

LA LIBERTAD SINDICAL EN COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ

Miguel F. Canessa Montejo¹

Publicado en Panorama Laboral Normativo en materia de Libertad Sindical y Negociación Colectiva en América Latina y Caribe, CSA-CTRAV/OIT, 2016

La libertad sindical es uno de los derechos fundamentales de los ordenamientos jurídicos, basta revisar las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos que la recogen dentro de sus listados. Sin embargo, su reconocimiento jurídico no significa que se encuentra asegurada su aplicación en los referidos ordenamientos, especialmente en los espacios nacionales.

Al revisarse los pronunciamientos de los órganos de control internacional, encontramos reiterados señalamientos sobre la violación de tan importante libertad fundamental. La región andina no es ajena a esta contradicción: el reconocimiento constitucional de la libertad sindical y su permanente violación en el mundo del trabajo nacional.

El presente Estudio se centra en analizar el estado de la cuestión de la Libertad Sindical en tres países de la región andina: Colombia, Ecuador y Perú. Se han tomado tres ejes centrales. En primer lugar, examinar la evolución normativa de la libertad sindical en los referidos países, tanto en el plano constitucional como legal desde sus instituciones básicas. En segundo lugar, monitorear la protección de la libertad sindical por medio del análisis de la jurisprudencia nacional —constitucional y laboral— que permita identificar las tendencias jurisprudenciales existentes y valorarlas. En tercer lugar, identificar el déficit de las legislaciones nacionales tomando como parámetro jurídico los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT —la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical— sobre los países. Estos tres ejes centrales atraviesan el Estudio en las diversas materias constituyentes de la libertad sindical que se abordan.

Para facilitar su comprensión y otorgar coherencia al Estudio se le ha dividido en tres partes, cada una de ellas está en referencia al país analizado lo que permite resaltar sus singularidades.

Primera Parte: La Libertad Sindical colombiana

Hay que tener presente que el Estudio se centra en los aspectos legislativos y jurisprudenciales. Sin embargo, esto no obvia señalar la grave situación que sufre la libertad sindical en Colombia por el constante asesinato de dirigentes y

¹ Abogado y sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor Visitante de la Universidad Externado de Colombia.

sindicalistas en el país². Esto ha conducido que los órganos de control de la OIT condenen en reiterados pronunciamientos la gravedad de la situación de la libertad sindical y la impunidad existente³. Teniendo presente esta premisa se analiza la libertad sindical colombiana.

El modelo normativo colombiano de libertad sindical se sustenta en tres pilares: la Constitución de 1991, el Código Sustantivo de Trabajo (1950) con sus reformas legales, y las sentencias de la Corte Constitucional que declaran la inconstitucionalidad total o parcial de la regulación laboral. Sobre la base de estos tres pilares analizamos la evolución jurídica de la libertad sindical colombiana.

1. El marco constitucional de la libertad sindical colombiana

La Constitución de 1991 preside el ordenamiento normativo colombiano recogiendo un significativo número de derechos laborales en su Título II de los Derechos, las garantías y los deberes, tanto en el Capítulo I sobre los derechos fundamentales como en el Capítulo II de los Derechos sociales, económicos y culturales. Específicamente la libertad sindical colombiana -en sus tres dimensiones- se encuentra recogida en estos Capítulos.

El derecho de asociación sindical —la primera dimensión de la libertad sindical— se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución dentro del listado de derechos fundamentales:

Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o suspensión de la personería jurídica sólo procede por la vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan de derecho de asociación sindical los miembros de la fuerza pública.

Este artículo constitucional recoge una serie de derechos fundamentales constituyentes del derecho de asociación o sindicalización: la libertad de constituir libremente un sindicato (y las organizaciones de segundo y tercer nivel: las federaciones y las confederaciones), sin que el ejercicio de esta libertad requiera la intervención del Estado; el derecho al reconocimiento jurídico de la organización sindical por medio de su inscripción; la libertad de los trabajadores en constituir la organización interna y el funcionamiento del sindicato; el derecho que la cancelación o suspensión de la personería jurídica del sindicato sólo procede por la vía judicial; el derecho al fuero sindical como

² En el Informe de Octubre de 2014 de la Escuela Nacional Sindical se señala el homicidio y desaparición de 27 sindicalistas en el 2012 y de 37 sindicalistas en el 2013.

³ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte IA)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 102°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2013, p. 84-85.

protección contra actos antisindicales o de injerencia respectivamente. La única restricción constitucional es la prohibición que los miembros de la fuerza pública —las fuerzas policiales y las fuerzas armadas— puedan ejercer el derecho de asociación o sindicalización.

El derecho de negociación colectiva —la segunda dimensión de la libertad sindical— se encuentra recogido en el artículo 55 de la Constitución:

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.

Aunque el derecho de negociación colectiva no es incluido en el capítulo I, no le menoscaba ni su naturaleza constitucional —en la cúspide normativa— ni su exigibilidad en el ordenamiento jurídico colombiano. La Constitución reconoce el derecho aunque le otorga al legislador la definición de excepciones en su ejercicio por medio de una reserva legal, aunque estas excepciones tienen por límite no violar el contenido esencial del derecho fundamental. Asimismo, la regulación constitucional establece como obligación del Estado promover la negociación colectiva, al igual que los demás medios de la solución pacífica de los conflictos laborales, como la conciliación.

Además, la Corte Constitucional colombiana resalta que el derecho de negociación colectiva forma parte de la libertad sindical, eliminando cualquier interpretación que pretenda desvalorar su valor jurídico:

El quebrantamiento del canon constitucional que consagra el derecho a la negociación colectiva lleva ineludiblemente a la infracción de la norma que protege el derecho a la asociación sindical (art. 39 C.P.) por tratarse de dos derechos ligados entre sí, ya que la negociación colectiva es consecuencia de la existencia de sindicatos que adelanten la negociación por parte de los trabajadores⁴.

El derecho de huelga —la tercera dimensión de la libertad sindical— se encuentra recogido en el artículo 56 de la Constitución:

Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

La ley reglamentará este derecho.

Una comisión permanente integrada por el gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos políticos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su compromiso y funcionamiento.

El reconocimiento constitucional del derecho de huelga es laxo, otorgando al legislador la definición de los servicios públicos esenciales, sin que esto signifique la prohibición de su ejercicio dentro de ellos. Asimismo, si bien el legislador tiene una potestad amplia en regular el ejercicio del derecho, éste no puede violar su contenido esencial.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-013 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Este reconocimiento de la libertad sindical en sus tres dimensiones la comparte la Corte Constitucional colombiana en los siguientes términos:

[E]l derecho colectivo dentro de la perspectiva constitucional comprende: la libertad sindical (art. 39 C.P.); la institución de la asociación profesional; el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga⁵.

La Constitución colombiana establece en el cuarto párrafo del artículo 53 que: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”. De este modo, por mandato constitucional los convenios de la OIT ratificados se incorporan al ordenamiento nacional. Colombia ha ratificado cinco convenios internacionales del trabajo que versan sobre libertad sindical, aunque solo dos bajo el imperio de la Constitución de 1991:

- El Convenio N°. 11 sobre el derecho de asociación (agricultura) ratificado el 20 de junio de 1933.
- El Convenio N°. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación ratificado el 16 de noviembre de 1976.
- El Convenio N°. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva ratificado el 16 de noviembre de 1976.
- El Convenio N°. 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública ratificado el 8 de diciembre de 2000.
- El Convenio N°. 154 sobre la negociación colectiva ratificado el 8 de diciembre de 2000.

El lugar que ocupan en la pirámide normativa nacional está definida en el artículo 93 de la Constitución al señalar que:

Los tratados y los convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...).

