbito de aplicación a las fuerzas armadas y a la policía, los vendedores en cuestión deberían poder constituir las organizaciones que estimen convenientes (artículo 2 del Convenio núm. 87). (Subrayado fuera del texto original) (OIT, 2018)

Sobre la necesidad de ser trabajador subordinado de una empresa para ejercer el derecho de asociación sindical indicó:

270. Corresponde a la autonomía interna de cualquier sindicato determinar si éste desea representar o no a trabajadores retirados para defender sus intereses específicos.

271. Exigir para la constitución de un sindicato que los trabajadores trabajen para un solo empleador viola los principios de la libertad sindical. (OIT, 2018)

De esta manera queda claro que para el CLS el principio de libertad sindical no puede limitarse únicamente a la figura del sindicato de empresa, y que la interpretación de dicho postulado es mucho más amplia en el sentido de permitir la

organización de los trabajadores en consideración a las distintas manifestaciones que puede adquirir el trabajo humano.

Como fue tratado en párrafos anteriores al momento de presentar nuestro objeto de estudio, creemos que uno de los principales problemas al entender la figura del contrato sindical en Colombia es que es analizada desde una visión estrecha del sindicalismo, que restringe el mismo a los sindicatos de empresa, es decir, limita la libertad sindical y sus manifestaciones a la existencia de un vínculo de trabajo subordinado.

Una lectura detenida de los apartados que se acaban de citar, y de los que a continuación se presentan, nos permite identificar una interpretación mucho más amplia del derecho de asociación sindical y del principio de libertad sindical para el CLS.

Como bien indica el divulgador y filósofo argentino Darío Sztajnszrajber “Las cosas no son lo que son, sino lo que somos” ((Mentira la verdad, 2017). La interpretación cercenada o limitada del sindicalismo en Colombia puede tener su origen en el contexto de represión y persecución sindical que desafortunadamente ha caracterizado nuestra historia en el mundo del trabajo. Situaciones que han condicionado nuestra visión de los derechos de asociación y libertad sindical, estableciendo de forma equívoca un control o limitación en el ejercicio de estos.

El alcance y extensión del derecho de asociación a trabajadores no subordinados que deciden organizarse en pro de sus legítimos intereses es muy relevante para nuestro objeto de estudio, toda vez que es principalmente a través de estas organizaciones que se da la contratación sindical en Colombia. Es decir, en la mayoría de los casos es a través de sindicatos gremiales y de industria o rama de la actividad económica, no así de empresa, que se desarrolla la facultad de prestar servicios o desarrollar obras, por parte de organizaciones de trabajadores.

Continuando con el análisis conceptual de los pronunciamientos del CLS, al estudiar la estructura que pueden adoptar los sindicatos se manifestó de la siguiente manera:

333. El libre ejercicio del derecho de constituir sindicatos y de afiliarse a los mismos implicaba la libre determinación de la estructura y la composición de estos sindicatos.

334. Los trabajadores deberían poder decidir si prefieren formar, en el primer nivel, un sindicato de empresa u otra forma de agrupamiento a la base, tal como un sindicato de industria o de oficio. (OIT, 2018)

De nuevo podemos ver cómo para el CLS se pueden conformar sindicatos no solo de empresa, sino también de industria o de algún oficio, siendo esto parte del ejercicio de la libertad sindical. Si la posibilidad de constituir organizaciones de trabajadores que propendan por los derechos de sus asociados se limitara únicamente a trabajadores con un contrato de trabajo con un único empleador, esto limitaría considerablemente el campo de aplicación de un derecho, que como se ha señalado, es esencial para la consecución de los objetivos de justicia social y paz de la OIT.

El principio de libertad sindical comprende igualmente el derecho de las organizaciones a estructurar su administración. El CLS ha sentado su posición en sus recomendaciones y conceptos, estableciendo que el marco interno de regulación de las organizaciones de trabajadores debe ser respetado por los Estados, que no podrán establecer legislaciones restrictivas al respecto.

455. La idea fundamental del artículo 3 del Convenio núm. 87 es que los trabajadores y los empleadores puedan decidir por sí mismos las reglas que deberán observar para la administración de sus organizaciones.

(...) 457. Una legislación que se aplique de suerte que se impida a las organizaciones sindicales utilizar los servicios de expertos que no sean necesariamente los dirigentes electos, como por ejemplo peritos en cuestiones industriales, abogados o procuradores que puedan representarlas en cuestiones de trámite judicial o administrativo, suscitaría una grave cuestión de compatibilidad entre dichas disposiciones y el artículo 3 del Convenio núm. 87, según el cual las organizaciones sindicales tienen, entre otros, el derecho de organizar su administración y sus actividades.

458. Una disposición que prohíbe a los dirigentes sindicales percibir remuneración no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio núm. 87.

No obstante este amplio margen de determinación de su organización interna, las organizaciones sindicales no pueden utilizar dicha garantía como un mecanismo para desconocer otros derechos de igual relevancia en el marco del actual Estado de Derecho, como por ejemplo la democracia interna que debe existir dentro de la organización para la toma de decisiones.

En el caso de que se configure una violación de otros derechos o disposiciones, para el CLS es válido que la actividad interna de las organizaciones sea sometida a control. En el caso colombiano el Ministerio del Trabajo puede incluso, dependiendo del caso y con fundamento en el artículo 380 del CST, solicitar ante el juez laboral competente la disolución, liquidación y cancelación del registro sindical, es decir, buscar que se le quite la personería jurídica al sindicato.

El CLS al respecto ha indicado:

(...) 463. Las únicas limitaciones a los derechos enunciados en el artículo 3 del Convenio núm. 87 que eventualmente se podrían admitir, deberían circunscribirse a asegurar el respeto de las reglas democráticas en el movimiento sindical.

464. Los principios enunciados en el artículo 3 del Convenio núm. 87 no impiden el control de la actividad interna de un sindicato si ésta viola disposiciones legales o estatutarias. Pero es importante que el control de las actividades internas de un sindicato y la adopción de medidas de suspensión o disolución queden en manos de las autoridades judiciales. (OIT, 2018)

Uno de los aspectos de la libertad sindical que resulta de mayor relevancia para el estudio del contrato sindical en Colombia es el derecho de las organizaciones de trabajadores de organizar libremente sus actividades y de formular su programa de acción. Solo de esta manera es posible que se desarrolle el núcleo esencial de la libertad sindical, en sentido contrario hablaremos de un sindicalismo vacío donde se responden intereses ajenos al bienestar de los trabajadores.

Como es lógico, esta libertad haya su límite natural en la legalidad de las actividades que el sindicato decida desarrollar. Sobre esta garantía esencial del principio de libertad sindical el CLS se ha pronunciado de la siguiente manera:

495. La libertad sindical no implica solamente el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir libremente las asociaciones de su elección, sino también el de las asociaciones profesionales mismas a entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales.

496. Toda disposición que confiera a las autoridades, por ejemplo, el derecho de restringir las actividades de los sindicatos a un nivel inferior al de las actividades y fines perseguidos por los sindicatos de casi todos los países para la promoción y defensa de los intereses de sus miembros, sería incompatible con los principios de libertad sindical. (subrayado fuera del texto original) (OIT, 2018)

Dentro de esta libre estructuración de actividades y su programa interno se encuentra incluso contemplada la participación política. Para el CLS es claro que siendo la misión fundamental y permanente del movimiento sindical es el progreso económico y social de los trabajadores, es viable que las organizaciones establezcan relaciones con un partido político o lleven a cabo acciones de tipo político encaminadas a la materialización de sus objetivos económicos y sociales, siempre que las mismas no comprometan la continuidad del movimiento sindical por los posibles cambios políticos que puedan darse. (OIT, 2018)

Se ha sostenido al respecto:

(...) 500. Las disposiciones que prohíben de manera general las actividades políticas de los sindicatos para la promoción de sus objetivos específicos son contrarias a los principios de la libertad sindical.

501. Una prohibición general a los sindicatos de toda actividad política puede suscitar dificultades ya que la interpretación que se dé en la práctica a esta disposición puede modificar en todo momento y reducir en gran medida las posibilidades de acción de las organizaciones. (OIT, 2018)

Se ha hecho eco de la posibilidad de que los sindicatos participen en política ya que creemos eso permite ejemplificar claramente el alcance de la libertad sindical, con desarrollo en campos que en nuestro país no han tenido relevancia práctica, al menos en el aspecto público.

De los apartes transcritos se concluye que las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen un amplio margen para estructurar su funcionamiento y su

actuar en el tránsito jurídico. El que no fuere así indudablemente constituiría una violación al derecho de asociación y al principio de libertad sindical.

Los sindicatos tienen plena autonomía, aunque con un límite claro en la legalidad, para organizar su gestión interna y las actividades que dentro del plan de acción contemplen para alcanzar mejores condiciones de vida para trabajadores que componen la organización.

Si como lo estipuló la Conferencia Internacional del Trabajo en su 35.a reunión (1952), “la misión fundamental y permanente del movimiento sindical es el progreso económico y social de los trabajadores” (OIT, 1952) es difícil encontrar los argumentos que permitan sostener que de esa búsqueda debe estar expresamente excluida la posibilidad de las organizaciones sindicales de prestar servicios o ejecutar obras.

2.2. LA CONTRATACIÓN SINDICAL COMO EJERCICIO VÁLIDO DEL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD SINDICAL EN COLOMBIA

Resulta relevante plantear la aplicación de las interpretaciones del CLS sobre el principio de libertad sindical a la institución jurídica del contrato colectivo sindical a partir de la revisión de los planteamientos de la jurisprudencia constitucional sobre el principio de libertad sindical, para que podamos evidenciar como de dicho análisis se deriva la validez jurídica de la contratación sindical.

La Sentencia C-180 de 2016 estudió la constitucionalidad de la clasificación de sindicatos que consagra el CST, realizando un análisis de la jurisprudencia constitucional en materia de libertad sindical y el derecho de asociación y determinando el alcance constitucional del artículo 2 del Convenio 87 de la OIT y su comprensión en el seno de dicho organismo tripartito.

La Corte Constitucional ha definido el núcleo esencial de los derechos como el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Es decir, el Supremo Tribunal Constitucional define el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental. (Corte Constitucional, Sentencia C-511, 2013).

Precisado lo anterior, en lo que refiere al núcleo esencial del principio de libertad sindical, la Corte Constitucional indica que estructurar tipos o categorías de sindicatos no es algo que afecte la esencia del derecho de libertad sindical, pues la norma en cuestión no impide que se creen sindicatos, ni toca los asuntos propios de su constitución, organización y funcionamiento interno, respetando el derecho de la libertad sindical, al tratarse en el fondo de organizaciones plenamente independientes y establecidas en forma voluntaria sin estar sometidas a ninguna medida represiva. (Corte Constitucional, Sentencia C- 180, 2016)

A partir del estudio de la jurisprudencia previa relevante en la materia indicó:

La jurisprudencia ha identificado los siguientes elementos esenciales del derecho de libertad sindical:

- (i) todo trabajador sin distinción de su origen, sexo, raza, nacionalidad, orientación política, sexual o religiosa entre otras, que se identifique en un grupo con intereses comunes tiene el derecho a asociarse libremente;
- (ii) la prohibición de intervención estatal se circunscribe a abstenerse de injerir en el ámbito de constitución, organización y funcionamiento

interno, los cuales son exclusivos del sindicato, siempre y cuando no transgredan la legalidad;

- (iii) la garantía constitucional de libertad de asociación protege a la colectividad por lo que esta prima sobre los derechos subjetivos del trabajador que puedan concurrir o colisionar con los derechos de la organización; la disolución o cancelación de la personería jurídica solo puede darse por vía judicial.” (Subrayado fuera del texto original) (Corte Constitucional, Sentencia C- 180, 2016).

Dentro de los componentes esenciales de la libertad sindical, de especial relevancia para nuestro problema de investigación, se contempla un mandato de abstención para los Estados miembros de interferir o tener injerencia en la organización, y por tanto en los planes de acción que las organizaciones sindicales establezcan, siempre que esta planificación interna no se encuentre en contra de la legalidad; también denominado principio de autonomía sindical. (Corte Constitucional, Sentencia C-465, 2008).

Tenemos entonces que el límite para esa capacidad de autorregularse, que es núcleo esencial del principio de libertad sindical y presupuesto necesario para un desarrollo óptimo de las organizaciones sindicales, se encuentra en la legalidad del Estado, pero además según lo estipulado por el artículo 39 constitucional, en la necesidad de atender a los principios democráticos:

En el derecho de asociación contemplado en el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT intrínsecamente está plasmado el concepto de que la libertad sindical comporta la facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda injerencia del Estado ... dicho criterio es complementario a la norma constitucional -Supra numeral 42- y significa que no pueden mediar trabas legales o administrativas en la constitución o funcionamiento de los sindicatos. Ello realmente

confiere la potestad de autoconformarse y autoregularse conforme a las reglas de organización interna que libremente acuerden los miembros, con el límite que impone el inciso 2 del art. 39, según el cual la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos se sujetan al orden legal y a los principios democráticos. (Subrayado fuera del texto original) (Corte Constitucional, Sentencia C-465, 2008).

Cabe preguntarnos entonces ¿en qué sentido quebranta la legalidad el que las organizaciones sindicales presten servicios o ejecuten obras en beneficio de terceros como contratistas independientes?

Para ello nos resulta útil el estudio de la Sentencia C-797 del 2000, en primer lugar porque determina un alcance similar, aunque más amplio y detallado, que el de la Sentencia C- 180 de 2016; al determinar los presupuestos necesarios que comporta la libertad sindical.

De esta manera, si bien la sentencia del año 2016 referida refiere a los derechos de los trabajadores a constituir organizaciones sin discriminación alguna, la prohibición de intervención estatal mientras el sindicato respete los parámetros de legalidad establecidos en un margen de proporcionalidad y la garantía de que la liquidación de estas organizaciones solo procede por vía judicial y no administrativa; la Sentencia C- 797 del año 2000 agrega otros componentes. Así, en primer lugar, la Corte Constitucional determina que el derecho de asociación implica de suyo también el derecho del trabajador de retirarse de la organización de la cual es parte cuando así lo estime conveniente.

En lo que refiere al margen de autodeterminación esta sentencia es mucho más específica al indicar que es potestativo de las organizaciones sindicales el determinar su objeto social; las condiciones de admisión de sus afiliados o asociados; las causales de permanencia, retiro o exclusión de sus miembros; el régimen disciplinario interno; los órganos de gobierno y representación; el marco

normativo para el manejo de su patrimonio; las causales de disolución y liquidación, así como el procedimiento liquidatorio, entre otros aspectos. Para la Corte Constitucional todos estos aspectos deben ser libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al momento de darse sus propios estatutos o reformarlos.

Sobre este mismo aspecto de la organización interna se es mucho más específico que en la posterior Sentencia C- 180 de 2016, ya que se indica que dentro de la facultad de las asociaciones sindicales para formular las reglas relativas a la organización de su administración, se encuentra incluida la facultad de establecer las políticas, planes y programas de acción que mejor convengan a sus intereses. Planes o programas que, como se ha indicado según la posición del CLS, pueden incluir aspectos tan amplios como el de la participación activa en política.

La Sentencia C- 797 del año 2000 también añade como parte fundamental del principio de libertad sindical el derecho de las organizaciones sindicales para constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones nacionales e internacionales, es decir, llevar a un nivel superior en la organización de los trabajadores, siendo este un aspecto fundamental del derecho de asociación sindical que permite una mayor cohesión, articulación, y por tanto, fuerza, de sus demandas en cuenta a mejores condiciones de trabajo.

Finalmente, la jurisprudencia en mención añade un importante elemento en el que no profundiza la Sentencia C- 180 de 2016, esto es, la prohibición que existe para las autoridades públicas, incluyendo al legislador, de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar el disfrute del derecho a la libertad sindical.

Este último aspecto resulta particularmente relevante para garantizar el principio de libertad sindical de dentro de un Estado, toda vez que de nada serviría que en lo formal se encontrara consagrada dicha garantía para los trabajadores, si el marco

jurídico conexo se encuentra constituido por normas que frenan o dificultan el derecho de asociación sindical.

Además de profundizar en los aspectos que constituyen o configuran el núcleo esencial del principio de libertad sindical, la Sentencia C- 797 del año 2000 también es relevante porque se refiere al límite que el artículo 355 del CST impone a los sindicatos en lo relativo a no poder desarrollar actividades con fines de lucro.

La Corte interpreta esta disposición entendiendo que las organizaciones sindicales no pueden tener como objeto único la realización de negocios o actividades lucrativas. Si se actuara en sentido contrario estaríamos desnaturalizando la finalidad de las organizaciones sindicales, esto es, el ser representantes y defensores de los intereses comunes de sus afiliados.

Para el supremo tribunal constitucional si una organización de este tipo se enfoca en la realización de una actividad comercial con fines de lucro, estaría perdiendo su identidad y se confundiría con una sociedad de tipo comercial, con finalidades y razón de ser completamente distintas a los que rigen a un sindicato.

De esta manera, entiende la Corte que si bien los sindicatos pueden desarrollar una actividad económica, esta no puede tener el alcance de un objetivo único y principal, sino apenas complementario o accesorio a las labores que constituyen su objeto esencial. Expone así, que lo importante es que dicha actividad no termine encuadrada dentro de la preceptiva del art. 333 de la Constitución, disposición referida a la libertad de empresa, sino como algo que resulta útil y conveniente para la realización de los fines de la organización sindical.

En este sentido, sobre la naturaleza de las actividades comerciales que realicen los sindicatos, la Corte aclara que las actividades de tipo económico que emprenda una organización de trabajadores no son equiparables a los actos de comercio que

realizan los comerciantes o empresarios, que implican principalmente un riesgo y la pretensión de un lucro a través del reparto de utilidades. La actividad económica que realice un sindicato puede ser asimilable, más bien, a la que desarrollan organizaciones de economía solidaria en los términos que la Constitución autoriza, ya que estas antes que un beneficio económico individual persiguen el bienestar y la realización de fines colectivos.

Por último, podemos indicar que otro de los aspectos relevantes de que trata la sentencia en estudio es el señalar de manera clara que, al igual que todos los derechos de nuestro sistema normativo, la libertad sindical no se erige como absoluta.

Para la Corte no es admisible reconocer el carácter absoluto de la libertad sindical, en la medida en que la propia Constitución establece como limitación, determinada por el legislador, que “la estructura interna de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos” (art. 39 inciso 2).

De otra parte señala que los convenios internacionales sobre derechos humanos autorizan que por vía legislativa puedan imponerse restricciones a los derechos, en cuanto ellas sean necesarias, mínimas, indispensables y proporcionadas a la finalidad que se persiga, para garantizar la seguridad nacional, el orden, la salud o moral públicos, los derechos y deberes ajenos y, en general, el cumplimiento de cualquier finalidad que se estime esencialmente valiosa.