Así, los referidos convenios internacionales del trabajo sobre libertad sindical ratificados por Colombia prevalecen sobre el orden interno. Como afirma la Corte Constitucional colombiana: “son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno”⁶. Asimismo, la propia Corte ha precisado el carácter vinculante de las normas internacionales del trabajo y la obligatoriedad de los jueces colombianos en aplicar sus regulaciones en el ordenamiento:

En vista de que en diversos informes de Magistrados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha puesto de presente la queja por algunos organismos especializados de la OIT

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-009 de 1994. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-401 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

sobre numerosos y reiterados incumplimientos de convenios y recomendaciones de la OIT y que aparentemente las autoridades competentes no han tomado las medidas apropiadas para enmendar su omisión o aminorar sus efectos, esta Corte advierte la necesidad de promover la aplicación efectiva de tales convenios y recomendaciones a nivel nacional como quiera que ello resulte ser, a la luz de los principios y valores consagrados en la Constitución vigente un imperativo ineludible tal como se desprende del texto de los artículos 1, 7, 13, 25, 38, 39, 48, 53, 54, 55, 56 y 93, entre otros⁷.

Inclusive, la misma Corte Constitucional colombiana ha interpretado que los convenios 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical forman parte del *bloque de constitucionalidad*, con lo que los ubica en la cúspide normativa del ordenamiento colombiano:

[E]s claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos⁸.

El *bloque de constitucionalidad* surge en el Derecho Constitucional francés para referirse a “los principios y reglas de valor constitucional” que designe al conjunto de normas situada en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley⁹. Se trata de regulaciones que gozan de rango constitucional, aunque no están recogidas en el propio texto de la Constitución. De este modo, el *bloque de constitucionalidad* sirve de parámetro para evaluar la constitucionalidad de las leyes y su declaración de anulación si existe una violación, es decir, cumplen una función procesal de juicio de validez sobre la constitucionalidad de las leyes.

En la sentencia C-225-95 de la Corte Constitucional colombiana se introduce el *bloque de constitucionalidad*, definiéndolo en estos términos:

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-562 de 1992. Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-568 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Cfr. RAMÍREZ ARAQUE, Fanny. *Utilización NIT en decisiones judiciales*. Bogotá, Oficina Internacional del Trabajo, 2010, p. 29 y ss.

⁹ Cfr. FAVOREU, Louis. “El bloque de la constitucionalidad”. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, N°. 5, p. 46. En el caso francés, Favoreu señala, al momento de publicar su estudio, que el bloque de constitucionalidad está constituido por la Constitución francesa de 1958, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1948 y las leyes de la república que sean portadoras de principios constitucionales. Curiosamente, en Francia, las normas internacionales no forman parte del bloque.

articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*¹⁰.

Con posteriores sentencias de la Corte Constitucional se pone el énfasis del rol del *bloque de constitucionalidad* como pauta de control sobre la constitucionalidad de las leyes¹¹.

Conforme a la interpretación desarrollada por el Alto Tribunal, los convenios de la OIT que abordan materia de derechos humanos forman parte del *bloque de constitucionalidad*, mientras los restantes convenios se ubican dentro del rango legal¹².

Se discute si estos instrumentos internacionales prevalecen sobre las normas del mismo rango. En el caso de las normas con rango constitucional, el Alto Tribunal ha reiterado de manera permanente que la Constitución prevalece sobre las normas internacionales del *bloque de constitucionalidad*¹³, señalando que el artículo 4 de la Constitución es preciso al respecto: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)”. No habría duda sobre la supremacía de la Constitución.

En el caso de conflicto entre normas con rango de ley, existen tres posiciones al respecto. La primera posición sostiene que debe aplicarse el *principio de temporalidad* en este supuesto, es decir, que la norma posterior —la ley nacional— prevalece sobre la anterior —la norma internacional— aunque sea peyorativa. Este criterio se apoya en la sentencia C-400 de 1998 de la Corte Constitucional cuando reconoce que las normas internacionales no invalidan automáticamente las normas internas que le sean contrarias¹⁴. Sin embargo, la referida sentencia constitucional analiza el conflicto entre una norma constitucional y una norma internacional ratificada por Colombia, sin abordar en profundidad el supuesto del conflicto entre una norma legal y una norma internacional con rango de ley. En mi opinión, no se pueden derivar las mismas consecuencias jurídicas al tratarse de dos supuestos distintos. La segunda posición sostiene la prevalencia de la norma internacional en razón de su incorporación al ordenamiento interno significa una serie de obligaciones jurídicas que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad unilateral del

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-225 de 1995, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ Cfr. ARANGO OLAYA, Mónica. “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”. En: *Precedente. Revista Jurídica*. Cali, Universidad ICESI, 2004, p. 79 y ss.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1303 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra y Sentencia C-280 de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Cfr. MOLINA M., Carlos Ernesto. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá, Temis, 2005, p. 173 y ss.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-400 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴ MOLINA M., Carlos Ernesto. Óp. Cit., p. 176-177.

Estado. Esta posición se apoya en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —ratificado por Colombia— al señalar que: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación sobre el incumplimiento de un tratado (...)”. Su incumplimiento configuraría un ilícito internacional con la correspondiente responsabilidad internacional del Estado infractor¹⁵. La tercera posición es intermedia respecto a las anteriores, al señalar que la norma internacional debe aplicarse *prima facie*, salvo que la ley colombiana resulte más favorable al trabajador conforme lo establece el artículo 19 numeral 8 de la Constitución de la OIT¹⁶. En otras palabras, la tercera posición se apoya en el *principio de norma más favorable* que coloca como criterio principal la protección del trabajador, es decir, la selección de la norma aplicable corresponde a aquella que resulta más protectora. De este modo, Colombia no comete un ilícito internacional cuando aplica su norma laboral nacional más favorable porque la propia regulación internacional se lo concede. En los demás casos, le corresponde aplicar el convenio internacional del trabajo más favorable al trabajador.

Asimismo, el Alto Tribunal establece el distingo al interior del *bloque de constitucionalidad* en función a sí el instrumento internacional de derechos humanos prohíbe o permite su suspensión en los estados de excepción conforme a la Constitución colombiana¹⁷. En el primer supuesto, el instrumento internacional de derechos humanos está ubicado en el *bloque de constitucionalidad en sentido estricto* establecido en el primer párrafo del artículo 93 constitucional. En el segundo supuesto, el instrumento internacional de derechos humanos se ubica en el *bloque de constitucionalidad en sentido lato* establecido en el segundo párrafo del artículo 93 constitucional. Este distingo no significa que las normas pierdan su rango constitucional dependiendo de su ubicación dentro del bloque, siempre lo conservan. Se trata más bien que los convenios de la OIT del *bloque de constitucionalidad en sentido estricto* se aplican directamente, por lo que resultan inconstitucionales las disposiciones legales de inferior jerarquía que se oponen aquellos. Mientras los convenios de la OIT del *bloque de constitucionalidad en sentido lato* sirven como herramienta de interpretación de los derechos y deberes consagrados por la Constitución¹⁸. No hay una aplicación directa sino que sirven como un instrumento interpretativo de los derechos constitucionales colombianos.

¹⁵ En la señalada Sentencia C-400 de 1998, la Corte Constitucional colombiana razona que evitar el ilícito internacional no es un argumento válido para justificar la inaplicación de la Constitución en favor de la norma internacional. No obstante, reitero que este argumento no puede ampliarse al supuesto de una norma internacional con rango de ley en conflicto con una norma interna de su mismo rango.

¹⁶ Conforme al artículo 19 numeral 8 de la Constitución de la OIT: “En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o la recomendación”.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-191 de 1998. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁸ Cfr. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. *Normas internacionales del trabajo: doctrina y jurisprudencia constitucional*. Bogotá, Serie de Investigaciones en Derecho Laboral, 2009, N°. 1., p. 18-19.

A su vez, la Corte Constitucional se ha reservado el rol de identificar las normas internacionales que pertenecen al *bloque de constitucionalidad*, incluyendo a los convenios de la OIT que forman parte del bloque¹⁹.

En la ya citada sentencia constitucional T-568 de 1999, el Alto Tribunal colombiano estableció que los Convenios Nos. 87 y 98 de la OIT forman parte del *bloque de constitucionalidad en sentido estricto*, por lo que prevalecen sobre la legislación laboral colombiana, incluyendo el Código Sustantivo de Trabajo.