Sin embargo, advierte la Corte, que las aludidas restricciones o limitaciones no pueden, en modo alguno, afectar lo que se considera el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical, con los componentes que en los párrafos previos hemos explicado en detalle. Una limitación por fuera de criterios de razonabilidad podría llegar a

desnaturalizar o impedir el normal y adecuado ejercicio de este derecho. (Corte Constitucional, Sentencia C-797, 2000)

De acuerdo con lo expuesto, tenemos que dentro de los límites fijados que resultan ajustados a la constitución según el análisis de la Corte, se encuentra lo consignado por el artículo 355 del CST. La interpretación del máximo tribunal constitucional es clara al exponer que sindicatos pueden desarrollar actividades comerciales, siempre y cuando estas no constituyan el objeto único o principal de la organización y no se realicen con fines de lucro, sino con el objeto de lograr el bienestar de sus asociados y la realización de los fines colectivos de la organización.

Según las sentencias comentadas, si un sindicato presta servicios o ejecuta obras como contratista independiente está realizando una actividad lícita que no puede ser coartada por el Estado sin que se afecte el núcleo esencial del derecho de asociación sindical.

Sin embargo, esta actividad debe atender a los principios y finalidades del derecho de asociación sindical, esto es, la mejora de las condiciones de los trabajadores que integran la organización. Por tanto, la contratación sindical no puede desplegarse de forma ilimitada con respaldo en el principio de libertad sindical, pues, como se ha expuesto, este no es absoluto.

Según el análisis que lleva a cabo la Sentencia C-797 del 2000, la única finalidad de un sindicato no puede ser el prestar servicios o desarrollar obras en favor de un tercero, toda vez que se encuentra prohibido que estas organizaciones desarrollen actividades comerciales de forma única o principal. Como se ha expuesto, esta debe ser una herramienta complementaria o accesorio para la consecución de los fines del sindicato.

Ajustado a estos parámetros de interpretación constitucional, la contratación colectiva sindical se encuentra perfectamente ajustada a las facultades de autorregulación, autogestión, determinación del plan de acción, etc. que son propias

de las organizaciones sindicales al integrar el núcleo esencial del principio de libertad sindical.

Cualquier limitación de esta facultad a nivel legislativo, por ejemplo con la eliminación de los artículos del CST que propone la CUT en la queja elevada ante el CLS de la OIT; resultaría a todas luces violatoria del principio de libertad sindical, pues impediría a las organizaciones sindicales desarrollar una actividad completamente lícita que sí podrían llevar a cabo otro tipo de personas naturales y jurídicas.

2.3. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES GARANTIZADOS EN LA CONTRATACIÓN SINDICAL.

Fue planteado al estudiar la naturaleza jurídica del contrato sindical, que consideramos a este, junto con la convención y el pacto colectivo de trabajo, como una de las formas de negociación colectiva que contempla nuestra legislación laboral. Como tal, el contrato colectivo sindical encuentra protección y respaldo constitucional en los artículos 39 y 55 de la carta política.

El primero de estos consagra el derecho de asociación sindical, el principio de libertad sindical, la limitación al control administrativo de las organizaciones sindicales, la figura del fuero sindical y la limitación exclusiva del derecho de asociación sindical a la fuerza pública. El segundo de estos apartados normativos, de otro lado, establece la garantía del derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley e impone además un deber al Estado de promoción de este mecanismo como medio para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

Aunado a lo anterior, los artículos 53 y 93 constitucionales, que contemplan respectivamente las figuras del bloque de legalidad y de constitucionalidad, permiten nutrir el ordenamiento jurídico laboral colombiano con la normativa que en

materia laboral haya sido debidamente incorporada por el Estado colombiano, por lo que esas garantías y derechos son de aplicación directa de los trabajadores sindicalizados que participen en el desarrollo de un contrato sindical. Así, los convenios 87 (libertad sindical y la protección del derecho de sindicación), 98 (derecho de sindicación y de negociación colectiva) y 154 (Promoción de la negociación colectiva); hacen parte del marco normativo a considerar al referirnos al contrato colectivo laboral.

A nivel legal y reglamentario, el soporte jurídico del contrato sindical está dado principalmente por los artículos 373 # 3 y 482 a 484 del CST, y el vigente Decreto Reglamentario 036 de 2016, contenido a su vez en el DUR del sector trabajo 1072 de 2015, que desarrolla las anteriores disposiciones y por la cartilla del Ministerio de Protección Social sobre Contrato Sindical del año 2010, que aunque no tiene rango normativo, es relevante por cuanto en ella se caracteriza la figura de acuerdo a la interpretación del actual Ministerio del Trabajo.

En nuestro criterio, resulta aplicable además al contrato colectivo sindical lo dispuesto por los artículos 34 del CST y 1495 del Código Civil, referidos respectivamente a las figuras del contratista independiente y el contrato de prestación de servicios.

Habiendo definido claramente un marco normativo cabe preguntarnos ¿Cómo se garantiza en éste la práctica a los trabajadores sindicalizados que voluntariamente deciden hacer parte de un contrato sindical derechos como la participación democrática al interior del sindicato; la equidad salarial y prestacional respecto de trabajadores del mismo perfil vinculados con contrato de trabajo; el derecho fundamental a la seguridad social; el principio de estabilidad en el empleo; la seguridad y salud en el trabajo; y demás derechos del mundo del trabajo?

Con el objeto de lograr profundidad en el planteamiento teórico al estudiar los derechos que a continuación se abordan, nos limitaremos al estudio de algunas de las garantías referidas.

2.3.1. LOS DERECHOS DEMOCRÁTICOS AL INTERIOR DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL.

El derecho de asociación y la libertad sindical no pueden desligarse del derecho de participación democrática en las decisiones de la organización, como se desprende de lo preceptuado por el artículo 39 constitucional.

Al respecto la Sentencia C-385 del 2000 indicó que aun cuando las organizaciones sindicales tienen la facultad de auto conformarse y autorregularse conforme a las reglas que libremente acuerden sus integrantes, existe una limitación impuesta por el inciso 2 del artículo 39, según el cual la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos se sujetan al orden legal y a los principios democráticos.

Para la Corte Constitucional el derecho de asociación sindical debe necesariamente considerarse integrado a la concepción democrática del Estado Social de Derecho, pluralista, participativo, fundado en el respeto de la dignidad y de la solidaridad humanas, que reconoce y protege unas libertades básicas. En tal sentido la libertad de asociarse en sindicatos es la proyección de un conjunto de libertades fundamentales del hombre, como las de expresión y difusión del pensamiento y opiniones e información, y de reunión, las cuales conducen a afirmar el derecho de participación en la toma de decisiones relativas a los intereses comunes de los asociados, que constituye el punto de partida para la participación política.

Indica en este sentido la Corte que:

Al proclamar la Constitución de nuestro país que se estructura como un Estado Social de Derecho, parte de la base una amplia participación democrática, participativa y pluralista de la comunidad en todas las decisiones que lo afectan. En este sentido, la participación como derecho fundamental, debe ser protegida, acatada y estimulada por todas las autoridades en los diversos escenarios de la vida nacional.

La representación sindical, instituida como expresión y vocería de las reivindicaciones e intereses de las bases sindicales, debe reflejar adecuada, proporcional y equitativamente, la composición real de dichas bases a fin de permitir que los distintos pronunciamientos, reclamos y expectativas que los trabajadores formulen, sean encauzados eficazmente en los procesos de negociación colectiva, con el fin de garantizar la participación de todos los integrantes del sindicato en dichos procesos. (Corte Constitucional, Sentencia C 385,2000)

En otros pronunciamientos la Corte también ha hecho referencia a este aspecto del derecho de asociación sindical, indicando que el ordenamiento jurídico no puede ser indiferente frente a las condiciones de funcionamiento de organizaciones de esa naturaleza, mucho más cuando está fundado en valores de participación y pluralismo (artículo 1 de la Carta). Así lo quiso el constituyente de 1991 al ordenar en el segundo inciso del artículo 39, la sujeción de los sindicatos "al orden legal y a los principios democráticos. (Corte Constitucional, Sentencia T-173, 1995). En tal sentido, en el ejercicio de su fuero interno, un sindicato puede establecer las condiciones de funcionamiento que estime pertinentes, siempre que ellas sean compatibles con los principios rectores de una sociedad democrática.

Ha sostenido el supremo tribunal constitucional que en el marco de la democracia participativa contemporánea, el papel político y decisorio de los ciudadanos

trasciende los espacios políticos tradicionales para llegar a contextos más cercanos a la cotidianeidad. Dicha tendencia se conoce en teoría política como el “uso extensivo de la democracia” y encuentra sustento normativo en los artículos 45 y 68 constitucionales, que buscan lograr una participación de los jóvenes y la comunidad educativa en las decisiones que les incumben. (Corte Constitucional, Sentencia T-173, 1995).

De esta manera, la participación de todas las personas interesadas en el resultado de un proceso de toma de decisiones es tal vez el más importante de los "principios democráticos" a que se refiere el artículo 39 de nuestra Constitución. Dado que el sindicato constituye el foro de discusión y decisión por excelencia de asuntos determinantes para el desarrollo de las relaciones entre empleador y empleados, forzoso es concluir que el respeto a la posibilidad de que sus afiliados participen democráticamente en él es un límite del fuero interno otorgado por el ordenamiento jurídico a los sindicatos. (Corte Constitucional, Sentencia T-173, 1995).

Debemos señalar que, respecto de los principios democráticos en el actuar de las organizaciones de trabajadores cuando estas celebran contratos sindicales, el anterior Decreto 1429 de 2010 era deficiente en esta materia. Su artículo 4 indicaba que el representante legal de la organización sindical suscribiría el contrato, ejerciendo la representación de los afiliados que participaran en la ejecución de este. En tal sentido, no existían disposiciones que regularan una verdadera participación de los miembros del sindicato en la decisión de contratar y en otros aspectos frente a los cuales es claro que debían poder manifestar activamente sus particulares puntos de vista.

Esta situación fue superada con la expedición del Decreto 036 de 2016 que consagra varias disposiciones que materializan los principios democráticos que debe asumir toda organización sindical en su funcionamiento interno.

El artículo 2.2.2.1.19. de dicha norma indica que la celebración de un contrato sindical por parte de un sindicato debe ser autorizada mediante decisión previa de sus afiliados en asamblea general, es decir, en el máximo órgano de decisión de las organizaciones, que se encuentra por encima en importancia y poder de decisión que la junta directiva, que constituye el órgano permanente.

De otra parte el artículo 2.2.2.1.27. ibidem prescribe que es obligación de la organización que celebra un contrato sindical, realizar al menos una vez al año una asamblea con los afiliados vinculados para la ejecución del contrato sindical donde se les informe como mínimo los siguientes asuntos: i) Informe de gestión administrativa social, contable y financiera. ii) Informe de los aportes a la seguridad social integral de los afiliados. iii) Total de obligaciones legales, compensaciones y beneficios reconocidos a los afiliados. iv) Propuesta de distribución de excedentes si los hubiere. v) Proyección del siguiente ejercicio fiscal del correspondiente contrato sindical.

En este sentido resulta claro que el primer artículo en mención propende por una participación democrática de los miembros de la organización que sea la que determine si el sindicato como persona jurídica se obliga o no a la prestación de un servicio o el desarrollo de una obra mediante la suscripción de un contrato colectivo sindical.

El segundo, por su parte, garantiza que todos los miembros de la organización, reunidos en asamblea general, conozcan en detalle aspectos tangenciales del contrato en desarrollo y, como es lógico, puedan en la misma asamblea manifestarse sobre los mismos una vez les sea socializada la información por el órgano de dirección encargado.

Sumado a lo antes dicho, es quizá el artículo 2.2.2.1.28. el más relevante dentro de la reglamentación del contrato sindical, en lo que refiere a los principios

democráticos al interior de toda organización de trabajadores. Dicho apartado indica que para todo contrato sindical celebrado debe elaborarse un reglamento, que resulta ser la carta de navegación de los afiliados partícipes en el mismo y que debe ser aprobado por la asamblea general.

Es decir, la asamblea general, además de aprobar o improbar la celebración de un contrato sindical, es la encargada, de manera democrática, de definir el contenido del reglamento de dicho contrato, que como indica el mismo artículo comentado, define aspectos tan relevantes como tiempo de afiliación de trabajadores, nombramiento de coordinadores, procedimientos de selección de afiliados partícipes, causales de retiro, redistribución del ingreso percibido por el servicio ejecutado en beneficios de los afiliados, aspectos relacionados con salud y seguridad en el trabajo, etc.

En este sentido, la asamblea asume la categoría de un cuerpo colegiado encargado de aprobar, improbar, modificar, corregir, adicionar, etc. el contenido de un proyecto de reglamento que será sometido a su consideración como requisito indispensable para celebrar un contrato sindical, pues dicho estatuto de derechos y obligaciones deberá acompañar el depósito del contrato sindical ante la dirección territorial del Ministerio del Trabajo que corresponda, en los términos que estipula el artículo 2.2.2.1.30.

Así como el contrato sindical constituye el documento que rige la relación jurídica entre el sindicato y el contratante de sus servicios, el reglamento de dicho contrato es el cuerpo normativo que contiene los derechos y obligaciones con los cuales se rigen los afiliados que participan con su trabajo en el desarrollo del contrato referido.

En este sentido no puede existir una mayor materialización de los principios democráticos al interior del sindicato, que el que sean los propios trabajadores sindicalizados los que de forma autónoma y libre durante el curso de una asamblea

general, los que determinen cuáles serán los derechos y obligaciones que los regirán en relación con el contrato sindical a ejecutar como contratistas.

2.3.2. LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS AFILIADOS PARTICÍPES.

Es importante que los trabajadores partícipes en la ejecución de un contrato sindical tengan claridad en aspectos como su vinculación y causales de desvinculación; los derechos y los deberes que surgen al asumir la categoría de afiliados partícipe; y la relación de estos derechos en comparación con los beneficios en un escenario de un contrato individual de trabajo; etc.

Los aspectos referidos se relacionan con importantes cuestiones del mundo del trabajo, que constituyen en su conjunto las condiciones de trabajo, y comprenden la estabilidad en el empleo, el derecho a una remuneración proporcional al trabajo desarrollado, el derecho a un descanso luego de cierto tiempo de labores que permita al trabajador restablecer su fuerza de trabajo, el derecho irrenunciable a la seguridad social, la seguridad y salud en el trabajo, etc. Y a cómo se manifiestan, si es que lo hacen, para los trabajadores sindicalizados que participan en el desarrollo de un contrato colectivo sindical.

Sobre estos aspectos debemos retrotraernos a los postulados que ya han sido tratados de la libertad sindical, entendida esta como la capacidad que tienen los sindicatos de autorregularse, determinar su organización interna, establecer los mecanismos de acción que consideren idóneos para conseguir sus objetivos. En este sentido es nuevamente el Decreto 036 de 2016 contenido en el DUR 1072 de 2015 el que arroja luces al respecto.

Como señala Pérez García (2016):

(...)nos encontramos con que la autonomía y la autogestión, junto con la base democrática de la figura, hacen su aparición, no solo en la ley sino en su reglamentación, al disponer que el reglamento que se debe elaborar para cada contrato sindical por el respectivo sindicato, que establece los principios y regulaciones que debe regir entre los sindicalizados en la ejecución del contrato sindical y que debe aprobar la asamblea general que autorice su celebración, recoge la voluntad de los afiliados artífices. (pp. 248-249)

El artículo del DUR del sector trabajo que refiere el tratadista es el 2.2.2.1.28. Este señala que para cada contrato sindical celebrado por una organización de trabajadores debe elaborarse un reglamento sometido a aprobación de la Asamblea General del sindicato. Dicho documento referirá a aspectos como tiempo de afiliación requerido para ser parte de la ejecución del contrato sindical, procedimiento para nombrar coordinadores, mecanismos alternativos para solucionar los conflictos que llegaren a presentarse, porcentajes del contrato que se reinvertirán en educación, recreación y deporte; entre otros.

Para nuestro objeto particular de estudio es importante resaltar que dicha norma preceptúa que el reglamento del contrato sindical debe estipular también el procedimiento para seleccionar a los participantes en la ejecución del contrato; las causales y procedimiento de retiro y remplazo de afiliados que participan en la ejecución del contrato sindical; y La forma como el sindicato realizará todas las gestiones relacionadas con el sistema de seguridad social integral de los afiliados.

De esta manera tres de los cuestionamientos que nos planteábamos encuentran solución en el decreto ibidem, y en un marco de respeto absoluto del principio de libertad sindical, pues es el propio sindicato en asamblea general el que al adoptar el reglamento de cada contrato definirá aspectos tan importantes como procedimiento de ingreso al contrato, procedimiento de retiro (entiéndase por

voluntad del afiliado partícipe o por sanción disciplinaria) y lo concerniente a la administración de la seguridad social.

Sin embargo, se nota la ausencia de aspectos tan importantes como lo relativo a pago de compensaciones o lo que es lo mismo, retribución a los afiliados por su participación en el contrato ejecutado, así como también lo relativo a la seguridad y salud en el trabajo de los afiliados partícipes.

Al respecto es importante señalar que el anterior Decreto Reglamentario, el 1429 de 2010, en el articulado análogo al que estamos estudiando, era más preciso en estos últimos aspectos, al indicar en su artículo 5 que el sindicato sería el encargado de la administración del sistema de seguridad social integral de sus afiliados; que la organización promovería la salud ocupacional de sus afiliados partícipes y que el reglamento debería incluir lo pertinente a las compensaciones o participaciones y deducciones para los afiliados partícipes a que hubiere lugar.

Es claro que estos listados, en ambos casos, constituyen el mínimo del contenido en derechos y obligaciones que debe regular el referido reglamento, pero que, con fundamento en el principio de libertad sindical que hemos explicado, podrá la asamblea regular y establecer todos aquellos beneficios y obligaciones que no sean contrarias a la ley y a la Constitución Política.

En este sentido, el reglamento del contrato sindical como mecanismo de negociación colectiva debe compartir el espíritu de la convención colectiva de trabajo, buscando instituir derechos por encima del mínimo legal establecido. Mínimo que, como se explica en el siguiente apartado, debe corresponderse con el que es establecido para los trabajadores subordinados.

2.3.3. RÉGIMEN DE COMPENSACIONES SINDICALES.

Como se ha indicado, los trabajadores asociados que participan en el desarrollo de un contrato sindical se enmarcan en la categoría de contratistas independientes en cuanto a la naturaleza del servicio que desarrollan en favor de un tercero, de forma autónoma, autogestionada como miembros de la organización sindical, con sus propios medios; en definitiva, con autonomía administrativa, técnica y financiera.