En el caso del Convenio N°. 154 de la OIT sobre la negociación colectiva, la Corte Constitucional lo ubica en el *bloque de constitucionalidad en sentido lato* en tanto se trata de un derecho que no es fundamental porque puede suspenderse en los estados de excepción:

Ahora bien, en lo que hace referencia al Convenio 154 de la OIT no cabe duda de que hace parte de la legislación interna, tanto a la luz del artículo 53 constitucional, como por haber sido aprobado por medio de la Ley 524 de 1999, sin embargo, hasta la fecha esta Corporación no ha declarado que haga parte integrante del bloque de constitucionalidad ni en sentido estricto ni en sentido lato. (...) No obstante, a pesar que expresamente no se ha hecho una manifestación en tal sentido es posible verificar que esta Corporación en algunas decisiones ha empleado sus estipulaciones para establecer el alcance del derecho de negociación colectiva (...). Esta Corporación entiende que tal utilización se ajusta al carácter del Convenio 154 de la OIT pues si bien es un tratado internacional sobre un derecho humano —el derecho de negociación colectiva— no prohíbe su suspensión bajo los estados de excepción y en consecuencia no hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto²⁰.

Este pronunciamiento de la Corte Constitucional tiene dos debilidades cuando sostiene que el derecho de negociación colectiva no se ubica en el *bloque de constitucionalidad en sentido estricto*. En primer lugar, el mismo Alto Tribunal consideró en la sentencia T-568 de 1999 que el Convenio N°. 98 de la OIT forma parte del *bloque de constitucionalidad en sentido estricto*. Si ambas normas internacionales regulan el derecho de negociación colectiva, cómo podría justificarse que un instrumento internacional se ubica en el *bloque de constitucionalidad en sentido estricto* mientras el otro instrumento internacional se ubica en el *bloque de constitucionalidad en sentido lato*. En segundo lugar, si el derecho de negociación colectiva puede ser suspendido en los estados de excepción, conforme al segundo inciso del artículo 214 de la Constitución colombiana²¹, esto contradice la citada sentencia C-013 de 1993 que resalta la pertenencia del derecho de negociación colectiva dentro del derecho de

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-401 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-280 de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Puerto. Cfr. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. Sentencia C-466 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

²¹ El artículo 214 de la Constitución colombiana establece las disposiciones generales de los estados de excepción. Señalando: “Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: (...) 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales (...)”.

asociación sindical del artículo 39 de la Constitución, que forma parte de los derechos fundamentales que no pueden ser suspendidos en su aplicación. En mi opinión, el Alto Tribunal se equivoca en excluir del *bloque de constitucionalidad en sentido estricto* al Convenio 154 de la OIT. Sin embargo, mientras la Corte Constitucional no varíe su criterio, este Convenio se mantiene en el *bloque de constitucionalidad en sentido lato*.

Respecto a los restantes Convenios Nos. 11 y 151 ratificados por Colombia que no han recibido un pronunciamiento al respecto, podría interpretarse —siguiendo a las sentencias de la Corte Constitucional— que formarían parte del *bloque de constitucionalidad*, en razón que su regulación aborda la libertad sindical. Coincidimos con Ramírez cuando afirma:

Sobre el particular, se considera que la declaración de pertenencia al bloque de constitucionalidad tiene la finalidad de otorgar seguridad sobre la jerarquía de un convenio; por lo tanto, si la Corte ha considerado un convenio como parte del bloque de constitucionalidad, los demás operadores jurídicos así deberán utilizarlo. Pero la declaración que haga la Corte en este sentido respecto de unos convenios, no deberá entenderse como la negación de la jerarquía constitucional de otros que protegen derechos humanos en el ámbito laboral y respecto de los cuales la Corte no haya negado su pertenencia al bloque, pues dicho rango no depende de la declaración de la Corte, sino de los mandatos contenidos en los artículos 4º, 93 y 94 de la Constitución Política y del propio contenido de los convenios²².

En conclusión, los Convenios Nos. 87 y 98 de la OIT gozan de rango constitucional por lo que complementan la regulación de la Constitución de 1991 en materia de libertad sindical, siendo parámetros jurídicos para identificar la inconstitucionalidad de las leyes en tanto forman parte del *bloque de constitucionalidad en sentido estricto*. Los Convenios Nos. 11, 151 y 154 de la OIT se ubican en un rango constitucional al formar parte del *bloque de constitucionalidad en sentido lato*, sirviendo de pauta para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Respecto a las recomendaciones de la OIT sobre libertad sindical, sí bien no son instrumentos internacionales sujetos a ratificación por los Estados, estas tienen por objetivo orientar la regulación nacional dependiendo de cada Estado miembro de la OIT adoptar las medidas pertinentes para materializar su aplicación en sus ordenamientos²³.

En el caso colombiano, la sentencia C-562 de 1992 de la Corte Constitucional resalta que las recomendaciones tienen aplicación efectiva en el ordenamiento. Estas recomendaciones exigibles son aquellas que han sido ratificadas por Colombia simultáneamente con el convenio al que complementan²⁴. Si bien las recomendaciones no están sujetas a ratificación, en algunas ocasiones el Congreso colombiano aprueba de manera conjunta el convenio y la

²² RAMÍREZ ARAQUE. Fanny. Óp. Cit., p. 22.

²³ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-147 de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía, donde establece una noción de las recomendaciones de la OIT como directrices que orientan la acción del gobierno.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-049 de 1994. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

recomendación que abordan la misma materia, con lo que la ley incorpora a la recomendación dentro del ordenamiento nacional con su ratificación. La argumentación planteada por la Corte Constitucional de esta exigibilidad reside en que:

[L]as recomendaciones de la OIT, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solamente deben someterse a control cuando están en relación conexas e inescindibles con los convenios, en razón que la fuerza vinculante del tratado internacional está sujeta en tal evento a la correcta aplicación de la respectiva recomendación²⁵.

En el caso de las recomendaciones que no están vinculadas a un convenio de la OIT, la Corte Constitucional señala que deben declararse inconstitucionales las leyes que las aprueban, en razón que la Constitución colombiana solo autoriza la aprobación de tratados (artículo 150 numeral 16) y las recomendaciones de la OIT al no serlos están impedidas en ser ratificadas por el Estado colombiano:

[L]as recomendaciones de la OIT no son tratados, por lo cual no son normas sujetas a la ratificación por el Estado colombiano, ni a la revisión previa y automática por la Corte Constitucional, por lo cual esta Corporación deberá inhibirse de conocer su contenido material²⁶.

Por supuesto, esto no impide que por medio de otro mecanismo legal las recomendaciones de la OIT se incorporen en el ordenamiento nacional. Además, el artículo 19 del Código Sustantivo de Trabajo lo considera una norma de aplicación supletoria.

Tomando en consideración la jurisprudencia constitucional, las recomendaciones de la OIT sobre libertad sindical aprobadas por el Congreso que están vinculadas a un convenio ratificado por Colombia se incorporan al ordenamiento interno. Sin embargo, la Ley 411 de 1997 que aprueba el Convenio N°. 151 de la OIT y la Ley 524 de 1999 que aprueba el Convenio N°. 154 de la OIT no incluyen a la Recomendación N°. 159 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública y la Recomendación N°. 163 sobre la negociación colectiva, respectivamente. Esto significaría que estas dos recomendaciones no forman parte del *bloque de constitucionalidad*, aunque esto no le impide a la justicia colombiana recurrir a su regulación en los términos planteados por el ordenamiento nacional.

Asimismo, resaltarse que el Alto Tribunal se ha apoyado en convenios de la OIT no ratificados por Colombia para justificar sus sentencias, subrayando que es una herramienta que permite establecer el contenido de los derechos constitucionales. Por ejemplo, en la sentencia C-035 de 2005, la Corte Constitucional se apoya en el Convenio N°. 132 de la OIT sobre las vacaciones pagadas no ratificado por Colombia²⁷. Bajo esa línea argumental resulta plausible sostener que también los Convenios Nos. 135 y 141 sobre libertad

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-280 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-468 de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-035 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

sindical de la OIT sin ratificar pueden ser recurridos por la justicia colombiana para interpretar el contenido de esta libertad fundamental.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional colombiana ha establecido que los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical aprobados por el Consejo de Administración de la OIT son vinculantes. En efecto, la Corte Constitucional afirma:

[E]l Comité de Libertad Sindical es un órgano de control de la OIT; confronta las situaciones de hecho que se le presentan o las normas internas de los Estados, con las normas internacionales aplicables según los Tratados ratificados por los Estados involucrados (en este caso, la Constitución de la OIT y los Convenios sobre libertad sindical); luego, formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración, ya que éste es el órgano que puede emitir recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la Organización. En este caso, el Consejo recibió el informe del Comité y sus recomendaciones, y encontró que el asunto no requería mayor investigación, ni modificó los textos que se le presentaron; antes bien, los asumió, los incorporó a las actas de la reunión, y los publicó como parte de su informe oficial de esa sesión a la comunidad de Estados miembros; por tanto, esta recomendación constituye una orden expresa vinculante para el gobierno colombiano. Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración (arts. 24 y ss.)²⁸.

El Alto Tribunal ha precisado que el carácter vinculante del pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical se produce cuando su recomendación es definitiva y no mientras sea provisional²⁹. De este modo, los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT que reciban la aprobación del Consejo de Administración de la OIT son obligatorias para el Estado colombiano³⁰. Aunque la propia Corte resalta que las recomendaciones del Comité permiten al Gobierno conservar un margen para adoptar las medidas que mejor cumplan con esas recomendaciones. La amplitud de dicho margen dependen del grado de especificidad de la recomendación y si prevé alternativas de acción³¹.

2. El marco legal de la libertad sindical colombiana

El Código Sustantivo de Trabajo (Decretos 2663 y 3743 de 1950) es la norma principal de regulación de la libertad sindical colombiana, siendo modificado en varias ocasiones a lo largo de su más de medio siglo de vida. El original Código Sustantivo de Trabajo (en adelante, CST) se caracterizó por plantear un modelo normativo autoritario e intervencionista sobre las organizaciones sindicales³². La segunda parte del CST sobre Derecho Colectivo del Trabajo ha

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-568 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-979 de 2004. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

³⁰ Este criterio jurisprudencial ha recibido serias críticas por un sector de la doctrina colombiana. Cfr. MOLINA M. Carlos Ernesto. Óp. Cit., p. 221-223.

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-171 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Palacio Palacio.

³² OSTAU DE LAFONT DE LEÓN. Francisco Rafael. *Modelo jurídico colombiano*. Bogotá, Universidad Libre, 2011, p. 165-166.

tenido tres grandes reformas legales. La primera reforma se produce con el Decreto 2531 de 1965; la segunda reforma con la Ley 50 de 1990; y la tercera reforma, con posterioridad a la Constitución de 1991, con la Ley 584 de 2000. Al lado de estas significativas reformas de la libertad sindical, tenemos un largo listado de sentencias de la Corte Constitucional donde declara inconstitucional o inexecutable diversas regulaciones del CST.

La libertad sindical es el derecho fundamental de los trabajadores y de los empleadores a constituirse y afiliarse libremente a sindicatos, para desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses. El artículo 353 en su primer numeral recoge una noción similar del derecho de asociación al señalar:

De acuerdo con el artículo 39 de la Constitución Política los empleadores y los trabajadores tienen el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos; estos poseen el derecho de unirse o federarse entre sí.

Asimismo, la Corte Constitucional colombiana ha establecido que la libertad sindical goza de tres dimensiones:

(i). *Dimensión individual*: Consiste en la posibilidad que tiene cada persona de decidir si se afilia, si se retira o si permanece dentro de la organización, sin injerencia alguna o presiones externas, ni por parte del empleador ni incluso del mismo sindicato. (ii). *Dimensión colectiva*: En virtud de la cual los trabajadores organizados, pueden autogobernarse y decidir de manera independiente el destino de su organización sin admitir injerencia externa, especialmente del empleador. (iii). *Dimensión instrumental*. Según la cual el derecho de asociación es el medio para que los trabajadores puedan lograr la consecución de algunos fines, especialmente el mejoramiento de sus condiciones laborales. Ello por cuanto, de acuerdo con el artículo 13 del Código Sustantivo, las normas de la legislación laboral tan solo constituyen un mínimo de garantías que bien pueden ser mejoradas mediante la negociación colectiva³³.

Sobre la base de las nociones de libertad sindical mencionadas, analizamos su contenido tomando como criterio el siguiente esquema en función a su ámbito individual y colectiva: el derecho de constitución, la libertad de afiliación y desafiliación, el desarrollo de actividades sindicales, la libertad de reglamentación, la libertad de representación, la libertad de federación, la libertad de disolución, la libertad de gestión interna y externa³⁴. A esto debemos agregar la protección de la libertad sindical como garantía de su ejercicio y a los otros dos componentes esenciales de la libertad sindical: el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga, de este modo tendremos el panorama jurídico completo.

2.1. La libertad sindical individual

³³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-330 de 2005. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

³⁴ Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS. Alfredo. *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicalización, negociación colectiva y huelga*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2007, p. 33.

La definición de libertad sindical individual formulada por el profesor Villavicencio sostiene que son:

[T]odos aquellos derechos de los trabajadores a crear y a afiliarse a las organizaciones sindicales que estimen convenientes, sin autorización previa y en completa libertad, así como a desarrollar actividad sindical (libertad sindical positiva); o, a no incorporarse o retirarse libremente de tales organizaciones (libertad sindical negativa) sin que ello le ocasione ningún perjuicio³⁵.

Bajo esta definición se desprende una serie de derechos y libertades en favor de los trabajadores. En primer lugar, el derecho de constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, sin estar condicionados o sujetos a una autorización previa. En segundo lugar, la libertad de afiliación a las organizaciones sindicales existentes. Estos dos derechos componen la libertad sindical positiva. En tercer lugar, la libertad de no incorporarse o retirarse libremente de las organizaciones sindicales, también conocida como la libertad sindical negativa. En cuarto lugar, el derecho a desarrollar la actividad sindical para defender y promover los intereses económicos y sociales de los trabajadores, retratando el punto de vista dinámico de la libertad sindical.

Al interior de estas dimensiones jurídicas de la libertad sindical individual hay una serie de derechos fundamentales que lo constituyen. Sobre la base de estas dimensiones de la libertad sindical individual se procede a analizarla dentro del ordenamiento colombiano.

2.1.1. El derecho de constitución de la organización sindical

Los trabajadores gozan del derecho de constituir una organización sindical sin requerir de una autorización previa del Estado o de su empleador para ejercerlo. El artículo 2 del Convenio N°. 87 de la OIT lo recoge en estos términos:

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

De este modo, la norma internacional del trabajo establece que la titularidad del derecho le corresponde a la generalidad de los trabajadores sin ningún tipo de distinción, aunque el propio Convenio N°. 87 señala en su artículo 9 que le corresponde a la legislación nacional determinar si las fuerzas armadas y la policía se le aplican las garantías previstas por el Convenio.

La primera dimensión jurídica del derecho de constituir una organización sindical es la titularidad del derecho. El CST colombiano establece en su artículo 353 que: “1. (...) los empleadores y los trabajadores tienen el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos; (...) 2. (...) los trabajadores y empleadores, sin

³⁵ Ídem., p. 35.

autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes (...)"³⁶.

Conforme al artículo 39 de la Constitución y al artículo 353 del CST, todos los trabajadores colombianos tienen el derecho de constituir una organización sindical sin que exista ningún tipo de restricción para su ejercicio, con la salvedad de los miembros de la fuerza pública conforme a la regulación dispuesta por la Constitución.

Sin embargo, determinadas categorías de trabajadores han tenido dificultades para ejercerlo, poniendo en tela de juicio su titularidad sobre este derecho fundamental: los servidores públicos, los trabajadores cooperativistas, los trabajadores extranjeros, los trabajadores menores de edad, los trabajadores de dirección.

Los *servidores públicos* son definidos en el artículo 123 de la Constitución como los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas, ejerciendo sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Asimismo, el texto constitucional señala que la Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen sus funciones públicas y regulará su ejercicio.