No obstante, el que se encuentren ubicados en dicha categoría no debe llevar a interpretar que tales trabajadores necesariamente estén desprovistos de un régimen prestacional, de vacaciones, dotación y demás derechos que, aunque en primer término se entienden propios de una relación de trabajo subordinada, son garantías que a los afiliados partícipes en un contrato sindical pueden reconocérseles a través de las estipulaciones de cada reglamento.

Siendo el objetivo del sindicato lograr mejores condiciones de trabajo para sus asociados, meta que se logra a través de los mecanismos de negociación colectiva, de los cuales como se ha indicado el contrato colectivo sindical hace parte; la organización debe propender en la medida de lo posible porque sus afiliados partícipes tengan mejores condiciones de trabajo a aquellas que tendría un homólogo vinculado mediante contrato individual de trabajo con la empresa beneficiaria del servicio o de la obra ejecutada.

Como ha sido indicado todos los aspectos relativos al desarrollo del contrato sindical, más específicamente, a la relación entre el sindicato como persona jurídica y los afiliados que participan en el desarrollo del contrato sindical; debe estar contenido en el reglamento del contrato sindical. En este documento en el cual debe fijarse el régimen de compensaciones o contraprestaciones de los afiliados del sindicato vinculados como participantes del referido contrato sindical.

La jurisprudencia existente en torno al artículo 53 constitucional, y la naturaleza misma del derecho al trabajo, nos permiten afirmar categóricamente que los trabajadores sindicalizados que participen en desarrollo de un contrato sindical deberán gozar, al menos, de las garantías mínimas que contempla la legislación laboral y los preceptos constitucionales, respecto de su homólogo vinculado mediante contrato individual de trabajo.

Por ejemplo, al referirse al artículo constitucional referido la Corte Constitucional al respecto indicó:

Los mecanismos de protección y apoyo social que se derivan del mismo no dependen, para su aplicación, de la formalidad contractual que le da origen, sino de la condición misma de trabajador, que es, precisamente, lo que tienen en común los trabajadores asociados a las Cooperativas de Trabajo Asociado y las demás categorías de trabajadores. Ese factor de semejanza es el que justifica que las redes de protección social asociadas al trabajo se hagan extensivas a todos ellos. (Subrayado fuera del texto original). (Corte Constitucional, Sentencia C- 855, 2009)

El análisis de este aspecto se desarrollará en profundidad en el capítulo III de este texto, al partir del referido apartado constitucional para proponer la estructuración de un régimen de compensaciones que respete todas las garantías mínimas que este refiere y con miras a un desarrollo progresivo de derechos y prerrogativas laborales para los afiliados partícipes en el desarrollo de un contrato sindical.

II. ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA PRÁCTICA DEL CONTRATO SINDICAL EN COLOMBIA.

Este segundo capítulo buscará problematizar la práctica del contrato sindical a partir de las críticas que se dan sobre este, principalmente al presentarlo como una forma de intermediación laboral ilegal que afecta derechos laborales.

Estos señalamientos se estudiarán principalmente a partir de los argumentos presentados por la CUT en la queja que se tramita actualmente ante el CLS de la OIT, y con el análisis de derechos laborales de los asociados de las organizaciones sindicales como la estabilidad en el empleo; la negociación colectiva y el conexo derecho de huelga; y los derechos salariales, prestacionales y de seguridad social.

De esta manera se busca identificar, de acuerdo con los argumentos planteados en contra de la práctica de la contratación sindical, si existen elementos estructurales de esta figura jurídica que requieren ser objeto de adecuación para que respete integralmente el núcleo esencial de garantías del derecho laboral como las mencionadas.

1. EL CONTRATO SINDICAL COMO UNA FORMA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL ILEGAL QUE AFECTA DERECHOS LABORALES.

Ante el CLS de la OIT se tramita el caso 3137 (Colombia), con fecha de presentación de queja 10 de junio de 2015, propuesta por la CUT, a través de la cual se intenta cuestionar la legalidad del contrato colectivo sindical.

Los alegatos de la organización quejosa se sintetizan de la siguiente manera:

La organización querellante denuncia que la figura del contrato sindical por medio de la cual los sindicatos de trabajadores pueden

firmar acuerdos con empresas para la prestación de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados afecta la finalidad y la autonomía de las organizaciones sindicales, el derecho de libre asociación de los trabajadores, y la negociación colectiva libre y voluntaria (OIT, 2017)

La CUT presenta el contrato colectivo sindical como una institución jurídica que afecta garantías básicas y fundamentales del sindicalismo, como su finalidad, la autonomía de las organizaciones de trabajadores, el derecho de libre asociación y la negociación colectiva

De acuerdo con el recuento que hace el propio CLS:

288. La organización querellante manifiesta que se desprende de lo anterior que el sindicato que firma un contrato sindical se convierte en intermediario de la relación de trabajo ya que todas las obligaciones patronales relacionadas con la ejecución de la obra o la prestación del servicio quedan en manos del sindicato, los trabajadores que ejecutan el trabajo no teniendo ninguna vinculación jurídica con la empresa usuaria del servicio.

(...) en la práctica, los contratos sindicales han servido para sustituir las cooperativas de trabajo asociado (CTA) como mecanismo de intermediación laboral

(...) organizaciones sindicales que se dedican a suministrar mano de obra a sus empresas contratantes.

290 ...ii) permitirían realizar una intermediación laboral ilegal que sólo las empresas de trabajo temporal pueden llevar a cabo.

(...) el contrato sindical viola el artículo 10 del Convenio núm. 87, el cual define las organizaciones de trabajadores y empleadores, en la medida en que el sindicato se transformaría en un intermediario de las relaciones de trabajo, tal como lo hacen las empresas de servicios temporales, quedando claro que en el marco de dicho contrato todas las obligaciones patronales quedan en cabeza del sindicato, desnaturalizándose de esta manera la figura sindical. (Subrayado fuera del texto original) (OIT, 2017)

Las citas previas permiten delimitar el problema de estudio de este capítulo, ello a partir de la interpretación de la CUT según la cual la institución jurídica en estudio constituye una forma irregular o ilegal de intermediación laboral.

La entidad querellante deduce de lo anterior 3 principales problemas:

(...) los tres principales problemas generados por el uso del contrato sindical son:

- i) la perpetuación y extensión de la informalidad laboral ilegal ya que la totalidad de los contratos sindicales examinados en el país tienen el objeto de realizar actividades propias de las empresas usuarias;
- ii) la violación de derechos laborales básicos tales como el derecho a la seguridad social o a las vacaciones, y
- iii) la desnaturalización de la actividad sindical.

Al desarrollar los anteriores puntos también se cuestiona el carácter democrático de la figura, al indicar que:

El contrato sindical carece del carácter democrático y colectivo que es constitutivo del funcionamiento de las auténticas organizaciones sindicales en la medida en que la legislación aplicable al contrato sindical no exige que dicho contrato y la oferta comercial a la empresa

que lo sustenta se basen en la participación de los afiliados ni tampoco en cualquier mecanismo democrático para la discusión y adopción del reglamento del contrato sindical, situación que contrasta de manera drástica con las disposiciones de la legislación colombiana que prevén de manera detallada las condiciones para que las demás decisiones colectivas de las organizaciones sindicales, en particular la suscripción de convenciones colectivas, se atengan a los principios democráticos. La organización querellante considera que lo anterior es contrario tanto al artículo 3 del Convenio núm. 87, relativo a la libre elección de los representantes sindicales como al artículo 4 del Convenio núm. 98, sobre la promoción de la negociación colectiva. (Subrayado fuera del texto original) (OIT, 2017)

Sobre el aparte citado en concreto es dable señalar, como fue estudiado en el capítulo anterior, que el Decreto Reglamentario 036 de 2016 contiene preceptos claros respecto de la participación democrática en el marco de un contrato sindical, con la necesidad de aprobación en asamblea general para la celebración de este y para la validación del reglamento de cada contrato sindical celebrado; motivo por el cual no compartimos la crítica esgrimida.

El Dr. Barona Betancourt (2019) al respecto indica que para la celebración de un contrato sindical es necesario que este sea convenido, autorizado y acreditado de manera previa por la asamblea general del sindicato, dado que sin el cumplimiento de este requisito el contrato no produce efectos.

Añade además que para que las decisiones adoptadas al interior del respectivo órgano produzcan efectos debe contarse con el quorum que los estatutos de la organización fijen y que en ningún caso podrán ser inferior a la mitad más uno (1) de los asociados, como lo establece el artículo 386 del CST. Aunque precisa que para la aprobación de contrato sindicales solamente deberán computarse los votos de los afiliados presentes. (pp. 100-101)

Aunado a lo anterior, y partiendo del principio de libertad sindical y autodeterminación de las organizaciones de trabajadores, en el caso de sindicatos con presencia en diferentes zonas geográficas y con gran cantidad de afiliados, situaciones que dificultan la realización de una asamblea con participación de todos los asociados, podría recurrirse a la figura de afiliados representantes de los intereses de un número mayor de trabajadores.

Así lo dispone el artículo 387 del CST:

Quando por la naturaleza misma de las actividades o profesión de los afiliados, o por la distribución geográfica o el excesivo número de ellos, resulte impracticable lo dispuesto en el artículo anterior, pueden admitirse en los estatutos otros sistemas que garanticen la representación de los afiliados en la asamblea. (CST, art. 387)

De esta manera vemos en primer lugar que la afirmación de la CUT respecto a la falta de exigencia de que la aprobación del contrato sindical se base en la participación democrática de los afiliados no se corresponde con la realidad. Al respecto es importante resaltar los avances que se han dado al respecto con la adopción del Decreto 036 de 2016, que refiere en varios de sus artículos a dicha obligación. De otra parte, consideramos que no resulta cierto que no existan los mecanismos democráticos para la discusión y adopción del reglamento del contrato sindical, pues como ha sido expuesto las normas laborales permiten la adopción de sistemas de decisión que garanticen la representación de los asociados de la organización.

Retomando el sentido de la querrela estudiada, en esta se indica también que la figura es violatoria del marco legal colombiano:

La CUT afirma adicionalmente que la figura del contrato sindical es contraria al artículo 8 del Convenio núm. 87 que estipula que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deben respetar la legalidad en la medida en que el contrato sindical supondría una triple violación del ordenamiento jurídico colombiano: i) los contratos sindicales serían firmados por falsos sindicatos que no son el resultado de la libertad de asociación sino más bien de la libertad de empresa; ii) permitirían realizar una intermediación laboral ilegal que sólo las empresas de trabajo temporal pueden llevar a cabo, y iii) constituirían un mecanismo para evadir el reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores. (Subrayado fuera del texto original) (OIT, 2017)

Al referirse en concreto a la señalada intermediación laboral que endilga a los sindicatos, el querellante manifiesta que:

La organización querellante afirma además que el contrato sindical viola el artículo 10 del Convenio núm. 87, el cual define las organizaciones de trabajadores y empleadores, en la medida en que el sindicato se transformaría en un intermediario de las relaciones de trabajo, tal como lo hacen las empresas de servicios temporales, quedando claro que en el marco de dicho contrato todas las obligaciones patronales quedan en cabeza del sindicato, desnaturalizándose de esta manera la figura sindical. (Subrayado fuera del texto original) (OIT, 2017)

Se deduce de los apartes citados que el principal argumento en contra del contrato sindical en la querrela que ha presentado la CUT, es que este es usado para realizar intermediación laboral ilegal, es decir, para enviar trabajadores en misión a una empresa usuaria que ejerce sobre estos el poder subordinante de un verdadero empleador. Lo anterior sin contar con la capacidad legal para hacerlo, pues como

recuerda la propia querrela, en Colombia tal facultad está reservada exclusivamente a las EST.

De acuerdo con lo expuesto se hace necesario pasar a estudiar la figura de la intermediación laboral en Colombia, a la luz de la interpretación de la propia OIT, para determinar si en tal sentido todo contrato colectivo sindical constituye una forma ilegal de intermediación laboral que afecta los derechos laborales de los trabajadores sindicalizados.

Sea lo primero indicar que la intermediación laboral está permitida y es legal en Colombia, siendo una actividad expresamente delimitada para las EST. Lo que se considera ilegal según nuestro ordenamiento jurídico es que la tarea exclusivamente delegada a estas sea realizada por una persona natural o jurídica que no tenga la calidad de EST.

La definición de intermediación laboral se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico en el Decreto 2025 de 2011, de reciente estudio por parte de la sección segunda del Consejo de Estado. Dicha disposición indica lo siguiente:

Artículo 1°. Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.

Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Por lo tanto esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado. (Subrayado fuera del texto original) (Decreto 2025, 2011, art. 1)

Para Pérez García (2016) el concepto de intermediación laboral ilegal es el término equívoco que la OIT da a los servicios de empleo temporal. No obstante, la

definición que adoptamos en el presente texto es la del precitado aparte normativo.
(p. 121)

La Sección Segunda del Consejo de Estado declaró la nulidad de los artículos 2 y 4 (incisos primero y tercero), 5 ,9 y 10 del Decreto 2025 del 2011, que reglamenta parcialmente la Ley 1233 del 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 del 2010. Sin embargo, mantuvo la vigencia de su artículo 1, que contiene la citada conceptualización de intermediación laboral.

El estudio del supremo tribunal de lo contencioso administrativo indicó que “(...)el artículo 63 de la Ley 1429 pretende que no se incurra en la utilización de ese mecanismo cooperativo para disfrazar la intermediación laboral y, con ello, se vulneren los derechos constitucionales, legales o prestacionales vigentes.”

Podemos concluir de lo expuesto hasta el momento que para el legislador la vulneración de derechos constitucionales, legales y prestacionales se da cuando una organización de naturaleza jurídica diferente a las EST se dedica a realizar la actividad que la ley tiene destinado exclusivamente a este tipo de entidades.

En sentencia del año 2017 (el Consejo de Estado explicó claramente que la subcontratación de servicios se encuentra diferenciada de la subcontratación de mano de obra o intermediación laboral. Esta última en Colombia únicamente puede ser desarrollada por las EST, en ciertos casos puntuales y bajo un estricto control administrativo. (Consejo de Estado, Sentencia 6 de julio, 2017)

Dicha sentencia hace un recuento de cómo la OIT en la Conferencia Internacional del Trabajo 85° reunión 1997, realizada en Ginebra (Suiza), en el informe relativo al régimen de Subcontratación, manifestó:

Subcontratación de mano de obra:

En términos generales, hay este tipo de subcontratación cuando el objetivo único o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra (y no de bienes ni de servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere. Hay muchas variantes de este fenómeno, pero todas se caracterizan por la ausencia de una relación de empleo directa y oficial entre la empresa usuaria y los trabajadores interesados. (Consejo de Estado, Sentencia 6 de julio, 2017)

Al respecto de las EST y la intermediación laboral continuó precisando:

«1. A efectos del presente Convenio, la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

(...)

(b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;»

Entonces, en los términos anteriores, se concluye que la intermediación laboral tiene como fin la prestación de servicios personales por parte de trabajadores de un contratista y a favor, directamente, de un contratante. Se trata por lo tanto, del envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. En Colombia es una actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales y puede ser gratuita u onerosa, aunque siempre será gratuita para el trabajador; y se encuentra prohibida su prestación

por parte de Cooperativas y Precooperativas, al igual que para Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares. (Subrayado fuera del texto original) (Consejo de Estado, Sentencia 6 de julio, 2017)

De esta manera tenemos que para la OIT la intermediación laboral es justamente el envío de trabajadores en misión para que desarrolle una prestación personal del servicio en favor de un tercero, es decir, la actividad que en Colombia desarrollan las EST.

Esta especie de delegación del poder subordinante en el contratante es pues ajustada a derecho siempre que se ajuste a los parámetros o restricciones legales en cuanto al tiempo y casos en que puede darse, de lo contrario se torna en ilegal y por tanto sancionable.

Continúa la sentencia refiriéndose a la tercerización laboral, de la siguiente manera:

Por otro lado, se encuentra la tercerización laboral, la cual no ha sido definida expresamente por la legislación colombiana, excepto en la norma parcialmente demandada y objeto de estudio de esta providencia. Empero, la doctrina ha definido esta figura como la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios, indicando que

La tercerización laboral así entendida, supone que la producción de bienes o prestación de servicios se ejecute en un marco de dirección y control a cargo de una parte que se denomina contratista, con sus propios medios, trabajadores y patrimonio, a favor de otro sujeto, el contratante. (Consejo de Estado, Sentencia 6 de julio, 2017)

Es clara la sentencia en indicar que la normativa laboral colombiana adolece de un concepto de tercerización laboral, situación que ha llevado a que desde la doctrina hasta decisiones judiciales confundan dicho concepto con el de intermediación laboral.

La sentencia explica también que la OIT pese a no haber definido la figura como tal si la ha equiparado con la práctica de la subcontratación laboral de bienes y servicios, sobre la cual ha indicado:

Subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios:

Con arreglo a esta modalidad de trabajo en régimen de subcontratación, una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. Los trabajadores dedicados a esa tarea permanecen bajo el control y la supervisión de la segunda empresa (llamada subcontratista), que es también responsable del pago de los salarios y del cumplimiento de las demás obligaciones que incumben al empleador. La empresa usuaria paga al subcontratista por el trabajo efectuado o por el servicio facilitado, y no en función del número de personas empleadas ni del número de horas trabajadas. A la empresa usuaria lo único que le interesa es el producto terminado que le entrega el subcontratista, no la manera en que se realizó el trabajo ni quién lo hizo. (Consejo de Estado, Sentencia 6 de julio, 2017)

Termina por concluir el alto tribunal de lo contencioso administrativo que la tercerización laboral, entendida como el suministro de bienes y servicios, es permitida por los convenios de la OIT.

El análisis del Consejo de Estado es claro y didáctico. La intermediación laboral irregular se da cuando un tipo de organización diferente a las Empresas de Servicios Temporales realizan la actividad que está exclusivamente destinada a estas, es decir, el envío de trabajadores en misión, que no es otra cosa que delegar la subordinación de un trabajador directo, en un tercero contratante.

Esta posibilidad de “instrumentalizar”, en cierto sentido, a los trabajadores, es necesaria para atender necesidades propias del mercado, pero dado su carácter de excepcional está sometida a un estricto control administrativo y solo es viable ante ciertos supuestos, que no son otros que los contemplados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 que modifica el CST:

Artículo 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más. (Ley 50, 1990, art. 77)

Actuar por fuera de estos casos sería hacer un uso indebido de la contratación con EST y configuraría una conducta sancionable por parte del Ministerio del Trabajo.

El Consejo de Estado fue claro al indicar que el artículo 63 de la Ley 1429 pretende que no se incurra en la utilización de ese mecanismo cooperativo, y de otras formas

organizativas, para disfrazar la intermediación laboral y, con ello, se vulneren los derechos constitucionales, legales o prestacionales vigentes.