La Ley 909 de 2004, sus modificatorias y un conjunto de normas complementarias regula a los trabajadores del sector público³⁷. Según dicha legislación se dividen a los trabajadores del sector público entre los empleados públicos y los trabajadores oficiales³⁸. Los empleados públicos son las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y sus dependencias. Los trabajadores oficiales son las personas que tienen un contrato de trabajo y prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado, o son los propios estatutos de los establecimientos públicos que los califican dentro de este grupo. Esta división se sustenta en distinguir la naturaleza jurídica de los vínculos laborales de los servidores públicos. En el caso de los empleados públicos, el vínculo laboral proviene de la ley y el reglamento. Esto viene establecido por mandato constitucional³⁹, al señalar que por la ley y el reglamento, o por las autoridades públicas se fijan las condiciones de empleo de este grupo de servidores. Mientras, en el caso de los trabajadores oficiales, el vínculo laboral proviene del contrato de trabajo que libremente suscribe el servidor público y la autoridad pública contratante. Aquí

³⁶ El texto original del CST señalaba que el Estado garantizaba el derecho de los trabajadores de asociarse libremente en defensa de sus intereses. Esta regulación sufrió dos modificaciones sustanciales, la primera por la Ley 50 de 1990 y la segunda con la Ley 584 de 2000, siendo esta última la que elimina el intervencionismo estatal en su formulación.

³⁷ El artículo 4 del CST excluye de su regulación a los servidores públicos. Sin embargo, la regulación sobre libertad sindical de los trabajadores oficiales se encuentra regulado en el Capítulo IX del Título I de la Segunda Parte del CST.

³⁸ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-110 de 1994. Magistrado Ponente: José Hernández Galindo. En esta sentencia la Corte menciona esta clasificación de los servidores públicos.

³⁹ Cfr. Los artículos 122, 123 y 125 de la Constitución Política de Colombia.

la autonomía voluntad de las partes define la incorporación del trabajador oficial dentro del empleo público⁴⁰.

El artículo 414 del CST establece que los trabajadores del sector público gozan del derecho de asociación, con excepción de los miembros del ejército nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía. Sin embargo, el mismo artículo distingue entre los sindicatos de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales, restringiendo para los primeros determinadas funciones. La Corte Constitucional ha sostenido que los empleados públicos no gozan de los plenos derechos de asociación, como ocurre con los trabajadores oficiales, sin que esta restricción signifique su menoscabo y su inconstitucionalidad⁴¹. Estas restricciones las analizaremos con mayor profundidad posteriormente en razón que se centran en la negociación colectiva. Lo central es que los trabajadores colombianos del sector público tienen derecho a constituir una organización sindical, con la limitación mencionada para los empleados públicos.

En el caso de los *trabajadores cooperativistas* cuentan con una regulación especial –la Ley 79 de 1988 y reglamentado por el Decreto 468 de 1990-, distinta al CST. No obstante, la condición de *trabajadores cooperativistas* no le impide constituir una organización sindical o afiliarse a una existente⁴². Sin embargo, en el Caso 2051 ventilado ante el Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS), el órgano de control de la OIT solicitó expresamente al gobierno colombiano pronunciarse acerca del derecho de sindicación de los trabajadores cooperativistas⁴³, en razón a las dudas sobre el ejercicio de este derecho fundamental. El gobierno colombiano respondió asegurando que los trabajadores cooperativistas gozan del derecho de sindicación amparado por la Constitución y el CST⁴⁴. Posteriormente, se dictó el Decreto 2025 de 2011 precisando en su artículo 4 que: “(...) Ningún trabajador podrá contratarse sin los derechos y las garantías laborales establecidas en la Constitución Política y en la ley, incluidos los trabajadores asociados a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado (...)”. De este modo, se despeja cualquier duda de que los trabajadores cooperativistas gozan del derecho de sindicalización.

El artículo 384 del CST estableció una restricción para el ejercicio del derecho de sindicalización de los *trabajadores extranjeros* al establecer: “No puede funcionar sindicato alguno cuyo personal no esté compuesto, por lo menos en sus dos terceras (2/3) partes, por ciudadanos colombianos (...)”. Esto significó que los trabajadores extranjeros podían participar en la constitución de un sindicato o afiliarse a uno existente, pero no podían superar a la tercera parte de los sindicalizados materializando una discriminación en razón a la

⁴⁰ Cfr. VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. *Negociación colectiva y sindicatos de empleados públicos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 5ª. Edición, 2014, p. 26-27.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1234 de 2005. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

⁴² Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 262.

⁴³ COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT. *Informe número 322, Caso 2051*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, junio 2000, párrafos 152-153.

⁴⁴ COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT. *Informe número 324. Caso 2051*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, marzo 2001, párrafo 367.

nacionalidad. La Corte Constitucional declaró inexecutable el referido artículo, sosteniendo:

El derecho fundamental de asociación sindical se reconoce como derecho humano, universal, a todas las personas que tengan la condición de trabajadores para que puedan agruparse en organizaciones que representen los intereses que son comunes a todas ellas en el ámbito laboral. Nada interesa, por consiguiente, el origen nacional de las personas para que puedan gozar del referido derecho, pues lo relevante es que se trata de trabajadores⁴⁵.

Después de la declaración de inconstitucionalidad, con la Ley 584 de 2000 en su artículo 9 se derogó ese artículo del CST, con lo que ya no caben restricciones sobre los trabajadores extranjeros en el ejercicio del derecho de constitución de un sindicato.

En el caso de los *trabajadores menores de edad*, la normativa colombiana establece como requisito para ser miembro de un sindicato que el trabajador sea mayor de catorce años de edad (artículo 383 del CST), en correspondencia a la edad mínima para laborar en Colombia, conforme a lo establecido por la Constitución, las normas internacionales del trabajo ratificadas por Colombia – los Convenios Nos. 138 y 182 de la OIT– y la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por Colombia. La Corte Constitucional ha interpretado que también cumplen con el requisito de ser miembro de un sindicato, los trabajadores mayores de 12 años y menores de 14 años de edad que trabajen de manera excepcional y en condiciones especiales de protección⁴⁶.

Respecto a los *trabajadores de confianza*, el original artículo 358 del CST estableció que los estatutos del sindicato reglamentasen las condiciones y restricciones de admisión de los afiliados. Asimismo, el referido artículo señaló que los estatutos del sindicato podían restringir la admisión de altos empleados en los sindicatos de base. Estas regulaciones fueron modificadas legislativamente. En primer lugar, la potestad que los estatutos del sindicato restringiesen la admisión de los altos empleados en los sindicatos de base fue derogada por el artículo 116 de la Ley 50 de 1990. En segundo lugar, se suprimió que el estatuto reglamentase las condiciones y restricción de admisión de los afiliados por el artículo 2 de la Ley 584 de 2000. Estas modificaciones no impiden que el estatuto del sindicato establezca las condiciones para la admisión de un afiliado, lo que ha variado es que ya no proviene de una imposición legislativa. Como sostiene la Corte Constitucional:

iii) el poder de las organizaciones de trabajadores de determinar: el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos que atañen con la estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-335 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1188 de 2005. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

las asociaciones sindicales al darse sus propios estatutos o reformarlos (...)⁴⁷.

La segunda dimensión jurídica del derecho de constitución de un sindicato es el ámbito objetivo, es decir el derecho de los trabajadores en establecer el tipo de organización sindical que desean constituir. El mencionado artículo 2 del Convenio N°. 87 lo establece al mencionar que los trabajadores tienen el derecho de constituir la organización sindical que estimen conveniente.

El texto original del artículo 357 del CST colombiano prohibió la existencia de dos o más sindicatos de base en una empresa plasmando la unicidad sindical, es decir, el Estado impone legislativamente que no cabe más que una organización sindical en un determinado ámbito. La Corte Constitucional declaró inexecutable la unicidad sindical del CST por considerar que:

[A]l continuar con la comparación del artículo 39 de la Constitución, en cuanto que garantiza a todos los trabajadores el derecho de constituir sindicatos, y de las disposiciones del Convenio 87 de la OIT, especialmente en el artículo 2, que dice que todos los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, se concluye que la prohibición legal de formar sindicatos de base en una misma empresa, cuando ya exista otro, resulta injustificada a la luz de la garantía expresa de la Constitución de 1991⁴⁸.