Frente a este tipo de casos es relevante la recomendación 198 de 2006 de la OIT, en la cual presenta una serie de indicios que deben ser verificados por el operador administrativo y/o judicial, de cara a determinar la existencia de una relación de trabajo encubierta. Dicho documento indica:

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador. (OIT, recomendación 198, 2006)

Finalizado el anterior recuento deben quedar claro algunos puntos:

- i) La intermediación laboral realizada fuera de la estricta normatividad que la limita a las Empresas de Servicios Temporales y la reduce a ciertos casos concretos, se torna en ilegal.
- ii) La tercerización (también llamada outsourcing, subcontratación de servicios, externalización de procesos, etc.) no encuentra una definición vigente en nuestro ordenamiento, dada la nulidad del Decreto 583 de 2016. Sin embargo, la misma es completamente legal y podemos acudir de momento a la definición que nos presenta la OIT.

De acuerdo con lo explicado, y recordando el estudio efectuado en el primer capítulo de este texto, el contrato colectivo sindical se enmarca como una forma legal de tercerización o subcontratación de procesos, donde la organización sindical en calidad de contratista independiente y a través del trabajo autogestionado de sus asociados desarrolla un servicio o ejecuta una obra en favor de un contratante. Por su puesto, en caso de que la organización sindical asuma las funciones que exclusivamente competen a las Empresas de Servicios Temporales, estaríamos en presencia de intermediación laboral ilegal, pero lo mismo sucedería si esta acción la realiza una S.A.S., una CTA, o incluso una persona natural.

Lo anterior quiere decir que siempre que el contrato colectivo sindical sea desarrollado en un marco de independencia de la organización sindical respecto del beneficiario de la obra o servicio, sin que exista una delegación encubierta de la subordinación, la actividad contractual será perfectamente legal y por tanto constituye un mecanismo jurídico válido a través del cual la organización puede perseguir los fines que le son propios.

Incluso, un uso adecuado del contrato sindical a la luz de la libertad sindical puede configurar una gran herramienta para mitigar el mencionado fenómeno, pues como

menciona la Corte Constitucional “... el contrato colectivo sindical es una figura que busca mitigar el fenómeno de la intermediación laboral irregular, evitando que el contratante acuda a otras formas de contratación como cooperativas para solucionar determinadas necesidades del servicio” (Subrayado fuera del texto original) (Corte Constitucional, Sentencia T- 457, 2011).

2. PRINCIPALES DERECHOS LABORALES QUE SE PRESENTAN COMO AFECTADOS POR LA PRÁCTICA DEL CONTRATO SINDICAL.

Aunque la conclusión del apartado anterior es que el contrato sindical no configura, por el solo hecho de serlo, una forma irregular de intermediación laboral, una lectura de la referida querrela de la CUT permitirá evidenciar que el Comité de Libertad Sindical de la OIT se hace, y hace al gobierno colombiano, algunos cuestionamientos sobre aspectos nucleares de la figura.

El CLS se plantea la siguiente pregunta problema:

(...) en qué medida la regulación y la aplicación del contrato sindical respetan los principios de la libertad sindical y la negociación colectiva y si afectan o no los derechos sindicales y de negociación colectiva de los trabajadores y sus organizaciones. (OIT, 2017)

Al hacerlo toca temas laborales como la estabilidad en el empleo; la negociación colectiva y el derecho de huelga; y la remuneración y seguridad social de los asociados partícipes de un contrato sindical; los cuales serán objeto de revisión en el presente apartado.

2.1. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO.

Durante el estudio de la querrela presentada por la CUT en el año 2015, y luego de revisar el contenido del Decreto 036 de 2016, el Comité de Libertad Sindical acota lo siguiente:

309. El Comité constata que se desprende de las disposiciones anteriormente descritas que, en el marco del contrato sindical, le correspondería al sindicato no sólo la responsabilidad de cumplir con todas las obligaciones legales relacionadas con el trabajo desempeñado por sus afiliados sino también la de organizar y coordinar la labor de los mismos. De esta manera, el contrato sindical se distingue de las llamadas cláusulas de seguridad sindical ya que, en el caso bajo examen, la organización sindical no se limita a asegurar que todos los trabajadores al servicio de una empresa sean afiliados suyos sino que el sindicato se encarga directamente de la actividad productiva. El Comité observa especialmente que es responsabilidad del sindicato seleccionar, sustituir y retirar a los trabajadores que efectúen las tareas pactadas en el contrato y que parecería que el sindicato dispone de esta manera de un poder de decisión sobre el acceso y el mantenimiento en el empleo de sus afiliados. (Subrayado fuera del texto original) (OIT, 2017)

En efecto, durante su análisis el CLS interpreta correctamente la naturaleza del contrato sindical y determina que, encargándose este de la actividad productiva, es su responsabilidad el ingresar y retirar a los asociados partícipes en el contrato desarrollado, lo que inevitablemente configura un poder decisorio sobre la estabilidad de estos en el empleo.

Si bien es posible que algunos asociados que tengan otras fuentes de ingreso, puede haber otros que deriven todo su sustento y el de sus familias de las

compensaciones que reciban por su participación en el contrato sindical. De esta forma nos encontraríamos ante lo que el doctor Manrique Villanueva (2017) de acuerdo con sus elementos constitutivos podría clasificar como trabajo independiente económicamente subordinado, como una manifestación o expresión sinónima del trabajo parasubordinado. (p.131)

Resulta entonces fundamental garantizar que cuando menos los asociados partícipes gocen de la misma estabilidad laboral de la que gozaría un trabajador subordinado en iguales o similares condiciones, con el objeto de salvaguardar derechos fundamentales como el mínimo vital, el trabajo y la dignidad humana.

Al estudiar este precepto del derecho laboral, podemos citar las definiciones de varios autores, entre las cuales destacamos la de Suarez González (1987), quien de la estabilidad en el empleo dice que es “La garantía para el trabajador de que su contrato no puede darse por terminado por la simple voluntad del empresario” (p. 106)

Por su parte Murgas Torraza (1987) considera que supone el derecho del trabajador a conservar su empleo mientras no incurra en incumplimiento grave de sus obligaciones, ni surjan circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito o incapacidad técnica o económica que imponga la extinción de la relación de trabajo. (p. 188)

Pasco Cosmopolis (1989) la presenta como para la garantía de continuidad y permanencia del vínculo laboral, mientras subsista la causa que le dio origen y no sobrevenga causa legal injustificada para su extinción. (p. 41)

Escobar Henríquez (2001) lo define como la aspiración humana de que los trabajadores pueden conservar su trabajo mientras cumplan cabalmente sus obligaciones y no se hallen incapacitados por enfermedad incurable o vejez. Para el autor las normas laborales han de propender por garantizar la supervivencia de

las relaciones laborales, incluso a pesar de la ocurrencia de hechos relativamente graves que en apariencia pudieran justificar la terminación. (p. 18)

Por su parte la Corte Constitucional ha sostenido al respecto:

El principio de estabilidad se encuentra consagrado en los artículos 53 y 125 de la Carta Política, disposiciones en virtud de las cuales todos los trabajadores, ya sea que estén vinculados al sector privado o que se trate de servidores del Estado pertenecientes al sistema de carrera, tienen una expectativa cierta y fundada de conservar el empleo en cuanto cumplan con sus obligaciones laborales.

(...) ha sido entendido como “la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo. (Corte Constitucional, Sentencia SU- 354, 2017)

Vemos que en estas definiciones doctrinales y jurisprudenciales de estabilidad laboral el denominador común se encuentra en considerarla como una garantía de que goza el trabajador de saber que si realiza adecuadamente las funciones para las cuales fue contratado, su contrato seguirá vigente y no será terminado abruptamente.

Evidentemente, esta certeza permite la materialización y el desarrollo de otros derechos también fundamentales, como el derecho al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana.

Como lo indica el CLS, el sindicato dispone de un poder de decisión sobre el acceso y el mantenimiento en el empleo de sus afiliados, es decir, de la estabilidad de estos en el desarrollo de un contrato sindical del que son partícipes, por lo que de ejercer

tal prerrogativa de forma arbitraria se podrían afectar los derechos fundamentales anteriormente mencionados.

Ya fue explicado en el capítulo anterior que de acuerdo con la reglamentación vigente, es decir, el Decreto 036 de 2016, es la asamblea general de asociados el escenario propicio para los debates en torno a las condiciones en que los afiliados participen, dentro de las cuales se incluyen las condiciones de ingreso y retiro de la participación en cada contrato sindical que suscribe la organización.

No obstante, como lo señala la ya mencionada SU- 354 de 2017 la estabilidad en el empleo hace parte de los derechos laborales mínimos irrenunciables que contempla el artículo 53 constitucional, y por tanto sobre la misma no puede haber disposición de derechos por parte del trabajador.

Aunque dicho aparte de nuestra carta fundamental ha sido entendido tradicionalmente en función de las relaciones subordinadas de trabajo, públicas y privadas, consideramos que a la luz de la nueva interpretación constitucional dicha interpretación es insuficiente.

Aunque no es igual, por ejemplo, la estabilidad en un contrato de trabajo a término indefinido que en un contrato de prestación de servicios profesionales, la jurisprudencia constitucional, en sentencias como la SU- 070 de 2013, donde se estudió la estabilidad laboral reforzada con fundamento en el estado de gestación de varias trabajadoras, deja ver que con independencia del vínculo de trabajo existente (subordinado, parasubordinado, independiente, autogestionario, cooperado, etc.) la interpretación “pro homine” de los postulados constitucionales ha logrado hacer extensivas garantías en el empleo que anteriormente estaban reservadas de forma exclusiva a los trabajadores dependientes.

Bajo esta interpretación, y entendiendo que el objetivo principal de las organizaciones sindicales es la búsqueda de mejores condiciones laborales para

sus asociados, creemos que no es posible justificar que el afiliado partícipe de un contrato sindical sea excluido o removido de sus funciones dentro del mismo, si en atención al principio de estabilidad en el empleo, ha desarrollado adecuadamente las responsabilidades encomendadas.

Un uso arbitrario de esta potestad por parte de las organizaciones sindicales constituiría una violación de derechos fundamentales y sería contradictorio a su propia naturaleza.

Señala Ostau de Lafont de León (2017) que uno de los fundamentos de este nuevo derecho que surge de la cultura jurídica es el principio protector del trabajo. Este se identifica y diferencia del derecho civil porque brinda proteccionismo a la parte más débil de la relación de trabajo: el trabajador. Los derechos fundamentales en el derecho contemporáneo generan una nueva lectura de las normas sustanciales y procesales que van surgiendo en el campo de la cultura jurídica —en este caso, del derecho laboral—, adaptadas a las realidades de la organización del mundo del trabajo, a las nuevas formas de organizaciones sociales y a los elementos de la sociedad contemporánea.

Para el autor la interpretación de estos derechos se hará desde el proteccionismo laboral, garantizando la materialización de los principios de la favorabilidad, la condición más beneficiosa y la in dubio pro-operario, en el marco de una sociedad democrática que desarrolla la justicia y el bien común.

Estos principios son los llamados generales del derecho laboral. Por ejemplo, el principio protector, el Estado social de derecho, el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, de la buena fe, de razonabilidad, de la primacía de la realidad, de la continuidad de la relación laboral, de la solidaridad, el derecho al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad y la estabilidad en el empleo se aplican al derecho laboral general y también al derecho laboral colectivo, sobre todo en lo que se refiere a la creación e interpretación de la normatividad que produce la

negociación colectiva, elemento esencial y característico del derecho laboral colectivo.

Como lo recuerda Rodríguez, (2011), en la actualidad, el mundo del trabajo —subordinado o no, independiente, autónomo, tercerizado o deslaborizado - debe ser analizado e interpretado desde los principios del derecho laboral vinculado a los derechos humanos.

Para el autor tales principios comprenden, entre otros 1) principio pro homine; 2) complementariedad e integración normativa; 3) subsidiariedad; 4) el derecho internacional de derechos humanos es fuente de derecho interno y a su vez lo incorpora; 5) los derechos y las libertades reconocidos no son taxativos; 6) las normas del derecho internacional de derechos humanos son operativos; 7) la progresividad; 8) vigencia de la aplicación jurisprudencial efectuada por los órganos jurisdiccionales internacionales competentes; 9) la persona humana es un sujeto investido de personalidad internacional, y 10) ante violaciones a los tratados de derechos humanos, se configura la responsabilidad internacional del Estado infractor.

Por ello consideramos que si bien la organización sindical puede fijar en un marco democrático y en asamblea las condiciones de ingreso, permanencia y retiro de los asociados en un contrato sindical, ello mediante reglamento; esta libre disposición encuentra un límite constitucional claro en el principio de estabilidad en el empleo contemplado en el artículo 53 de nuestra Constitución Política.

Como ha sido expuesto en apartes anteriores al estudiar la práctica del contrato sindical, creemos que es propio de la naturaleza del sindicalismo que la organización busque mejores condiciones de trabajo para sus asociados que aquellas que tendría un trabajador subordinado en similar o igual condición. Es por esto por lo que en ningún caso el reglamento del contrato sindical que se suscriba podrá contener disposiciones menos garantistas que las mencionadas.

En caso contrario se materializaría el peligro que advierte el CLS:

La atribución a un sindicato de trabajadores de un poder de gestión y de decisión sobre el empleo de sus afiliados podría poner en peligro la capacidad del mismo actor de llevar a cabo al mismo tiempo la responsabilidad propia de las organizaciones sindicales consistente en apoyar y defender de manera independiente las reivindicaciones de sus miembros en materia de empleo y condiciones de trabajo.” (OIT, 2017)

2.2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DERECHO DE HUELGA.

En la queja sobre el contrato sindical que cursa ante el CLS, la CUT muestra su preocupación por un sindicato que en la ejecución del contrato sindical responde ante sus afiliados por cargas normalmente relacionadas a la figura de un empleador:

La supuesta desnaturalización de la actividad sindical que resultaría de la asunción por parte del sindicato de todas las obligaciones patronales relacionadas con la realización de las labores pactadas en el contrato bajo examen, subvirtiéndose de esta manera los principios y finalidades del sindicalismo y privando a los trabajadores concernidos de su derecho de libre afiliación sindical para la representación de sus intereses ante la entidad responsable de su empleo así como de sus derechos de negociación colectiva y huelga. (OIT, 2017)

El CLS también incluye este elemento de estudio en su análisis:

310. Subrayando la singularidad de la figura contractual bajo examen así como la complejidad de la cuestión y recordando que el artículo 2 del Convenio núm. 98 establece la total independencia de las organizaciones de trabajadores en el ejercicio de sus actividades, con respecto a los empleadores [véase Recopilación, op. cit., párrafo 1188], el Comité considera que la atribución a un sindicato de trabajadores de un poder de gestión y de decisión sobre el empleo de sus afiliados podría poner en peligro la capacidad del mismo actor de llevar a cabo al mismo tiempo la responsabilidad propia de las organizaciones sindicales consistente en apoyar y defender de manera independiente las reivindicaciones de sus miembros en materia de empleo y condiciones de trabajo y, por consiguiente, sobre la posibilidad de que, en este marco, los trabajadores puedan ejercer su derecho de negociación colectiva. El principio de la libertad sindical implicaría que los trabajadores involucrados en un contrato sindical sean libres de afiliarse a otro sindicato para defender sus intereses y gozar del derecho efectivo a la negociación colectiva. (Subrayado fuera del texto original) (OIT, 2017)

Complementa lo anterior de la siguiente manera:

El Comité observa que no dispone de informaciones específicas sobre cómo, en el marco del contrato sindical, los trabajadores pueden ejercer su derecho de negociación colectiva y que no cuenta con las observaciones del Gobierno respecto de los alegatos de la organización querellante según los cuales un gran número de contratos sindicales prohibirían el ejercicio del derecho de huelga y de la libertad de expresión en el seno de las empresas usuarias.

El Comité pide por lo tanto al Gobierno que proporcione, en consulta con las organizaciones representativas de trabajadores y

empleadores, informaciones sobre el decreto núm. 036 de 2016 y su puesta en práctica, en relación con: i) la naturaleza de las relaciones tanto individuales como colectivas que existen, en el desarrollo del contrato sindical, entre el sindicato y sus afiliados por una parte y entre los afiliados y la empresa usuaria por otra, y ii) la posibilidad efectiva de que, tanto en la ley como en la práctica, los trabajadores involucrados en un contrato sindical, sean representados y defendidos por una organización sindical distinta de la entidad que ejerce un poder de gestión y decisión sobre su empleo y de poder negociar colectivamente de manera independiente sus condiciones de trabajo. (Subrayado fuera del texto original) (OIT, 2017)

En la misma línea de pensamiento, la ENS señala que el contrato sindical viola el derecho de negociación colectiva. No obstante, aunque hace un recorrido a todo el marco jurídico internacional y nacional de esta, su crítica en relación con la contratación sindical se limita a postular que “No hay negociación colectiva libre y voluntaria por parte de los sindicatos o sus afiliados, en tanto no es una forma real de negociación colectiva. Se asimila más a una figura del derecho civil o comercial, que del laboral.” (ENS, 2018)

Si bien es fácil responder al cuestionamiento del CLS e indicar que los trabajadores partícipes tienen total libertad de asociarse a otras organizaciones de trabajo, no lo es tanto lo relativo a que puedan negociar las condiciones como afiliados partícipes por fuera del escenario democrático por el cual se fija el reglamento de cada contrato sindical.

En este sentido consideramos que es un error equiparar la negociación colectiva en el marco del contrato sindical a la negociación por sindicatos de empresa, que ha sido entendida tradicionalmente como la única forma válida de negociación colectiva en el derecho del trabajo en Colombia.

La Corte de Constitucionalidad en las sentencias más relevantes en la materia, T-303 y T-457 de 2011, precisó que en el marco del contrato sindical, el sindicato se asimila, sin serlo, a un empleador sin ánimo de lucro. Aunque tal caracterización no nos parece del todo afortunada, si entendemos que busca dejar claro que garantías del trabajador como el percibir un ingreso por el servicio ejecutado, el derecho a la seguridad social, seguridad y salud en el trabajo, etc. que en una relación de trabajo subordinada se encuentran en cabeza del empleador, en el caso del contrato sindical son asumidas por el sindicato como persona jurídica respecto de los asociados que se hacen partícipes de la ejecución del mencionado contrato.

Sin embargo, aun teniendo estas responsabilidades a su cargo el sindicato, como persona jurídica que contrata la prestación de servicios o la ejecución de obras en favor de un tercero, no es un verdadero empleador respecto de los asociados que participan en el desarrollo de dicho contrato. Estos trabajadores no están subordinados, pues son ellos mismos los que democráticamente y en asamblea determinan todas las condiciones de su empleo. Como ya fue estudiado, la contratación sindical es en sí misma un mecanismo de negociación de las condiciones del empleo, y es en el mencionado escenario democrático de discusión donde los trabajadores sindicalizados ejercen ese derecho.

La Corte Constitucional en la mencionada Sentencia T- 457 de 2011 arroja claridad al respecto, al señalar que el afiliado partícipe durante la ejecución del contrato sindical no está subordinado a la organización, ya que él mismo la compone y se encuentra en un plano de igualdad con esta frente a la distribución de los ingresos provenientes del contrato, al punto que recibe compensaciones de acuerdo con lo definido en la asamblea de afiliados, en el reglamento y en el contrato sindical.

Contraria a la posición del CLS que estamos analizando, para la Corte Constitucional comprometería gravemente el derecho de sindicalización en Colombia considerar que quienes se agrupan para defender sus intereses laborales

en contra del empleador, estén a su vez detentando la figura de patrono a través de la persona jurídica que constituye el sindicato.

Como lo indica el supremo tribunal constitucional:

Como está regulado el contrato colectivo sindical en nuestro país, se busca promover el derecho a la negociación colectiva, a la promoción del derecho de asociación sindical y a generar múltiples empleos más dignos para los afiliados, en procura de dar una dinámica a la actividad sindical.(...) (...) “Mientras que en países como Estados Unidos (The National Labor Relations Act / Ley Nacional de Relaciones Laborales) y Chile (Libro IV del Código del Trabajo) el concepto de contrato sindical se relaciona con el acuerdo o convenio de negociación colectiva, en nuestro país es una modalidad de contrato colectivo laboral como lo es la convención colectiva y el pacto colectivo. (Subrayado fuera del texto original). (Corte Constitucional, T-457, 2011)

Entender que la negociación colectiva se manifiesta únicamente a través de la presentación de pliegos de peticiones a un empleador es problemático precisamente porque desconoce que el contrato sindical es, como lo señala la Corte Constitucional, otra modalidad de contratación colectiva a través de la cual los trabajadores pueden participar activamente en la determinación de las condiciones del empleo.

Ahora bien, esta modalidad de negociación evidentemente presenta diferencias sustanciales respecto a las otras modalidades de negociación colectiva que contempla nuestra legislación laboral: la convención y el pacto colectivo; siendo tal vez la más relevante la dificultad de ejercer el derecho de huelga como mecanismo de presión.

El derecho a la huelga adquiere el rango constitucional con la promulgación de la Constitución de 1991, que establece “Artículo 56: Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho” (Const., 1991, art. 56)

Según lo dispuesto por el CST en su artículo 429, por huelga entendemos “La suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus patronos” (CST, art. 429)

La Corte Constitucional la definió como “La facultad que tienen los trabajadores de presionar a los empleadores mediante la suspensión colectiva del trabajo, para lograr que se resuelva de manera favorable a sus intereses el conflicto colectivo del trabajo.” (Corte Constitucional, Sentencia C- 858, 2008)

Es claro de acuerdo con esta definición, legal y jurisprudencial, que la huelga se circunscribe al ámbito de las relaciones subordinadas de trabajo, donde existe la figura de un empleador y un grupo de trabajadores que a través de dicho mecanismo deciden presionar para lograr que su solicitud respecto a una reestructuración de las condiciones en el empleo sea aceptada.

En párrafos previos hemos expresadas dos ideas claves al respecto de este tema: La primera de ellas hace referencia a que en el contrato sindical no existe la figura de un empleador. La segunda refiere a que el derecho de asociación sindical no se encuentra limitado a sindicatos de empresa, siendo esta solo una de las varias modalidades que la ley laboral contempla.

Es claro que los trabajadores pueden asociarse y constituir, por ejemplo, organizaciones gremiales o de industria, con afiliados que prestan sus servicios a distintos empleadores. Incluso puede constituirse legítimamente un sindicato por trabajadores que no están en ese momento explotando su capacidad productiva en

el mercado de trabajo. Dichas organizaciones no tendrían, en primer término, ante quien presentar pliegos de peticiones y por tanto no existiría la figura del empleador ante el cual ir a huelga.

No obstante, nadie pensaría en postular que dichas organizaciones de trabajadores no son legítimas porque existe la mencionada imposibilidad práctica de desarrollar la huelga. Un ejemplo claro de esto son las organizaciones de trabajadores del sector público, que siendo sindicatos fuertes en cuanto a su reconocimiento, número de afiliados y estructura interna, tienen fuertes restricciones, y prohibición expresa en el caso de las actividades que constituyen servicios públicos esenciales, respecto del ejercicio del derecho de huelga.

Creemos que la interpretación del CLS es poco afortunada al no entender que es el propio contrato sindical la forma en cómo los trabajadores sindicalizados ejercen su derecho a la negociación colectiva, ya que a través de esta y de manera democrática al interior de la organización, discuten y determinan las condiciones de su empleo.

Que no exista la figura de un empleador contra el cual ejercer el derecho de huelga no resta legitimidad o validez a las organizaciones de trabajadores de industria o gremiales que materializando el principio de libertad sindical y el derecho de asociación, deciden organizarse y contratar sindicalmente la prestación de servicios o la ejecución de obras.

Sin embargo, en el capítulo 3 del presente texto, se expondrá como las organizaciones de trabajadores de industria pueden materializar activamente el derecho de negociación colectiva en su visión más ortodoxa, a través de la negociación sectorial.

2.3. DERECHOS SALARIALES, PRESTACIONALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL.

El CLS al sintetizar las preocupaciones que plantea la CUT en su queja, indica como uno de los principales problemas que genera la contratación sindical “(...) la violación de derechos laborales básicos tales como el derecho a la seguridad social o a las vacaciones”. (OIT,2017)

En igual sentido la ENS reiteradamente indica en sus escritos que con el contrato sindical se vulneran los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras, pues ninguna de las prestaciones sociales es garantizada bajo este tipo de modalidad contractual. (ENS, 2018, p.12)

Desafortunadamente en Colombia, el mundo del trabajo ha visto como de forma reiterada diversas modalidades de contratación afectan derechos como la contraprestación mínima por el servicio ejecutado, los regímenes prestacionales, la garantía de una seguridad social, el descanso luego de cierto tiempo de trabajo, la seguridad y salud en el trabajo, entre otros.

Dentro de los actores de dichas conductas indebidas también se encuentran algunas falsas organizaciones sindicales que desnaturalizan los fines propios del sindicalismo y que haciendo un uso indebido del contrato sindical, y a los vacíos en su regulación, se lucran del trabajo humano, asimilando el mismo a una mercancía y violando consecuentemente la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT (Declaración de Filadelfia), integrada como anexo a la Constitución de la OIT en 1944.

Ahora bien, no siendo un contrato de trabajo, en principio los trabajadores sindicalizados partícipes de un contrato sindical no reciben conceptos propios de una relación subordinada, como primas, cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, etc. Sin embargo, como ha sido indicado en apartados previos, sería

ilógico, y abiertamente antisindical, que el trabajador partícipe del contrato sindical recibiera menos ingresos por su trabajo que lo que recibiría en las mismas condiciones un trabajador subordinado.

Siendo el fin de los instrumentos de negociación colectiva el establecer mejores condiciones en el empleo para los trabajadores, los aspectos que regule el reglamento del contrato sindical deberán establecer un mínimo de condiciones laborales que en ningún caso podrá ser inferior a las garantías de las que goza un trabajador subordinado equivalente. No obstante, y con miras al objetivo indicado de la negociación colectiva, creemos que las condiciones que se fijen en dicho reglamento siempre deberán propender por ser mucho más garantistas para el trabajador asociado partícipe.

Así como existen unas garantías o derechos mínimos que se han reconocido a través de luchas históricas a los trabajadores subordinados, las prerrogativas en favor de los afiliados partícipes de un contrato sindical deberán estar contenidas en el reglamento de dicho contrato. Será este el instrumento que permita a los miembros de la organización definir aspectos como los pagos al Sistema Integral de Seguridad Social y los derechos que resultarán equivalentes o asimilables a conceptos como vacaciones, prestaciones sociales y demás beneficios que sea procedente estipular en favor de estos.

Como ya ha sido explicado, de conformidad con el Decreto 036 de 2016 es la propia organización quien atendiendo a sus capacidades de autogestión y libertad de acción, como elementos que surgen del principio de libertad sindical, la encargada de determinar el régimen de compensaciones o redistribución de aquellas ganancias que se obtengan de la prestación de servicios o la ejecución de obras. Dado que la organización de trabajadores no tiene ánimo de lucro dichos dineros deben destinarse a garantizar su funcionamiento y continuidad, a compensar a los afiliados partícipes y a generar programas de bienestar para todos sus asociados.

Cabe agregar que no sería procedente establecer en el mencionado reglamento del contrato un régimen de compensaciones para los afiliados partícipes que sea inferior al mínimo de derechos o garantías de los que gozaría por la misma labor ejecutada un trabajador homólogo vinculado mediante contrato de trabajo, pues de esta manera se estaría contrariando el propio fin de la organización de trabajadores, esto es, alcanzar mejores condiciones de trabajo a las que tendría un trabajador individualmente considerado.

No obstante, pensar que por no estar contemplado este análisis de forma expresa y detallada en una norma no puede exigirse el respeto de estos mínimos para los afiliados partícipes responde al paradigma legalista que estuvo vigente en la mayor parte de nuestra historia jurídica y que pese a los cambios en el pensamiento jurídico moderno ha sido de difícil superación. Así lo expresa López Medina (2017) en su libro “El derecho de los jueces” al estudiar la dificultad que ha tenido el sistema jurídico colombiano de superar su corte neo-romanista y la mera aplicación de la ley por parte de los jueces en tal escenario.

Nuestro ordenamiento jurídico ha pasado de tener un corte netamente legalista a una orientación basada en principios constitucionales superiores. Dentro de dichos principios y en lo relativo al campo del trabajo humano cobran especial relevancia los artículos 25 y 53 constitucional. El primero de ellos indica que el trabajo en todas sus modalidades, no únicamente en la vinculación que nace a partir de un contrato individual de trabajo, goza de especial protección por parte del Estado. La segunda disposición, por su parte, fija unas garantías mínimas laborales, de nuevo sin imitarlas exclusivamente al campo de una relación subordinada de trabajo.

Si bien no se rigen por los mismos criterios legales el trabajo subordinado, el trabajo cooperativo o el trabajo sindical, todas son manifestaciones de lo que la doctora Correa (s.f.) llama “El deber de libertad de ganarse la vida”, y en tal sentido se encuentran protegidas por nuestra Constitución y por el Estado.

No es necesario que el legislador consagre respecto de cada manifestación del trabajo humano el derecho a garantías que deben corresponder a todas ellas, como lo son la seguridad social, el descanso después de cierto tiempo de trabajo, una remuneración vital y móvil, etc. pues es claro que son derechos que deben darse de forma independiente a la naturaleza del contrato, siempre que nos encontremos en presencia de trabajo humano. La aplicación directa de la Constitución en sus artículos 25 y 53 debe ser suficiente para garantizar el respeto de estos mínimos de dignidad inherentes a toda forma de trabajo.

Las garantías que han sido mencionadas, y que el sindicato debe discutir al momento de crear el reglamento de cada contrato sindical, no pueden estar excluidas o estar por debajo de aquellas que la ley laboral contempla: Seguridad Social, un salario mínimo vital y móvil, prestaciones sociales, vacaciones y dotación; ya que estas constituyen las garantías mínimas que respecto al trabajo ha consagrado la Constitución, y deben por tanto estar presente en toda manifestación del trabajo.

Debe precisarse que este límite a la configuración de las condiciones que deben establecerse en el reglamento de cada contrato sindical no choca en forma alguna con el principio de libertad sindical y la capacidad de autogestión que de ella se desprenden para las organizaciones sindicales, toda vez esta misma democracia interna permite que, respetando los mínimos laborales genéricos, puedan consagrarse regímenes de descanso más beneficiosos a los que la ley ha fijado.

La interpretación constitucional propuesta busca evitar que amparados en el principio de libertad sindical se establezcan condiciones de trabajo desfavorables para los asociados partícipes, ya sea fijando contraprestaciones por su trabajo inferiores a las que esperaría un trabajador subordinado o excluyendo derechos esenciales como el descanso o la seguridad social.

En síntesis, podemos decir que todas las garantías referidas no pueden limitarse únicamente a un sector de los trabajadores, pues esto chocaría entre otros con el principio constitucional de igualdad, ya que si bien no están en la misma situación el trabajador subordinado de una empresa, el trabajador cooperado que autogestiona su trabajo a través de la figura de una cooperativa o el afiliado que desarrolla su profesión y genera su sustento como partícipe en un contrato sindical; sí es evidente que todos estos seres humanos despliegan su fuerza de trabajo con el fin de obtener un sustento para sí y para sus familias y que requieren una protección no discriminatoria por parte del Estado.

Las modernas formas de estructurar las relaciones de trabajo, algunas incluso más propias de la legislación civil y comercial que de la laboral, se presentan legítimamente como alternativas a un mercado cada vez más competitivo que exige relaciones más dinámicas, ante circunstancias como la deslocalización de la producción, la externalización de procesos, etc. Estas nuevas formas del trabajo deben funcionar como herramientas de manejo de estos panoramas, pero nunca como mecanismos que ayuden a violentar los derechos laborales, desconociendo las garantías mínimas que se han conseguido a lo largo de muchos años con el comprometido esfuerzo de individuos y organizaciones. El contrato colectivo sindical, al igual que otro tipo de figuras jurídicas legales de gestión del trabajo, deben atender a estos logros históricos y fortalecerlos a través de sus propias dinámicas particulares.

III. PROPUESTAS DE ADECUACIÓN PARA FORTALECER LA CONTRATACIÓN COLECTIVA SINDICAL EN COLOMBIA.

El presente capítulo tiene como objetivo proponer acciones de reconfiguración, tanto fácticas como normativas, en cuanto al desarrollo de la contratación sindical, que contribuyan así a perfeccionar a esta como una manifestación válida de la libertad sindical que contribuye a fortalecer los derechos laborales de los trabajadores asociados que deciden hacer uso de ella.

Habiendo estudiado en el capítulo anterior las principales críticas que se esbozan sobre el contrato sindical, y que son recogidas principalmente por la queja de la CUT que actualmente se tramita ante el CSL de la OIT, se partirá de estos cuestionamientos para presentar alternativas de mejora en aspectos concretos.

Así, sobre el principio de estabilidad en el empleo se profundizará en la garantía de permanencia del afiliado partícipe en la ejecución del contrato sindical suscrito por la organización de la cual es miembro. En lo relativo al derecho de negociación colectiva se propondrá la negociación sectorial como el mecanismo idóneo para que esta se desarrolle en el contexto de la contratación sindical. Finalmente, nos referiremos a los derechos y garantías mínimas que todo régimen de compensaciones debería contemplar respecto de los trabajadores afiliados que participen en la ejecución de un contrato sindical.

1. ASPECTOS QUE PUEDEN SER OPTIMIZADOS EN EL DESARROLLO DE LA CONTRATACIÓN SINDICAL EN COLOMBIA.

En los últimos años la contratación sindical ha cobrado especial relevancia para el mundo del trabajo en Colombia. Así lo demuestran las cifras presentadas por la ENS, el SISLAB, y el Subsistema Dinámica de la Contratación Colectiva, según las

cuales los contratos sindicales depositados ante el Ministerio del Trabajo pasaron de 164 en el año 2011 a 1975 en el 2015. (ENS, 2018, p. 9)

Esto hace que un gran número de trabajadores ostenten la calidad de afiliados partícipes en el desarrollo de dichos contratos, y que sea por tanto relevante para el derecho laboral ocuparse de estudiar las condiciones laborales de estos y proponer acciones de optimización que tiendan, en consonancia con el principio de progresividad de los derechos laborales, a lograr mejoras sustanciales en las condiciones del empleo de dicha población laboral.

Es claro que por la naturaleza propia de las organizaciones de trabajadores estas deben propender por mejores condiciones que los mínimos que la ley laboral contempla para un trabajador subordinado. Sin embargo, el Decreto 036 de 2016 indica que los aspectos relativos al régimen de compensaciones, ingreso y retiro, seguridad social, etc., de los afiliados partícipes será definido en el reglamento de cada contrato. Es decir, la referida normativa no fija unos mínimos propios para los afiliados partícipes y deja que todo sea definido en el marco de la autodeterminación de las organizaciones de trabajadores.

La situación normativa descrita presenta, sin embargo, un gran problema de cara a los derechos de los trabajadores. Como fue referido en el capítulo previo, nuestra tradición jurídica de corte legalista-positivista ha llevado a que al no encontrarse estipuladas en una ley o decreto garantías como el descanso remunerado luego de cierto tiempo de trabajo, las contribuciones al Sistema Integral de Seguridad Social o un ingreso mínimo vital y móvil, en el caso de instituciones jurídicas distintas al contrato de trabajo, estas garantías sean desconocidas a muchos trabajadores.

La reglamentación que sobre el contrato colectivo sindical contempla el Decreto 036 de 2016, recogido en el DUR 1072 de 2015, al establecer que el sindicato fija de forma autónoma el tipo de derechos antes referidos de forma democrática a través

de la aprobación del reglamento de cada contrato celebrado, en conjunto con una interpretación constitucional de dicha libertad, principalmente en lo relativo a la observancia de los derechos mínimos del trabajo que establece el artículo 53 constitucional; debe constituir, en principio, un marco de protección y garantías suficiente para los afiliados de la organización.

Consideramos que con el giro paradigmático neoconstitucionalista que se da en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 no es necesario legislar sobre los referidos derechos mínimos irrenunciables y los principios que deben regir a los trabajadores, pues estos deben respetarse con independencia del vínculo contractual que rijan su prestación personal de servicios.

Como se ha venido esbozando desde el capítulo II de este texto, una apropiación de los principios constitucionales en materia de trabajo humano y su aplicación a esta modalidad contractual es la mejor manera de proteger los derechos de aquellos trabajadores que legítimamente se han asociado con el objetivo de mejorar las condiciones laborales que regulan su profesión.

Sin embargo, a continuación pasamos a describir y analizar los aspectos mínimos que, dentro de dicha capacidad de autorregulación basada en el principio de libertad sindical, consideramos que deben fijar las organizaciones sindicales para que se materialice respecto de sus afiliados una verdadera protección de los derechos mínimos laborales y los principios aplicables a todo empleo.