La declaratoria de inconstitucionalidad de la unicidad sindical significa que en el ordenamiento colombiano se consagra la *pluralidad sindical*, es decir, los trabajadores pueden constituir voluntariamente una o más organizaciones sindicales en un determinado ámbito. Si bien la pluralidad sindical no está expresamente recogida en el CST -un vacío legal que debería ser subsanado-, esto no le impide a los trabajadores colombianos constituir un sindicato donde ya existe otro. Lo que sí es una dificultad normativa son los conflictos que se pueden derivar en la definición del sindicato más representativo.

La definición del *sindicato más representativo* conforme al Comité de Libertad Sindical puede provenir de dos criterios. Por un lado, el grado de afiliación sindical con que cuentan los sindicatos. Por otro lado, la elección general de la representación sindical por los trabajadores o funcionarios. Asimismo, cabe una combinación de ambos criterios⁴⁹. Aunque como precisa el CLS:

El hecho de reconocer la posibilidad de un pluralismo sindical no impediría que se concediera ciertos derechos y ventajas a las organizaciones más representativas. Siempre y cuando la determinación de la organización más representativa se basase en criterios objetivos, establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar toda decisión

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-797 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-567 de 2000. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Vale resaltar que la Comisión de Expertos de la OIT sostuvo reiteradamente en sus pronunciamientos previo a la sentencia constitucional que la unicidad sindical establecida por el CST era violatorio del artículo 2 del Convenio 87 de la OIT.

⁴⁹ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 349.

parcial o abusiva, y las ventajas se limitan de manera general al reconocimiento de ciertos derechos preferenciales en lo que se refiere a cuestiones tales como la negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de delegados ante los organismos internacionales⁵⁰.

Posteriormente, se analiza que la representación de los trabajadores por una comisión estatutaria de reclamos al amparo de la regulación del CST. Se trata de un mecanismo que parcialmente resuelve la ausencia de regulación del *sindicato más representativo*. Sin embargo, el aporte más importante sobre el tema lo desarrolla el Decreto 160 de 2014 cuando regula la representación de la pluralidad sindical en la negociación colectiva de los empleados públicos.

El artículo 356 del CST clasifica los sindicatos de trabajadores en:

- a) De empresa, si están formado por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución;
- b) De industria o por rama de actividad económica, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica;
- c) Gremiales, si están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad, y
- d) De oficios varios, si están formado por trabajadores de diversas profesiones, disimiles o inconexas. Estos últimos sólo pueden formarse en los lugares donde no haya trabajadores de una misma actividad, profesión u oficio en número mínimo requerido para formar uno gremial, y sólo mientras subsista esta circunstancia.

Esta clasificación de los tipos de sindicatos no debe ser asumido como taxativo, en tanto no puede impedirse que los trabajadores constituyan su organización sindical bajo otra forma, como un sindicato de grupo de empresa o un sindicato de una localidad geográfica. Los trabajadores son los que definen el tipo de sindicato que consideran conveniente constituir.

La tercera dimensión jurídica del derecho de constituir una organización sindical es su inscripción en el registro sindical y el otorgamiento de la personalidad jurídica. El artículo 39 de la Constitución colombiana establece que su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. El artículo 7 del Convenio N°. 87 señala que la adquisición de la personalidad jurídica no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza pueda limitar el derecho de constitución de un sindicato.

El artículo 364 del CST regula la personería jurídica sindical: “Toda organización sindical de trabajadores, por el solo hecho de su fundación, y a partir de la fecha de la asamblea constitutiva goza de personería jurídica”. Complementando dicha regulación, el artículo 372 del CST dispone en su primer párrafo:

Ningún sindicato puede actuar como tal, ni ejercer las funciones que la ley y sus respectivos estatutos le señalen, ni ejercitar los derechos que

⁵⁰ Ídem., párrafo 354.

le correspondan, mientras no se haya inscrito el acta de constitución ante el Ministerio de Trabajo y sólo durante la vigencia de esta inscripción.

El Alto Tribunal se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la constitucionalidad de la exigencia en la inscripción del sindicato para ejercer sus funciones. En primer lugar, la mencionada sentencia C-567 de 2000 señala que el artículo 372 del CST no viola la Constitución en tanto la organización sindical creada ya tiene personería jurídica, por lo que el requisito legal de su inscripción ante la autoridad correspondiente sólo tiene efectos de publicidad, seguridad y prueba de su existencia⁵¹. En segundo lugar, la sentencia C-695 de 2008 declara la constitucionalidad condicionada del referido artículo del CST, en el entendido que la exigencia de inscripción del sindicato tiene finalidades de publicidad, de acopio de información sobre los sindicatos existentes y la expedición de certificaciones con base en ello, pero de ningún modo puede implicar que el Ministerio pueda efectuar un control previo sobre dicha inscripción⁵².

No obstante lo señalado por la Corte Constitucional, puede considerarse que la exigencia de su inscripción en el registro del Ministerio para actuar como persona jurídica condiciona el ejercicio de los derechos y las obligaciones del sindicato⁵³. En todo caso, los requisitos exigidos para el registro sindical dispuesto por el artículo 365 del CST, con la salvedad del derogado inciso g) declarado previamente como inconstitucional⁵⁴, no son considerados violatorios de la Constitución y las normas internacionales del trabajo: la copia del acta de fundación, la copia del acta de elección de la junta directiva, la copia del acta de la asamblea que aprueban los estatutos, un ejemplar de los estatutos, la nómina de la junta directiva y documento de identidad, nómina completa de los afiliados.

Asimismo, el artículo 39 de la Constitución establece que la cancelación o suspensión de la personería jurídica sólo procede por la vía judicial, en correspondencia con lo establecido por el artículo 4 del Convenio N°. 87 de la OIT: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa”. El procedimiento de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro se ventila por la vía judicial (artículo 380 numeral 2 del CST), recibiendo el pronunciamiento favorable del Alto Tribunal por su constitucionalidad⁵⁵.

Finalmente, los ordenamientos nacionales exigen para constituir un sindicato un número mínimo de afiliados. La normativa colombiana no es ajena a este requisito. El artículo 359 del CST establece que: “Todo sindicato de trabajadores necesita para constituirse o subsistir un número no inferior a veinticinco (25) afiliados; y todo sindicato patronal no menos de cinco (5) empleadores entre sí”.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-567 de 2000. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-695 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

⁵³ Cfr. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Óp. Cit., p. 254.

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-567 de 2000. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-096 de 1993. Magistrado Ponente: Simón Rodríguez.

La exigencia de veinticinco afiliados para constituir o subsistir un sindicato colombiano no ha recibido el cuestionamiento de los órganos de control de la OIT –la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical–. La Corte Constitucional señala que esta exigencia numérica dispuesta por el CST es constitucional, porque es necesario y proporcionado a la estructura y organización del sindicato⁵⁶.

Si bien el número mínimo exigido por el CST para constituir un sindicato de industria o de oficio no resulta desproporcionado para impedir su conformación, una situación sustancialmente distinta se presenta en el caso del sindicato de empresa (modalidad predominante en el tipo de organización sindical colombiana). En efecto, la regulación y la jurisprudencia constitucional con los pronunciamientos de los órganos de control dejan de lado un dato primordial del mundo laboral colombiano: la mayoría de las unidades productivas del país cuentan con una plantilla inferior a los veinticinco trabajadores, por lo que en términos formales se impide a la mayoría de los trabajadores colombianos poder sindicalizarse a nivel de empresa. Muestra de ello es que el Censo Nacional de 2005, implementado por la DANE, señaló que más de la mitad de los trabajadores colombianos laboraban en la microempresa –entre 1 y 10 trabajadores–⁵⁷, muy por debajo de la cifra exigida para constituir un sindicato de empresa. Se requiere una modificación del artículo 359 del CST adecuando la exigencia del número mínimo de trabajadores para constituir un sindicato de empresa de acuerdo al escenario laboral colombiano.

2.1.2. La libertad de afiliación

Los trabajadores tienen la libertad de afiliarse a la organización sindical que estimen conveniente, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas, señala el artículo 2 del Convenio N°. 87 de la OIT. De este modo, son los propios sindicalizados por medio de sus estatutos quienes fijan las condiciones para que un trabajador pueda afiliarse a su organización.

Mencionamos que la legislación colombiana dispuso una serie de regulaciones donde condicionaba la afiliación de determinado categoría de trabajadores, exigiendo dicha pauta en los estatutos del sindicato. Esto fue declarado inconstitucional por invadir la potestad reguladora de los estatutos de la propia organización sindical. La actual redacción del artículo 358 del CST elimina ese condicionante: “Los sindicatos son organizaciones de libre ingreso y retiro de los trabajadores. En los estatutos se reglamentará la coparticipación en instituciones de beneficio mutuo que hubiere establecido el sindicato con aportes de sus miembros”.

Asimismo, el artículo 360 del CST prohibió que un trabajador pudiese estar afiliado a la vez en varios sindicatos de la misma clase o actividad. Este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional al considerar que es una restricción que viola la libertad sindical, en tanto no existe razón objetiva, seria y legítima desde el punto de vista constitucional que justifique la referida

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-201 de 2000. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

⁵⁷ Cfr. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Censo General 2005*. Bogotá, DANE.

disposición⁵⁸. De este modo, los trabajadores colombianos pueden afiliarse a más de una organización sindical, siempre que los estatutos del sindicato lo permitan.

2.1.3. La libertad de no afiliarse o desafiliarse del sindicato

Los trabajadores tienen la libertad de no afiliarse a una organización sindical constituida o desafiliarse de su sindicato. Esta libertad está recogida en el artículo 20 numeral 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 8 del Protocolo de San Salvador, cuando establece que nadie puede ser obligado a pertenecer a un sindicato. Está ausente la libertad sindical negativa del Convenio N°. 87 de la OIT, en razón que los ordenamientos o los convenios colectivos anglosajones suelen establecer cláusulas sindicales, por lo que la norma internacional del trabajo trató de evitar un conflicto con estos sistemas jurídicos. Sin embargo, la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos expresamente recogen esta libertad en sus textos constitucionales y sus legislaciones.

En el caso colombiano, además de los mencionados instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad, la libertad sindical negativa se encuentra recogida en el ya mencionado artículo 358 del CST cuando establece que los sindicatos son organizaciones de libre ingreso y retiro de los trabajadores. La Corte Constitucional resalta que el contenido de la libertad sindical comporta la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de los sindicatos⁵⁹.

2.1.4. El derecho de actividad sindical

El artículo 3 del Convenio N°. 87 de la OIT establece que las organizaciones de los trabajadores tienen el derecho de organizar sus actividades. Este derecho también debe extenderse a la actividad singular del trabajador. En palabras del profesor Villavicencio:

La actividad sindical es multiforme, polivalente y variable, dependiendo de las circunstancias en las que se realiza. Por ello se señala, de manera general, que actividad sindical incluye todas aquellas acciones de los trabajadores vinculadas funcionalmente a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, en un contexto de respeto a las normas básicas del ordenamiento jurídico y a los derechos de terceros⁶⁰.

La actividad sindical retrata el aspecto dinámico de la libertad sindical, se trata de reconocer la posibilidad de llevar a cabo las acciones y los comportamientos que se encaminen a hacer efectivo el sindicato⁶¹. Bajo este parámetro la actividad sindical se proyecta desde la acción individual de un trabajador que promociona la conformación de un sindicato en su centro de labores hasta la acción colectiva de la huelga para presionar a su empleador. De allí que la

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-797 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁹ Sentencia *Ibíd.*

⁶⁰ VILLAVICENCIO. *Óp. Cit.*, p. 48.

⁶¹ GIUGNI, Gino. *Derecho Sindical*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, traducción de José Vida Soria y Jaime Montalvo Correa, 1983, p. 81.

noción de actividad sindical sea tan amplia cubriendo tanto el plano individual y colectivo de la libertad sindical.

La protección de la actividad sindical es una garantía esencial para el ejercicio de este derecho fundamental. En general, las legislaciones incorporan la protección de la actividad sindical por medio del fuero sindical. En el caso colombiano, el CST define el fuero sindical en el artículo 405 y plantea la protección en favor de determinados sindicalistas (artículo 406). Esto se complementa con el artículo 354 del CST que prohíbe los atentados contra el ejercicio del derecho de sindicalización. Posteriormente, abordaremos la protección de la libertad sindical.

2.2. La libertad sindical colectiva

La libertad sindical colectiva son los derechos del sindicato para organizarse y actuar buscando alcanzar sus objetivos, desde esta premisa se constituyen los derechos colectivos. También se le denomina autonomía colectiva.

El Convenio N°. 87 establece que los sindicatos son titulares de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, elegir a sus representantes, organizar su administración y sus actividades, formular su programa de acción (artículo 3), constituir federaciones y confederaciones, afiliarse a las mismas, y afiliarse a organizaciones internacionales. Los sindicatos están obligados a respetar la legalidad, así como la legislación no debe menoscabar los derechos reconocidos en la norma internacional del trabajo (artículo 5). De igual modo, las autoridades públicas deben abstenerse de toda intervención que limite o entorpezca el ejercicio de estos derechos (artículo 3).

La propia Corte Constitucional colombiana lista un conjunto de libertades provenientes de la autonomía colectiva:

[U]na vez constituida la organización, ésta tiene derecho a regir su destino soberanamente. Comprende las siguientes libertades: (i) libertad constituyente o estatutaria; (ii) autonomía interna; (iii) libre designación de dirigentes; (iv) libertad de reunión y de deliberación; (v) libertad de administración de fondos; (vi) libertad de crear servicios anexos; (vii) libertad de acción sindical; y (viii) libertad federativa y confederativa⁶².

Bajo este marco se analiza la autonomía colectiva en las siguientes dimensiones: la libertad de reglamentación, la libertad de representación, la libertad de federación, la libertad de disolución, la libertad de gestión interna y externa.

2.2.1. La libertad de reglamentación

El derecho de los sindicatos en redactar sus estatutos y reglamentos administrativos se encuentran regulado en diversos artículos del Código colombiano.

El artículo 361 numeral 2 exige que la fundación de la organización sindical incluya la aprobación de los estatutos que deben sujetarse al orden legal y los principios democráticos. La Corte Constitucional establece que esta libertad de los trabajadores implica autoconformarse y autoregularse conforme a las

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-621 de 2008. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

reglas de organización interna que libremente acuerden sus integrantes, con la limitación establecida por la Constitución:

[L]a libertad sindical no es un derecho absoluto puesto que debe desarrollarse dentro de un marco regulatorio expedido por el legislador, el cual tiene que respetar a su vez la autonomía de que gozan los sindicatos para establecer sus reglamentos, los requisitos de admisión de afiliados y su forma de gestión administrativa y financiera, en desarrollo del principio de no injerencia del Estado en el funcionamiento de las organizaciones sindicales (...), tampoco resulta inconstitucional la disposición que ordena que en la misma reunión inicial o en las sucesivas reuniones se discutan y aprueban los estatutos de la asociación⁶³.

El artículo 362 del CST dispone un listado de contenidos que debe contener el estatuto del sindicato. Como resalta el Comité de Libertad Sindical, la legislación nacional se debe limitar a establecer las condiciones formales que deben respetar los estatutos sin necesidad de contar con una aprobación previa de las autoridades públicas para entrar en vigor⁶⁴. La Corte Constitucional considera que el listado de contenidos del estatuto dispuesto por el Código es exequible⁶⁵.

El artículo 369 del CST regula la modificación del estatuto señalando que debe ser aprobado por la asamblea sindical y remitida a la autoridad de trabajo para efectos de su registro. Esta regulación es exequible conforme al pronunciamiento de la Corte Constitucional⁶⁶.