1.1. EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL CONTRATO SINDICAL.

El artículo 25 constitucional señala que el trabajo, en todas sus modalidades, goza de la especial protección del Estado. De otro lado el artículo 53 de nuestra carta política indica que dentro de los principios mínimos fundamentales que rigen el

trabajo humano se encuentra la estabilidad en el empleo. La Corte Constitucional ha dicho frente al tema:

De otra parte, la jurisprudencia ha considerado que el marco de la protección estatal al trabajo no se agota con la protección al empleo dependiente sino también en la efectividad de su ejercicio independiente. En este, dijo la Sentencia C-614 de 2009 que si la fuerza laboral se considera como un instrumento para obtener los recursos necesarios para lograr una vida digna y como un mecanismo de realización personal y profesional, es lógico concluir que son objeto de garantía superior tanto el empleo como todas las modalidades de trabajo lícito. De hecho, la Constitución de 1991 protege las diversas formas de ejercer tales actividades. A modo ilustrativo ello puede inferirse de la protección de la constitución de empresa (artículo 333) como herramienta de trabajo base del desarrollo económico, con función social; el establecimiento de una salvaguarda los derechos de los trabajadores vinculados a la empresa con un mínimo de derechos irrenunciables e intransferibles (artículos 53 y 54) y la determinación de un mínimo de condiciones laborales para los trabajadores al servicio del Estado (artículos 122 a 125).

De lo anterior puede deducirse que la ley no está obligada a regular formas precisas o únicas de acceso al empleo, puesto que, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa, siempre y cuando respete los límites previstos directamente en la Constitución. (Subrayado fuera del texto original). (Corte Constitucional, Sentencia C -593, 2014)

Es claro entonces que los principios constitucionales consagrados frente al trabajo humano no se agotan en el contrato individual de trabajo y que se extienden a otras modalidades independientes de este.

Dentro de los referidos principios uno de los que mayor relevancia cobra es el de la estabilidad en el empleo. Este fue definido en la Sentencia C-016 de 1998 de la siguiente manera:

Mediante el principio de la estabilidad en el empleo, que es aplicable a todos los trabajadores, independientemente de que sirvan al Estado o a patronos privados, la Constitución busca asegurar que el empleado goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del patrono.

(...) principio de estabilidad, en cuanto "expectativa cierta y fundada" del trabajador de mantener su empleo, si de su parte ha observado las condiciones fijadas por el contrato y la ley. (Corte Constitucional, C-016, 1998)

Aunque el aparte citado hace claramente referencia a relaciones subordinadas de trabajo, públicas y privadas, de nuevo debemos entender que todo trabajador, con independencia de la figura jurídica que cobije su trabajo, tiene en mayor o menor medida cierta expectativa de continuar ejecutando este trabajo siempre que cumpla eficientemente sus funciones y, claro está, siempre que la necesidad de dicho trabajo siga existiendo.

Por supuesto que dicha expectativa no impide que la relación de trabajo se estipule a cierto término, o en el caso del contrato sindical, que se fije un periodo concreto para la participación de un afiliado en el objeto contractual a desarrollar:

El principio de estabilidad en el empleo no se opone a la celebración de contratos a término definido. Las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el contrato tienen libertad para ponerles fin. La estabilidad, por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquélla se torne en absoluta, sino que, como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo. Bajo este entendido, es obvio que el contrato a término fijo responde a la idea de la estabilidad en el empleo, porque aun cuando las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad determinan libremente, acorde con sus intereses, las condiciones de la durabilidad de la relación de trabajo, ésta puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, más aún cuando se da la circunstancia de que subsiste la materia del trabajo y las causas que le dieron origen al contrato. (Corte Constitucional, Sentencia C- 588,1995)

Aclarando que la estabilidad no implica necesariamente que el empleo no pueda tener una duración definida desde el momento en que da inicio la relación jurídica, continúa la sentencia centrando la relevancia del tema en la expectativa legítima a conservar el empleo mientras la necesidad de este exista y las obligaciones relativas sean cumplidas por el trabajador:

En otros términos, más que la fijación de un espacio de tiempo preciso en la duración inicial de la relación de trabajo, lo relevante es la expectativa cierta y fundada del trabajador de conservar el empleo en cuanto cumpla con sus obligaciones laborales y el interés del

empleador, motivado en las necesidades de la empresa, de prolongar o mantener el contrato de trabajo. Por lo tanto, no es cierto, como lo afirma la demandante que sólo el contrato a término indefinido confiere estabilidad en el empleo, pues el patrono tiene siempre la libertad de terminarlo, bien invocando una justa causa o sin ésta, pagando una indemnización. (Corte Constitucional, Sentencia C- 588,1995)

En tal sentido, en lo relativo a nuestro tema objeto de investigación el núcleo esencial del derecho a la estabilidad laboral refiere a la protección de esa expectativa legítima que tiene el trabajador de permanecer participando del contrato sindical suscrito, siempre que cumpla con las obligaciones que como partícipe ha contraído y siempre que la ejecución de dicho contrato continúe vigente.

No podemos olvidar que muchos de los contratos sindicales se celebran con entidades del Estado y como fruto de procesos de selección de contratistas, con lo cual no es posible que el afiliado partícipe en la ejecución de este contrato estatal tenga expectativas de permanecer desarrollando tal actividad por fuera del periodo contractual que se ha fijado con la entidad pública en atención a los fines del Estado; lo anterior siempre que este plazo no se renueve o extienda, en cuyo caso podría pretender válidamente seguir siendo parte del mismo.

Para materializar la referida garantía el reglamento de cada contrato sindical no podrá contemplar condiciones arbitrarias para el retiro de los afiliados partícipes que harán parte de la ejecución del contrato sindical suscrito. Entendiéndose por tales, según definición de la RAE, aquellas que dependen exclusivamente de la voluntad de una persona, y que no obedece a lo dictado por la razón, un juicio lógico o la ley.

Los retiros arbitrarios o la exclusión de la calidad de afiliado partícipe sin las garantías debidas constituirían, según cada caso, una afectación al debido proceso, y/o al derecho de asociación sindical.. Si la exclusión del empleo atiende, por ejemplo, a motivos de discriminación a una persona en condición de debilidad

manifiesta por una afectación en su salud, hablaríamos de vulneración a derechos fundamentales como la dignidad humana, la salud, o la seguridad social y serían consecuentes indemnizaciones como la contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En escenarios como los descritos procede solicitar la protección constitucional por parte del juez de tutela e instaurar las quejas correspondientes ante el Ministerio del Trabajo para que en ejercicio de sus facultades de inspección, vigilancia y control ejerza su potestad administrativa sancionatoria. En aquellos casos en los que fruto de dichas revisiones por parte del Ministerio del Trabajo se determine además que la organización sindical no cumple con las características de un verdadero sindicato, podrá la entidad presentar la correspondiente demanda judicial a través del proceso especial de la suspensión y cancelación de la personería jurídica de dicha organización.

Como ejemplo de la protección constitucional referida en la cual se protegió el despido sin justa causa de una trabajadora embarazada por parte del sindicato DARSALUD AT, puede consultarse la Sentencia T-138 de 2015.

De acuerdo con lo expuesto, la reglamentación que consagre las circunstancias o causales de retiro del contrato sindical de los afiliados partícipes debe tener las características de toda norma en el marco de un Estado de Derecho, esto es, debe ser impersonal, general y abstracta; con el objetivo de que no permita la discriminación de uno o algunos trabajadores.

Tales escenarios normativos deben también tener como única finalidad la garantía de una correcta ejecución de las obligaciones contractuales que el sindicato asume con el contratante de la obra o servicio a desarrollar.

De otra parte, la estabilidad relativa del empleo que hemos expuesto no significa que un trabajador partícipe que incumpla las obligaciones que se ha comprometido

a desarrollar pueda pretender continuar siendo parte de la ejecución de la obra o servicio contratado, toda vez ha demostrado carecer de la idoneidad para ello.

Al respecto debemos señalar que junto con los principios del artículo 53 constitucional, el debido proceso en materia disciplinaria es otro principio general que el sindicato debe respetar frente a los afiliados que lo componen. Consideramos que en el aspecto sancionatorio deben cumplirse las garantías mínimas que ha establecido la Corte Constitucional:

En aras de garantizar y hacer efectivo las garantías consagradas en la Constitución Política, la jurisprudencia ha sostenido que es “indispensable que los entes de carácter privado fijen unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso de este poder y que permitan al conglomerado conocer las condiciones en que puede o ha de desarrollarse su relación con éstos. Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente. (Corte Constitucional, Sentencia C 593, 2014)

Siendo las organizaciones sindicales entidades de carácter privado que ejercen poder sobre sus asociados a través de estructuras como una junta directiva, o la propia asamblea general de la organización, se hace necesario que en sus estatutos y en el reglamento de cada contrato sindical suscrito establezca un marco de respeto al debido proceso en sus actuaciones.

De igual forma, se ha especificado que en los reglamentos a los que se alude “es necesario que cada una de las etapas procesales estén previamente definidas, pues, de lo contrario, la imposición de sanciones queda sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la

función de solucionar los conflictos de los implicados”. (Corte Constitucional, Sentencia C 593, 2014)

En este sentido la organización sindical deberá establecer en cada reglamento los hechos constitutivos de falta sancionable y la sanción aplicable a cada una de estas conductas. Las garantías que dicho procedimiento sancionatorio debe contemplar son las que indica la sentencia en comentario:

Además, ha agregado que tales procedimientos deben asegurar al menos: La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones. (Corte Constitucional, Sentencia C 593, 2014)

Un procedimiento sancionatorio por parte de la organización sindical a sus afiliados partícipes por fuera de este marco de garantías mínimas del debido proceso enunciadas por la Corte Constitucional torna en ilegal la sanción adoptada.

Se garantiza de esta manera el derecho que tiene el trabajador asociado a defenderse de los señalamientos que presentan un incumplimiento de su parte en el desarrollo de su rol como afiliado partícipe de la ejecución de un contrato sindical, presentando sus pruebas, esgrimiendo sus argumentos y manifestándose sobre los soportes en los que se sustenta la supuesta falta cometida.

En cuanto a estipular como causal de retiro el vencimiento inicial del término pactado para la participación del asociado en el contrato sindical en ejecución no puede considerarse que esta se configure como objetiva, toda vez que debe analizarse el cumplimiento de los deberes asumidos por el trabajador partícipe durante el tiempo en que ha desarrollado su función.

De esta manera, si terminado el plazo inicial para la ejecución de la obra o servicio el contrato se renueva, es decir, subsiste la necesidad de continuar su ejecución y el contrato se extiende o adiciona en tiempo, el afiliado partícipe que ha sido diligente, responsable y ha cumplido con las cargas laborales asumidas, tendrá derecho a continuar siendo parte de la ejecución del contrato extendido en el tiempo o del nuevo contrato que con el mismo fin se llegare a celebrar.

Condiciones de estabilidad en el empleo arbitrarias, alejadas de la interpretación constitucional de los principios que rigen el trabajo humano y del sentido teleológico del derecho de asociación sindical, que permitan, por ejemplo, la remoción unilateral del contrato sindical en ejecución de un trabajador partícipe que ha cumplido cabalmente con sus funciones y responsabilidades es claramente violatorio del principio de libertad sindical.

Efectivamente, mientras en el contrato individual de trabajo nos encontramos con una relación subordinada que permite al empleador como director de su actividad productiva despedir sin justa causa a un trabajador pagándole la respectiva indemnización; la teleología laboral que permite a un sindicato ejecutar obras o servicios en favor de un contratante se alejan de esta lógica.

Como se ha indicado la figura del sindicato no es asimilable a la de un empleador que persigue lucrarse de su actividad productiva. Incluso existe al respecto expresa prohibición para el sindicato según lo estipulado por el artículo 355 del CST que indica “Los sindicatos no pueden tener por objeto la explotación de negocios o actividades con fines de lucro”.

En tal sentido, no tiene una justificación desde la finalidad de la contratación sindical que un afiliado partícipe que ha desarrollado con responsabilidad, dedicación, y pericia la actividad asignada, sea removido de forma discrecional por el órgano o persona coordinador del contrato en ejecución. Reiteramos que las causales de ingreso y remoción como partícipe de un contrato sindical deben ser objetivas y atender al interés de la organización en su conjunto.

Finalmente, frente al tema de estabilidad en el empleo debe indicarse que el trabajador sindicalizado que es parte de la ejecución del contrato sindical debe gozar de estabilidad reforzada en aquellos casos que la jurisprudencia ha contemplado, como en situaciones de maternidad (T-639 de 2015, T-138 de 2015) y afectación a la salud (T-136 de 2014). El estudio de nuevos casos por parte del juez constitucional permitirá igualmente fijar el alcance de la protección a trabajadores en condiciones especiales como cabezas de familia o prepensionados.

1.2. NEGOCIACIÓN SECTORIAL O DE INDUSTRIA COMO MECANISMO PARA MEJORAR LAS CONDICIONES DE LOS TRABAJADORES ASOCIADOS.

El derecho de negociación colectiva se encuentra consagrado en el artículo 55 constitucional. Este preceptúa “Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es

deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo.” (OIT, 2017)

La OIT (s.f.) define la negociación colectiva como un derecho fundamental, sustentado en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y reafirmado en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. A su vez indica que la negociación colectiva es un mecanismo fundamental del diálogo social, a través del cual los empleadores y sus organizaciones y los sindicatos pueden convenir salarios justos y condiciones de trabajo adecuadas; además, constituye la base del mantenimiento de buenas relaciones laborales.

Para la organización su objetivo principal es establecer un convenio colectivo en el que se regulen las condiciones de empleo de un determinado grupo de trabajadores, regulando los derechos y responsabilidades de las partes en la relación de empleo, lo que permite asegurar que en las industrias y lugares de trabajo imperen condiciones armoniosas y productivas, además de potenciar el carácter inclusivo de la negociación colectiva es un medio esencial para reducir la desigualdad y ampliar el ámbito de la protección laboral.

Para la Corte Constitucional, por su parte, es un elemento esencial de la libertad sindical:

En el ámbito del derecho colectivo del trabajo, el derecho de todos los trabajadores de negociar libre y voluntariamente con sus empleadores las condiciones derivadas de la relación laboral, constituye un elemento esencial de la libertad sindical, en la medida en que sirve de instrumento para alcanzar mejores condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan las organizaciones sindicales. (Corte Constitucional, Sentencia C-201, 2002)

Ahora bien, si el objeto principal de las asociaciones de trabajadores es negociar las condiciones del empleo, debemos comenzar por precisar que, aunque en Colombia no sea la práctica establecida, esta puede darse por fuera del binomio empleador- sindicato de empresa.

De nuevo creemos conveniente desligar el derecho de asociación de la categoría o especie “sindicato de empresa”, pues como bien lo establece el artículo 2 del Convenio número 154 de la OIT, la negociación colectiva debe entenderse en un sentido amplio como:

Todas las negociaciones que tienen un lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez. (Subrayado fuera del texto original) (OIT, Convenio 154)

En este sentido no solo los sindicatos de empresa pueden negociar con ese único empleador las condiciones de trabajo de sus asociados, sino que similares organizaciones sindicales en conjunto pueden negociar ante el grupo de empresas empleadoras o contratantes las condiciones de trabajo de sus miembros, en lo que se denomina una negociación sectorial o por industria.

La capacidad de negociación por industria está reconocida por la OIT a través de los pronunciamientos del CLS “954. Los empleadores deberían reconocer a las organizaciones representativas de trabajadores en una industria determinada a los fines de la negociación colectiva” (OIT, 2006). El Comité también se ha encargado

de precisar a los Estados miembros que “990. La legislación no debería obstaculizar la negociación colectiva a nivel de industria.” (OIT, 2006).

Esta modalidad de negociación colectiva que ha sido denominada de industria o sectorial, puede ser definida por la doctrina como aquella que “(...) se realiza entre las organizaciones de los trabajadores y de los empleadores de un determinado sector de la economía, con el objetivo de definir a través de un convenio colectivo las relaciones de trabajo aplicables a todo el sector”. (Fernández, Lanzilotta, Mazzuchi, & Perera, 2008, pp. 19-20).

En Colombia dicha modalidad de negociación no se encuentra expresamente consagrada en el CST, lo que ha llevado a posiciones contradictorias. Por un lado, se encuentran quienes aducen que al no existir una reglamentación concreta de dicha modalidad de negociación, la misma no tiene aplicación en nuestro ordenamiento interno. De otra parte, están quienes argumentan que el ejercicio del derecho de negociación colectiva, de rango constitucional, no se encuentra condicionado a que exista una norma que lo regule.

El doctor Canessa realiza un análisis de los conceptos de libertad positiva y negativa en autores como Bobbio y Alexy, expresa sobre la dicotomía formulada:

La normativa estatal no debe entorpecer el ejercicio de la libertad sindical incluyendo la negociación colectiva. En otras palabras, su condición de derecho-libertad plantea que su ejercicio no requiere estar expresamente establecido para materializarlo, lo que sería la libertad negativa del derecho de negociación colectiva. Así, el ejercicio del derecho de negociación colectiva se ejercita sin dificultades mientras no se encuentre expresamente prohibido. (Canessa, 2016, p. 5)

En similar sentido señalan Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (1992) en cuanto al derecho de libertad sindical que los procesos de negociación colectiva y sus resultados no necesitan, para su efectivo ejercicio, una mediación legislativa; antes bien, suponen una limitación a las posibilidades de la regulación legal de la negociación colectiva y del convenio colectivo, así como del establecimiento de otras restricciones a uno y otro por parte de los poderes públicos.

De otra parte, el componente de libertad positiva del derecho de asociación sindical significa para el doctor Canessa la protección jurídica de su ejercicio respecto del Estado y de terceros, especialmente, el empleador u otros trabajadores. Uniendo los componentes de libertad en su sentidos positivo y negativo, el autor concluye que:

El derecho de negociación colectiva como derecho-libertad significa no solo la ausencia de interferencia del Estado en su ejercicio, sino la posibilidad real de ejercitarlo dentro del marco establecido legalmente y el reconocimiento efectivo de que los sindicatos y/o los trabajadores – titulares del derecho– gozan de la capacidad de ejercitarlo. (Canessa, 2016, p. 5)

Partiendo de esta posición doctrinal podemos postular que habiendo una expresa consagración constitucional del derecho de asociación sindical y una interpretación extensiva sobre los convenios relativos a la materia que Colombia como Estado miembro de la organización se ha obligado a cumplir, no se hace necesario o un desarrollo legislativo del derecho a la negociación colectiva para sostener que esta, en su dimensión sectorial o de industria, es posible en nuestro país.

Esta posición se haya en armonía con la interpretación del CLS en cuanto a que los Estados miembros no deben obstaculizar la negociación colectiva a nivel de industria o sectorial. De esta manera, aun cuando dicha categoría dentro del derecho de negociación de las condiciones del empleo no cuente con un desarrollo por parte del legislador, esto no puede interpretarse como una prohibición de

ejercitarla, toda vez esto sería violatorio de la libertad sindical en su componente de negociación.

Ahora bien, podemos incluso ir más allá y defender argumentativamente una consagración expresa de la negociación colectiva sectorial de acuerdo con el contenido del artículo 467 del CST que señala que la convención colectiva de trabajo es celebrada entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra.

Dicha disposición a su vez puede generar discusiones en torno a la representatividad de las partes en la negociación. Si bien autores como González Herazo (2010) señalan que en la legislación colombiana, más en la teoría que en la práctica, se permite con fundamento en el artículo antes mencionado la negociación entre uno o varios empleadores o asociaciones de empleadores, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, en el caso de negociaciones de sindicatos de industrias o por rama de actividad económica y gremiales, se presenta la dificultad de que no existe disposición alguna que señale cómo están representados los empleadores de estas negociaciones. (pp. 256-257)

Al respecto consideramos que la ausencia de una estructura asociativa extendida de los empleadores por industria en el caso colombiano no puede constituir en todo caso un obstáculo para el inicio de negociaciones por industria o sector.

En el mismo sentido el doctor Canessa (2016) ha señalado que la dificultad en el caso colombiano es que los gremios empresariales no se caracterizan por su conformación en todas las actividades económicas, de modo que puede producirse que en una rama de actividad económica no exista una asociación empresarial. (p. 16). Sin embargo, la posición del doctrinante es que el propio artículo 467 resuelve ese supuesto cuando señala que la parte empresarial pueden ser “varios

empleadores”, lo que significa que la parte laboral legitimada presenta su pliego de peticiones de manera simultánea a los empleadores del sector.

Compartimos la posición del autor en este sentido al considerar, como él lo hace, que la ausencia de una asociación empresarial de la rama de actividad económica tampoco puede ser un obstáculo legal para el ejercicio de la negociación colectiva en ese nivel.

Que la negociación por industria o sectorial no haya tenido un desarrollo extendido en la práctica no puede ser el argumento para no llevar a la práctica un mecanismo que es común en otros países de Latinoamérica como una herramienta que permite que empleadores y trabajadores participen de forma conjunta y activa en la configuración de las condiciones de los empleos que hacen parte de una actividad productiva concreta.

Como lo recuerdan Jaimes, Echeverry y Valencia (2016) la OCDE, en lo respectivo al mundo del trabajo en Colombia en su esfera colectiva ha formulado recomendaciones dentro de las cuales está la implementación de un modelo de negociación de dos niveles:

(...) estructura de negociación colectiva en la cual un número plural de empleadores acuerdan determinar mínimos y en ocasiones máximos niveles de pago, lo cual a su vez está complementado por acuerdos desarrollados por cada empleador de manera individual. (Boeri, 2014, pp. 2-3).

Posición que dicha organización ha reiterado al señalar que en Colombia se hace necesaria la implementación de un modelo de negociación de dos niveles en el cual la negociación al nivel de las empresas se acople o complemente con la negociación sectorial, frente a salarios básicos y condiciones laborales. (OCDE, 2016)

Como lo plantea la doctora Alejandra Cox (2017), entre algunos de los países que han desarrollado satisfactoriamente esta experiencia de negociación colectiva a dos niveles, es decir, a nivel sectorial con un posterior complemento de negociación a nivel de cada empresa particular, podemos mencionar el caso de Portugal. En otros Estados como Australia, Bélgica, Finlandia, Francia, Países Bajos, Noruega, España y Suecia la negociación se da en tres niveles, donde los acuerdos de nivel inferior pueden complementar a los de nivel superior.

Esta posibilidad de negociar en dos niveles o instancias es especialmente atractiva para el caso colombiano, ya que aunque postula una negociación de sector que regule condiciones generales básicas del empleo en esa industria, también posibilita que a nivel de empresa se sigan negociando acuerdos particulares con los sindicatos de estas.

Debe señalarse además que la negociación colectiva por industria ha demostrado ser exitosa en la práctica con las experiencias en otros sistemas jurídicos. Podemos tomar como ejemplo el caso de Alemania, donde, como recuerda la doctora Alejandra Cox (2017), la gran mayoría de los convenios colectivos se llevan a cabo a nivel sectorial, diferenciados por regiones. Con algunas excepciones (como Volkswagen), la negociación a nivel de empresa se da sólo en las pequeñas empresas cuyos acuerdos separados siguen de cerca los acuerdos sectoriales.

Es claro entonces que debería ser una obligación del gobierno nacional el realizar los correspondientes estudios de factibilidad e implementación de este tipo de negociación, ello en desarrollo de la obligación que le impone el artículo 55 constitucional, que le impone el deber de promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

Al momento de abordar el estudio de la viabilidad jurídica y práctica de la negociación de industria en Colombia, una de las situaciones que requiere ser objeto de estudio es la posible coexistencia de un acuerdo convencional de industria

con uno o varios suscritos por el o los sindicatos de base de que sea parte el trabajador.

Debemos recordar que el artículo del CST que consagraba la prohibición de que un trabajador fuera parte de varios sindicatos fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-797-00 del 29 de junio de 2000.

A partir de dicho pronunciamiento se presentaba una discusión sumamente relevante: ¿Qué hacer cuando el trabajador pertenece a varios sindicatos que tienen suscritas varias convenciones colectivas con un empleador? ¿Se podría beneficiar en su totalidad de ambas? ¿Podría beneficiarse parcialmente solo de una de ellas? ¿Podría escoger parcialmente el clausulado que se le debe aplicar?

Fue la Corte Suprema de Justicia la encargada de fijar la interpretación vigente:

Para abordar tales temas debe empezar la Corte por precisar que en la actualidad los trabajadores pueden ser afiliados a diversas organizaciones sindicales, ya que la prohibición que al respecto disponía el artículo 360 del C. S. del T., desapareció como consecuencia de la declaración de inexecutable que sobre dicho precepto profirió la Corte Constitucional en la Sentencia C797 de 2000.

Por tanto, aun cuando es viable jurídicamente que un trabajador pueda ser parte de varios sindicatos, en caso de que existan diversas convenciones colectivas suscritas por las organizaciones que integra, y de las cuales un mismo trabajador sea beneficiario de todas ellas, ello no significa que pueda aprovecharse simultáneamente de cada una, pues la libertad sindical debe entenderse para tales efectos, como que el asalariado debe escoger entre los distintos convenios aquel que mejor le convenga a sus intereses económicos, ello con el

fin de evitar que el trabajador reciba duplicidad o más beneficios convencionales. (Corte Suprema de Justicia, SL 33998, 2008)

En tal sentido, si llegaren a coexistir un acuerdo surgido de una negociación por industria o sector económico con una convención colectiva de base respecto de un trabajador particular, este deberá escoger el convenio que considere conveniente para una aplicación integral del mismo.

Esta regla jurisprudencial, que no es otra cosa que la materialización del principio de favorabilidad en su componente de norma más favorable puede verse replicada a nivel legislativo en otras legislaciones. Un ejemplo de ello sería la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de Perú que señala en su artículo 45:

Las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una. En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad. Podrán negociarse a nivel de empresa las materias no tratadas en una convención a nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa. (Subrayado fuera del texto original) (Ley de relaciones laborales del Perú, art. 45)

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta en un escenario de implementación de negociación colectiva de industria, será de vital importancia determinar la aplicación del acuerdo marco sectorial de forma general, complementado a través de las negociaciones particulares que hagan los sindicatos de base con las respectivas empresas a las cuales pertenecen.

Podemos concluir sobre este apartado que la implementación de la negociación colectiva por industria en Colombia evidentemente tendría que verse enfrentada a las anteriores y a otras críticas o dificultades prácticas. No obstante, los párrafos

anteriores tratan de evidenciar que de la ausencia de legislación específica sobre la materia no es posible concluir una prohibición o limitación del ejercicio de la libertad sindical en este sentido y que las experiencias al respecto en otras geografías pueden ser un excelente punto de partida a través del análisis mediante el derecho comparado.

Consideramos que una interpretación restrictiva en cuanto al desarrollo de la negociación por industria o sectorial sería evidentemente contraria a los preceptos del Convenio 154 de la OIT, ratificado por Colombia y parte del denominado bloque de legalidad.

Los argumentos expuestos nos permiten sostener que la negociación colectiva sectorial o de industria al ser llevada a la práctica constituiría un mecanismo perfectamente viable para que los miembros de las organizaciones sindicales que han decidido ejecutar un contrato sindical puedan ejercer su derecho a la negociación colectiva.

A través de ella sindicatos gremiales, oficios varios y de las diferentes industrias o sectores de la economía podrían generar inputs o demandas tanto a empleadores particulares como al Estado, con el objeto de lograr reestructuraciones que les resulten favorable en cuanto a las condiciones laborales de quienes los componen. Lograr acuerdos marco sectoriales sería una garantía frente al principio de igualdad constitucional para todos aquellos trabajadores que prestando sus servicios en una misma industria ven que sus condiciones laborales no siempre son las mismas que otros trabajadores con el mismo perfil profesional, las mismas funciones y la misma carga laboral.

De esta manera organizaciones sindicales que prestan servicios o ejecutan obras en los términos fijados por los artículos 482 y siguientes del CST, podrán vincularse a esta discusión sectorial y tener una participación en la discusión sobre las condiciones de trabajo de sus afiliados.

Como es lógico, deberá ser el gobierno nacional el en cargado de estructurar las políticas necesarias para que la negociación sectorial o de industria pueda llevarse a la práctica de forma satisfactoria. Dentro de los aspectos más relevantes para poder calificar el éxito de dichas políticas, deberá considerarse necesariamente la integración de las organizaciones gremiales y de industria que en el marco de la libertad sindical desarrollan la contratación colectiva sindical.

1.3. ESTRUCTURACIÓN DE UN RÉGIMEN DE COMPENSACIONES QUE CONTEMPLE UNOS DERECHOS MÍNIMOS PARA LOS TRABAJADORES ASOCIADOS QUE PARTICIPEN EN LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO SINDICAL.

El trabajo humano, sin importar la forma que este asuma, debe ser digno y justo. Así lo contempla nuestra Constitución Política y los diferentes convenios internacionales que en materia de empleo la complementan.

Consideramos que en todas las modalidades del trabajo esta dignidad se materializa cuando se desarrollan y garantizan los principios mínimos fundamentales del empleo que contempla el artículo 53 constitucional.

No es la excepción en el caso del trabajo que desarrollan los afiliados partícipes de un sindicato, a quienes deben garantizárseles: un salario mínimo vital y móvil que permita suplir sus necesidades básicas de subsistencia y de quienes se encuentren a su cargo; afiliación a un sistema de aseguramiento contra contingencias comunes y propias del empleo; estabilidad en el trabajado desarrollado si cumplen con la carga de funciones asignadas; etc.

La Corte Constitucional ha dicho que el ejercicio del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas comporta “su realización en un entorno sin

características humillantes o degradantes o que desconozca los principios mínimos fundamentales establecidos por la Constitución, y además que permita su desarrollo en condiciones equitativas para el trabajador” (Subrayado fuera del texto original) (Corte Constitucional, C-107, 2002)

Tenemos entonces que dentro de la lógica del derecho laboral un empleo que se abstraiga del respeto por los principios mínimos fundamentales del artículo 53 constitucional no puede considerarse como digno y justo.

Es importante reiterar que este paradigma es aplicable a todas las formas del trabajo, escapando de la modalidad del contrato individual de trabajo. Así, la Corte Constitucional ha precisado:

Puesto que trabajo es, tanto la actividad que se ejecuta bajo subordinación en el marco de una relación laboral contractual o reglamentaria, como la que realizan sin subordinación y sin relación laboral los trabajadores independientes, resulta que el derecho a condiciones dignas y justas en su ejercicio, consagrado en los artículos 25 y 53 de la Carta Política para toda persona, se extiende más allá del grupo conformado por los empleados vinculados contractual o reglamentariamente con su empleador, y cubre a todos los trabajadores, así el desarrollo legal de este derecho no sea igual para todos ellos. (Corte Constitucional, Sentencia T-648, 1999)

En este sentido, siendo el contrato colectivo laboral una figura del derecho laboral colectivo que regula una de las muchas formas en que puede manifestarse el trabajo, le resultan aplicables los postulados que hemos venido exponiendo.

En igual sentido la Sentencia C- 200 del 2019 al referirse a la protección de todas las modalidades de trabajo indicó:

De otra parte, la jurisprudencia ha considerado que el marco de protección estatal al trabajo no se agota con el amparo al empleo dependiente sino también en la efectividad de su ejercicio independiente. Si la fuerza laboral se considera como un instrumento mediante el cual se obtienen los recursos necesarios para lograr una vida digna y como un mecanismo de realización personal y profesional, es lógico concluir que son objeto de garantía superior tanto el empleo como todas las modalidades de trabajo lícito. De hecho, la Constitución de 1991 protege las diversas formas de ejercer tales actividades. A modo ilustrativo, ello puede inferirse de la protección de la constitución de empresa como herramienta de trabajo base del desarrollo económico y con función social (artículo 333 Superior); del establecimiento de una salvaguarda de los derechos de los trabajadores vinculados a la empresa con un mínimo de derechos irrenunciables e intransferibles (artículos 53 y 54 de la Carta) y de la determinación de un mínimo de condiciones laborales para los trabajadores al servicio del Estado (artículos 122 a 125 de la Constitución). (Subrayado fuera del texto original) (Corte Constitucional, Sentencia C- 200, 2019)

Luego de exponer que la protección estatal no se limita a una forma de trabajo en concreto, sino a toda manifestación de empleo lícito, continúa indicando que incluso en las formas de flexibilización laboral, que el legislador puede estipular en el marco de la libertad de configuración legislativa, deben garantizarse la dignidad y la justicia como condiciones de todo trabajo:

De lo anterior puede deducirse que la ley no está obligada a regular formas precisas o únicas de acceso al empleo, puesto que, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, el Legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa, siempre y cuando respete los límites previstos directamente en la Constitución. Bajo este

marco normativo, el Legislador ha creado figuras que flexibilizan el clásico contrato laboral y generan nuevas modalidades de contratación y de asociación para fines productivos. Estas figuras han sido analizadas por la Corte Constitucional, quien ha admitido la creación de estas nuevas tipologías, pero ha impuesto límites encaminados a evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el desarrollo del derecho al trabajo. (Subrayado fuera del texto original) (Corte Constitucional, Sentencia C- 200, 2019)

Esto se adecua a lo que se ha venido exponiendo en los capítulos precedentes en cuanto a lo innecesario que resulta regular en todos sus aspectos cada forma en que el trabajo humano se manifiesta, ello por cuanto existe el suficiente fundamento constitucional para que a toda forma de trabajo se garanticen ciertas condiciones mínimas que la dignifiquen.

Ahora bien, es necesario armonizar el artículo 53 constitucional con el principio de libertad sindical y la autonomía propia de las organizaciones de trabajadores al momento de estructurar el reglamento de cada contrato sindical en los términos del artículo 2.2.2.1.28 del DUR 1072 de 2015.

De esta manera, consideramos que si bien la consagración escrita o positivizada de los referidos mínimos del empleo no es necesaria para la existencia y exigibilidad de estos, si será positivo que los afiliados que participan en un contrato sindical cuenten con un instrumento jurídico como el reglamento del contrato sindical que contemple de forma detallada y clara los derechos que les son propios.

Este listado de garantías y derechos propios de la calidad de afiliados partícipes, como es claro, no necesariamente deben corresponder con los mínimos indicados, sino que pueden establecer condiciones más beneficiosas para los asociados.

Dentro de los mínimos fundamentales que consideramos deben enlistarse al momento de promulgar el reglamento del contrato sindical se encuentran:

1. El pago de seguridad social por parte de la organización sindical y del afiliado participe en las mismas proporciones que corresponderían a empleador y trabajador subordinado.
2. Las causales de retiro deben estructurar un marco objetivo y un procedimiento disciplinario que garantice integralmente el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.
3. El derecho a una estabilidad relativa en la condición de afiliado participe que garantice continuar ejecutando un contrato sindical mientras las condiciones que le dieron origen sigan existiendo y el contrato se continúe renovando o prorrogando.
4. Pago de compensación básica no inferior al SMLMV y con equivalentes sindicales a los conceptos de primas de servicios, cesantías, e intereses sobre las cesantías.
5. Descanso remunerado no inferior a 15 días hábiles y luego de un periodo de servicio no superior a 1 año, que tenga por objeto que el trabajador pueda reestablecer su fuerza de trabajo.
6. Lo relativo a la estructuración y aplicación del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo de los afiliados partícipes.
7. Beneficios sindicales adicionales a los que tienen derecho los afiliados partícipes de la ejecución del contrato.
8. Irrenunciabilidad de los derechos mínimos contemplados en el reglamento.

Ahora bien, en aquellos casos en los cuales que una organización sindical actuando en forma irregular llegare a desconocer estos derechos mínimos irrenunciables de sus afiliados partícipes, consideramos que existe fundamento normativo para que en tales situaciones se materialice el control administrativo y judicial respectivo, que identifique y sancione a aquellas organizaciones que asumiendo la forma de

sindicatos realizan intermediación laboral a través del contrato colectivo sindical y desnaturalizan la finalidad de estas organizaciones.

La propuesta implícita de la CUT en su queja ante el CLS de suprimir la figura del contrato sindical porque algunos le han dado un uso incorrecto, no puede ser de recibo. Acoger tal posición sería tanto como postular como válida la supresión o prohibición del cooperativismo en nuestro ordenamiento jurídico porque algunas personas han hecho un uso indebido de este para violentar derechos laborales.

Debe quedar claro hasta este punto que la contratación sindical en un escenario objetivo y según la argumentación que se ha estructurado, es perfectamente válida y ajustada al principio de libertad sindical en el sentido en que esta es entendida por nuestra jurisprudencia constitucional y por la propia OIT.

Sin embargo, en la referida queja se indica:

291. La organización querellante manifiesta por otra parte que, a pesar de su responsabilidad de velar por el cumplimiento de las normas laborales, el Ministerio de Trabajo no ha realizado ningún tipo de labor de inspección o vigilancia a las organizaciones sindicales y empresas que usan el contrato sindical. Tampoco ha alertado al legislador sobre los vacíos legales en la regulación del contrato sindical, cuya ambigüedad parece permitir cualquier exclusión de los derechos laborales. Tampoco ha solicitado al juez laboral la cancelación del registro sindical de los falsos sindicatos que suscriben contratos sindicales. De manera específica, la organización querellante manifiesta que las querellas administrativas laborales presentadas hasta la fecha en materia de contratos sindicales no han dado lugar a una protección efectiva de parte del Ministerio de Trabajo. (OIT, 2017)

Compartimos enteramente la posición de la CUT en este sentido. En Colombia se encuentra expresamente contemplada la facultad y deber de inspección y vigilancia por parte del Ministerio del Trabajo sobre las organizaciones sindicales. Se acota, que esta facultad debe armonizarse con la prohibición de injerencia por parte de la rama administrativa o ejecutiva sobre las organizaciones sindicales, con la finalidad de que no se afecte su independencia.

Como lo indica el artículo 25 de la carta es deber del Estado garantizar su protección en todas sus modalidades, y en tal sentido, lograr que las instituciones políticas y jurídicas que lo componen, así como todo proyecto económico particular, tengan siempre presente que es la persona el objetivo, razón, medida y destino final de su establecimiento. (Corte Constitucional, C-479, 1992)

Siendo el trabajo el eje central de la vida y desarrollo de cada sociedad “toda medida, bien sea la adopción de una política pública, la regulación de las relaciones en las empresas del Estado o las decisiones de los empresarios privados, que afecte las condiciones de trabajo, debe ajustarse al artículo 25 de la Constitución que garantiza unas condiciones dignas y justas por fuera de las cuales nadie está obligado a trabajar” (Corte Constitucional, T-677, 2001)

Es por lo expuesto que consideramos que en los casos en los que se presente un uso indebido del contrato sindical para el desconocimiento de derechos laborales debe hacerse uno del proceso judicial especial que permite sancionar a aquellas organizaciones sindicales falsas que puedan hacer un mal uso del contrato sindical. Esta es la figura de la cancelación del registro sindical, es decir, la supresión de la personería jurídica del sindicato y por tanto su facultad pasa ser titular de derechos y obligaciones.

El marco regulatorio ante este supuesto fáctico se encuentra contemplado en el artículo 380 del CST:

Artículo 380. Sanciones.

1). Cualquier violación de las normas del presente título, será sancionada así:

a) Si la violación es imputable al sindicato mismo, por constituir una actuación de sus directivas, y la infracción o hecho que la origina no se hubiere consumado, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social prevendrá al sindicato para que revoque su determinación dentro del término prudencial que fije;

b) Si la infracción ya se hubiere cumplido, o sí hecha la prevención anterior no se atendiere, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social procederá a imponer multas equivalentes al monto de una (1) a cincuenta (50) veces el salario mínimo mensual más alto vigente,

c) Si a pesar de la multa, el sindicato persistiere en la violación, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá solicitar de la Justicia de Trabajo la disolución y liquidación del sindicato, y la cancelación de la inscripción en el registro sindical respectivo.

2). Las solicitudes de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical se formularán ante el juez del trabajo del domicilio del sindicato o, en su defecto, del circuito civil y se tramitarán conforme al procedimiento sumario que se señala a continuación:

a) La solicitud que eleve el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá expresar los motivos invocados, una relación de los hechos y las pruebas que se pretendan hacer valer;

b) Recibida la solicitud el juez, a más tardar el día siguiente, ordenará correr traslado de ella a la organización sindical, mediante providencia que se notificará personalmente;

c) Si no se pudiere hacer la notificación personal, dentro de los cinco (5) días siguientes, el juez enviará comunicación escrita al domicilio de la organización sindical, anexando constancia del envío al expediente;

d) Si al cabo de cinco (5) días del envío de la anterior comunicación no se pudiere hacer la notificación personal, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por término de cinco (5) días cumplidos los cuales se entenderá surtida la notificación;

e) El sindicato, a partir de la notificación, dispone de un término de cinco (5) días para contestar la demanda y presentar las pruebas que se consideren pertinentes;

f) Vencido el término anterior el juez decidirá teniendo en cuenta los elementos de juicio de que disponga dentro de los cinco (5) días siguientes, y

g) La decisión del juez será apelable, en el efecto suspensivo, para ante el respectivo Tribunal Superior del Distrito Judicial, el cual deberá decidir de plano dentro de los cinco (5) días siguientes al en que sea recibido el expediente. Contra la decisión del Tribunal no cabe ningún recurso.

La norma referida ya ha surtido el debido debate de constitucionalidad. La Corte indicó en dicha oportunidad:

El artículo 52 de la Ley 50 de 1990 en su numeral 2o. consagra la posibilidad que tiene el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de acudir ante la justicia ordinaria en solicitud de la suspensión o cancelación de la personería jurídica de los sindicatos y al efecto se consagró un procedimiento especial y expedito.

(...) Al preverse la posibilidad de acudir ante un juez para solicitar la suspensión y cancelación de la personería jurídica de los sindicatos, no se está vulnerando el Convenio antes mencionado ya que lo que prohíbe éste es la disolución o suspensión por vía administrativa. Esto mismo se consagra en la Constitución Nacional en el artículo 39 inciso 3º. (Corte Constitucional, C-096, 1993)

En este sentido, es claro que existen las herramientas jurídicas para que desde el campo administrativo se inicien acciones judiciales tendientes a cancelar la personería jurídica de aquellas falsas organizaciones que haciendo un uso indebido de la figura del sindicato busquen desconocer derechos de los afiliados que lo componen.

Si bien es cierto que este mecanismo judicial no es de uso común en la práctica judicial, es deber del Estado colombiano explicar en el marco de la queja que actualmente se tramita ante el CLS, que nuestra legislación cuenta con este importante camino procesal para que desde el Ministerio del Trabajo se lleven las situaciones anómalas respecto de la contratación sindical ante la justicia ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social.

De esta manera se respeta plenamente la prohibición de disolución de las organizaciones sindicales por vía administrativa, pues aunque el proceso referido inicie con una demanda por parte de una entidad de tipo administrativo como el Ministerio del Trabajo, será el juez laboral quien a partir de la demanda impetrada decida sobre la continuidad de la organización sindical.

A través del camino procesal que se ha expuesto el Estado colombiano buscaría cumplir su deber constitucional de garantizar un trabajo que atienda a condiciones de dignidad y justicia, protegiendo los derechos laborales de aquellos afiliados partícipes sobre quienes se considere un sindicato no está cumpliendo la finalidad

que le es propia, esto es, el buscar mejores condiciones de trabajo para sus asociados.

CONCLUSIONES

La investigación adelantada nos permitió realizar un estudio detallado de la naturaleza jurídica del contrato sindical y categorizarlo como una modalidad jurídica para la subcontratación de procesos que es contemplada por nuestra legislación y validada por la OIT.

De esta manera logramos verificar que la posibilidad de que las organizaciones sindicales ejecuten servicios o desarrollen obras en favor de un contratante se adecúa al principio de libertad sindical, de acuerdo con el concepto que estudiamos de esta a través de la jurisprudencia de la OIT y de la Corte Constitucional.

Fueron revisados con este fin los derechos democráticos que se dan al interior de las organizaciones sindicales al momento de estructurar un reglamento para cada contrato celebrado, y las condiciones del empleo que tienen aquellos trabajadores que deciden asumir la calidad de partícipes en la ejecución de un contrato sindical.

A partir de la argumentación que aboga por la prohibición de la contratación sindical en Colombia, logramos corroborar que esta no constituye por sí misma un mecanismo ilegal de intermediación laboral, más allá de la ilicitud en la que podría incurrir cualquier otra modalidad contractual que de forma indebida ocupe la función especial que la ley otorga a las EST.

No obstante, la disección de las críticas planteadas y el estudio de derechos como la negociación colectiva, la estabilidad en el empleo, y los de tipo remuneratorio, permitió evidenciar la existencia de garantías y principios del empleo que pueden tener un margen de mejora en esta modalidad contractual.

Lo anterior nos motivó a plantear una reconfiguración en algunos de los aspectos que constituyen hoy día la práctica de la contratación sindical. De este modo presentamos propuestas claras en torno al principio de estabilidad en el empleo,

frente al derecho de negociación colectiva y propusimos unos mínimos en materia de compensaciones para que todo reglamento de un contrato sindical se adecúe a los principios del trabajo humano que estipula el artículo 53 constitucional.

De igual manera se dejó indicado un procedimiento judicial a través del cual el Ministerio del Trabajo puede sancionar a aquellas organizaciones que haciendo un uso indebido de la figura estudiada violenten los derechos laborales de los afiliados que las componen.

El trabajo realizado nos permitió comprobar la hipótesis inicialmente formulada y cumplir con el objetivo principal planteado, esto es, demostrar que la contratación sindical constituye un mecanismo ajustado al principio de libertad sindical y válido para que a través de la ejecución de un servicio o el desarrollo de una obra las organizaciones de trabajadores persigan fines que les son propios, como la promoción del trabajo y condiciones laborales satisfactorias para sus asociados.

Creemos que la seriedad académica con la que se ha abordado la investigación permitirá a quien consulte en los sucesivos estas páginas el tener una visión más clara de la contratación sindical y entender a la misma como una de las múltiples formas en que el principio de libertad sindical puede materializarse en la práctica.

LISTA DE REFERENCIA

DOCTRINA

Barona Betancourt, R. (2011). Revisión al contrato colectivo sindical. *Revista médico legal*, 17(2), 6-12. Recuperado de <http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2011/2/Revision%20al%20contrato%20colectivo%20sindical%20-%20Tema%20de%20portada.pdf>.

Barona Betancourt, R. (2016). El contrato colectivo sindical. En Universidad Externado de Colombia (Coord.), *Lecciones de derecho laboral: Homenaje por los 130 años de la Universidad Externado de Colombia* (pp. 615-633). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Barona Betancourt, R. (2019) *El contrato sindical: expresión de la libertad sindical y garantía del trabajo digno*. (Tesis doctoral). Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala.

Boeri, T. (2014). Two-Tier Bargaining. Discussion Paper No. 8358. Bonn, Germany: Bocconi University-IGIER, CEP, FRDB and IZA. Recuperado de <http://ftp.iza.org/dp8358.pdf>

Canessa Montejo, Miguel. (2016). La negociación colectiva de la rama de actividad en Colombia. *UNA Revista de Derecho*. (1), 1-32. Recuperado de <https://una.uniandes.edu.co/images/pdf-edicion1/articulos/Canessa2016-Articulo-UNA-Revista-de-Derecho.pdf>

Correa Henao, Magdalena. (2014). *El deber de libertad de ganarse la vida Serie de documentos de trabajo*. Departamento de Derecho Constitucional. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Cox, Alejandra. E. (2017) Negociación colectiva y sus reglas: evidencia internacional. *Serie informe económico* (268), 1-32. Recuperado de <https://lyd.org/wp-content/uploads/2017/12/sie-268-negociacion-colectiva-y-sus-reglas-evidencia-internacional-noviembre2017.pdf>

De Lafont de León y Niño Chavarro. (2016). La libertad sindical en el mundo del trabajo en el marco del derecho internacional del trabajo, la Constitución Política colombiana y el Código Sustantivo del Trabajo. En Universidad Externado de Colombia (Coord.), *Lecciones de derecho laboral: Homenaje por los 130 años de la Universidad Externado de Colombia* (pp. 543-613). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

De Lafont de León, Francisco Rafael Ostau. (2017). *La libertad sindical en el mundo del trabajo en Colombia / Francisco Rafael Ostua de Lafont de León*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Delgado Bernal Carlos Ignacio. (2016). Los órganos de control de la OIT. En Universidad Externado de Colombia (Coord.), *Lecciones de derecho laboral: Homenaje por los 130 años de la Universidad Externado de Colombia* (pp. 303-320). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Escobar Henríquez, F. (2001). *Principios del derecho laboral en la nueva constitución nacional, Actualidad Laboral*. 1ª Ed. Bogotá: Legis.

Fernández, Lanzilotta, Mazzuchi, & Perera. (2008). La negociación colectiva en Uruguay: Análisis y alternativas. Recuperado de <http://www.cinve.org.uy/wp-content/uploads/2013/01/Negociacion-Colectiva.pdf>

González Herazo, E. R. (2010). La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.

Guerrero Figueroa, Guillermo. (2011). *Derecho colectivo del trabajo*. 11ª ed. Bogotá, Colombia: Temis.

Jairo Jaller Jaimes, Gabriel Agustín Echeverry Quintana y Andrés Felipe Valencia Ferrero. (2016). Aproximación a la negociación colectiva de industria en Colombia. Univ. Estud. (14). 23-44. Recuperado de <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/7912168/2-APROXIMACI%C3%93N.pdf/7c66ba14-ebec-427d-a60c-23cc1b94cd20>

López Medina, D.E. (2017). *El derecho de los jueces*. 16ª Ed. Bogotá, Colombia: Legis.

Manrique Villanueva, J. E. (2017). *Introducción al concepto de derecho del trabajo y su vínculo con las formas de trabajo independiente, parasubordinado y autogestionario*. Bogotá, Colombia: Universidad del Externado.

Murgas Torraza, R. (1987). *La extinción de la relación laboral*. Lima, Perú: AELE Editorial.

Pasco Cosmopolis, M. (1989). Estabilidad en el empleo y contratación precaria. En Pla, A., De Buen, N., Giglio, W., Montoya, A., Murgas, R., Albuquerque, R., Pasco M., Estabilidad en el empleo, solución de conflictos de trabajo y concertación social. España: Universidad de Murcia.

Pérez García, M. (2016). *Contratación laboral, intermediación y servicios: La tercerización laboral y la de bienes y servicios*. 2ª ed. Bogotá, Colombia: Legis.

Rodríguez, M. (2011). *Claves para entender los nuevos derechos humanos*. Madrid: Los libros De La Catarata.

Rodríguez-Piñero, & Bravo-Ferrer, M. (1992). La negociación colectiva como derecho de libertad y garantía institucional. *Relaciones laborales* (7), 3.

Suarez González, F. (1987). Tendencias del Derecho del Trabajo en cuanto a la garantía del empleo. *Derecho Laboral*, (145), 106.

Vargas Ávila, R. (2010). El sindicato y sus retos ante las transformaciones económicas y sociales. *Revista Prolegómenos*, (3).

DOCUMENTOS TÉCNICOS

Escuela Nacional Sindical. (2018). El contrato sindical a la luz del Trabajo Decente: contradicciones del contrato sindical como forma de Negociación Colectiva. Recuperado de <https://www.ilo.org/global/topics/collective-bargaining-labour-relations/lang--es/index.htm>

Ministerio de la Protección Social. (2010). Cartilla contrato sindical.

OECD. (2016). OECD Reviews of Labour Market and Social Policies: Colombia. Paris: OECD Publishing. Recuperado de http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/social-issues-migration-health/oecd-reviews-of-labour-market-and-social-policiescolombia-2015_9789264244825-en#page1

OIT (2017). Informe núm. 387, octubre 2018. Caso núm. 3137 (Colombia). Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3964337

OIT. (2018). La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Recuperado de https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_090634/lang--es/index.htm

NORMATIVIDAD

Código Civil (1887) 42 Ed. Legis.

Código Sustantivo del Trabajo (1950) 36 Ed. Legis.

Congreso de Colombia. (27 de octubre de 1944). [Decreto 2350 de 1944]. DO: 25.679.

Congreso de Colombia. (14 de marzo de 1945). [Ley 6 de 1945]. DO: 25.790.

Congreso de Colombia. (1 de enero de 1991). Artículo 77 [Ley 50 de 1990]. DO: 39.618.

Congreso de Colombia. (11 de febrero de 1997). Artículo 26 [Ley 361 de 1997]. DO: 42.978.

Congreso de Colombia. (2 de marzo de 2006). [Decreto 657 de 2006]. DO: 46.199.

Congreso de Colombia. (22 de julio de 2008). [Ley 1233 de 2008]. DO: 47.058.

Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 2010). Artículo 63 [Ley 1429 de 2010]. DO: 47.937.

Congreso de Colombia. (28 de abril de 2010). [Decreto 1429 de 2010]. DO: 47.694.

Congreso de Colombia. (8 de junio de 2011). [Decreto 2025 de 2011]. DO: 48.094.

Congreso de Colombia. (26 de mayo de 2015). [Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015]. DO: 49.523.

Congreso de Colombia. (12 de enero de 2016). [Decreto 036 de 2016]. DO: 49.753.

Congreso de Colombia. (8 de abril de 2016). [Decreto 583 de 2016]. DO: 49.838.

Constitución de la OIT (1919)

Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 25. 42 Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 39. 42 Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 53. 42 Ed. Legis

Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 55. 42 Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 56. 42 Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 93. 42 Ed. Legis.

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de la OIT (1998)

Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de Perú (Ley 25593). Artículo 45.

OIT. Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948).

OIT. Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949).

OIT. Convenio 154, sobre la negociación colectiva (1981).

Recomendación 198 de la OIT (2006)

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo (6 de julio de 2017) [C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez]

Corte Constitucional. (13 de agosto de 1992) Sentencia C-479 de 1992. [MP José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (27 de febrero de 1993) Sentencia C-096 de 1993. [MP Simón Rodríguez Rodríguez].

Corte Constitucional. (24 de abril de 1995) Sentencia T-173 de 1995. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (7 de diciembre de 1995) Sentencia C- 588 de 1995. [MP Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. (4 de febrero de 1998) Sentencia C-016 de 1998. [MP Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional. (2 de septiembre de 1999) Sentencia T-648 de 1999. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (5 de abril de 2000) Sentencia C-385 de 2000. [MP Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. (29 de junio de 2000) Sentencia C-797 de 2000. [MP Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. (28 de junio de 2001) Sentencia T-677 de 2001. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional. (14 de febrero de 2002) Sentencia C-107 de 2002. [MP Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional. (14 de mayo de 2008) Sentencia C-465 de 2008. [MP Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (25 de junio de 2008) Sentencia C- 617 de 2008. [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (3 de septiembre de 2008) Sentencia C-858 de 2008. [MP Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional. (2 de septiembre de 2009) Sentencia C-614 de 2009. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (25 de noviembre de 2009) Sentencia C-855 de 2009. [MP Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional. (28 de abril de 2011) Sentencia T-303 de 2011. [MP Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Constitucional. (27 de mayo de 2011) Sentencia T-457 de 2011. [MP Luis Ernesto Vargas Vila].

Corte Constitucional. (13 de febrero de 2013) Sentencia SU-070 de 2013. [MP Alexei Julio Estrada].

Corte Constitucional. (31 de julio de 2013) Sentencia C-511 de 2013. [MP Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional. (12 de marzo de 2014) Sentencia T-136 de 2014. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional. (24 de julio de 2014) Sentencia SU-555 de 2014. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (20 de agosto de 2014) Sentencia C-593 de 2014. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (27 de marzo de 2015) Sentencia T-138 de 2015. [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional. (9 de octubre de 2015) Sentencia T-639 de 2015. [MP Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional. (13 de abril de 2016) Sentencia C-180 de 2016. [MP Alejandro Linares Cantillo].

Corte Constitucional. (25 de mayo de 2017) Sentencia SU-354 de 2017. [MP Iván Humberto Escrucería Mayolo].

Corte Constitucional. (15 de mayo de 2019) Sentencia C-200 de 2019. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (27 de octubre de 1975).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (25 de julio de 1981) Sentencia 7707 [MP Luis Ernesto Vargas Vila].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (29 de abril de 2008) Sentencia SL 33998 [MP Luis Javier Tarquino Gallego].

SERIE DE TELEVISIÓN

Pablo Destrito (director) y Darío Sztajnszrajber (escritor). (2012). Lo real [Episodio de serie de televisión]. En Mulata Films. *Mentira la verdad*. Canal Encuentro.