Lo controversial se produce con el artículo 370 del CST donde establece que: “Ninguna modificación de los estatutos sindicales tiene validez ni comenzará a regir, mientras no se efectúe su depósito por parte de la organización sindical, ante el Ministerio de Trabajo”. Conforme a esta regulación, se condiciona la validez del estatuto a su registro ante la autoridad de trabajo, en principio contravendría la posición formulada por el CLS de que no se requiere la aprobación previa para entrar en vigor. Sin embargo, la Corte Constitucional declara que esta regulación es condicionalmente exequible, en el entendido de que el depósito de la modificación de los estatutos sindicales cumple exclusivamente funciones de publicidad, sin que ello autorice al Ministerio para realizar un control previo sobre el contenido de la reforma⁶⁷. La opción del Alto Tribunal es recurrir al principio de declaración de inconstitucionalidad como última ratio, es decir, elaborar la interpretación que resulte compatible entre la regulación y el texto constitucional que evite la declaración de inconstitucionalidad, de modo que la norma mantenga sus efectos⁶⁸. Si bien la interpretación de la Corte resulta plausible, como se menciona previamente en

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., párrafo 371.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-617 de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-465 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel Cepeda Espinoza.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2ª. Edición, 2008, p. 88-89.

un caso similar, es una regulación que condiciona el ejercicio de los derechos del sindicato, más aún cuando pueden producirse actos administrativos arbitrarios que perjudican la vida sindical.

2.2.2. La libertad de representación

El derecho de los sindicatos en elegir libremente a sus representantes sin injerencia del Estado o del empleador.

La Corte Constitucional subraya que la libre elección de los dirigentes sindicales forma parte del contenido esencial de la libertad sindical:

[E]stá claro que la libertad de elección de directivas sindicales, al incidir en la capacidad de autogobierno de esas organizaciones, forma parte del núcleo esencial de la libertad de asociación sindical⁶⁹.

Sin embargo, esta libertad es uno de los derechos colectivos donde mayormente se materializa el intervencionismo estatal en la vida sindical, imponiendo restricciones o estableciendo regulaciones que entorpecen su ejercicio. Como se analiza, la legislación colombiana no ha sido ajena a esta conducta estatal.

El original artículo 388 del CST estableció una serie de requisitos para ser miembro de la junta directiva del sindicato: ser colombiano, miembro del sindicato, trabajador estable, saber leer y escribir, contar con cedula de identidad o ciudadanía, y no haber sido condena con pena de prisión efectiva. La falta de cualquiera de estos requisitos invalidaba la elección. El artículo 10 de la Ley 54 de 2000 modificó esta regulación, manteniendo como requisitos la pertenencia al sindicato y que la mayoría de la junta directiva no podían ser extranjeros, eliminando los requisitos más flagrantes violatorios del Convenio 87 de la OIT.

No obstante, la nueva regulación plantea una discriminación en la composición de la junta directiva al restringir que los extranjeros ocupen la mayoría o la integridad de sus miembros. El Alto Tribunal declaró inconstitucional el segundo párrafo del artículo 388: “En ningún caso, la junta directiva podrá estar conformada en su mayoría por personas extranjeras”, por considerar que era una discriminación en razón a la nacionalidad sin estar debidamente justificada. La Corte fundamentó su sentencia en los mismos argumentos descritos para el caso de la prohibición de la afiliación de extranjeros estudiados previamente, incorporando también el artículo 100 de la Constitución que reconoce los derechos y las garantías que gozan los extranjeros en Colombia para su análisis, resaltando que no cabe fundar la restricción del artículo 388 en razones de orden público⁷⁰.

El segundo párrafo del artículo 422 del CST que regula la elección de la junta directiva de las federaciones y confederaciones de las organizaciones sindicales también dispone la restricción de los extranjeros en sus juntas directivas: “En ningún caso el comité ejecutivo y/o la junta directiva podrá estar conformada en su mayoría por personas extranjeras”. Por ello, la referida sentencia constitucional declaró también inexecutable este párrafo del Código.

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-311 de 2007. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

⁷⁰ Sentencia Ibídem.

El artículo 389 del CST prohíbe que puedan formar parte de la junta directiva sindical ni los afiliados que representen a la empresa frente a sus trabajadores ni los altos empleados directivos de la empresa, siendo nula su elección. El original CST establecía un listado de dichos funcionarios de la empresa, pero con la modificación de la Ley 50 se le eliminó para evitar interpretaciones taxativas. La Corte Constitucional declaró exequible esta regulación sosteniendo que la restricción se justificaba en asegurar la independencia sindical sobre la empresa y evitando la injerencia que prohíbe el artículo 2 del Convenio N°. 98 de la OIT⁷¹.

En cambio, el artículo 390 del CST fue declarado inconstitucional al imponer un período mínimo a las directivas sindicales, invadiendo la potestad de los trabajadores en fijar por medio de sus estatutos el proceso de elección de sus representantes⁷².

De igual modo, fue considerado parcialmente inexecutable el artículo 391 que regula la elección de las directivas. El primer párrafo del artículo 391 establecía: “La elección de las directivas sindicales se hará por votación secreta, en papelera escrita y aplicando el sistema de cociente electoral para asegurar la representación de las minorías, so pena de nulidad”. La Corte Constitucional consideró que los términos “en papelera escrita, y aplicando el cociente electoral” imponían un solo sistema de elección de sus directivas, por lo que los sindicatos no podían establecer en sus estatutos el sistema proporcional de representación que consideren más conveniente⁷³. Este criterio se extendió con la elección de las directivas provisionales de las federaciones y las confederaciones, declarando inconstitucional el artículo 424 del CST⁷⁴.

2.2.3. La libertad de federación y confederación

Los sindicatos tienen el derecho de constituir organizaciones de segundo y tercer nivel, así como afiliarse a ellas. Del mismo modo, tienen derecho a afiliarse a organizaciones sindicales internacionales. Estos derechos son reconocidos expresamente en los artículos 5 y 6 del Convenio N°. 87 de la OIT. Al lado de esto, hay que tener presente el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical que considera una limitación prohibir que las federaciones agrupen sindicatos de trabajadores privados y públicos⁷⁵

El artículo 417 del CST recoge este derecho colectivo señalando que los sindicatos, sin limitación alguna, gozan de la facultad de unirse o coaligarse en federaciones y éstas en confederaciones. Asimismo, que las federaciones y las confederaciones tienen derecho al reconocimiento de la personería jurídica propia y las mismas atribuciones de los sindicatos, con excepción de la huelga. La Corte Constitucional sólo declaró inconstitucional el condicionamiento de la personería jurídica a su reconocimiento, porque ésta se produce con su simple

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-662 de 1998. Magistrado Ponente: Hernando Herrera.

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-797 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-466 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-797 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁷⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., párrafo 725.

inscripción, tal como ocurre con los sindicatos⁷⁶. Respeto al tema de la titularidad del derecho de huelga lo analizamos posteriormente.

Al igual que los sindicatos, las organizaciones sindicales de segundo y tercer nivel cuentan con una serie de derechos y obligaciones dispuestos por el Código, bajo los mismos términos de aquellos: el fuero sindical, la conformación de la junta directiva, el registro sindical, los estatutos, etc.

2.2.4. La libertad de disolución

La disolución es el acto jurídico que provoca la desaparición del sindicato. Por ello, la protección de las organizaciones sindicales tiene una de sus formas en la prohibición de la disolución administrativa establecida en el artículo 4 del Convenio N°.87 de la OIT.

El artículo 401 del CST señala cuatro causales para la disolución de una organización sindical en Colombia: a) por lo establecido en los estatutos sindicales; b) por una mayoría calificada de 2/3 parte de los miembros de la organización; c) por sentencia judicial; d) por pérdida del número mínimo de 25 sindicalizados. Las dos primeras causales responden a la voluntad de los sindicalizados en disolver su organización. La tercera es la plasmación de la disolución por orden judicial, una de las garantías establecidas por los órganos de control de la OIT en tanto asegura una imparcialidad para su materialización. La cuarta causal es la más controversial. Aunque la pérdida del número mínimo de afiliados no puede ser considerado por sí una violación de la libertad sindical, se exige que vaya acompañada de garantías –recorrir ante un tribunal de justicia–, en tanto la reducción de los sindicalizados puede provenir de despidos antisindicales o amenazas del empleador contra los trabajadores⁷⁷. La Corte Constitucional declaró exequible esta causal de disolución, en tanto resulta armoniosa con la exigencia de un mínimo de trabajadores afiliados para constituir un sindicato. Asimismo, la Corte resalta que estar incurso en la referida causal no opera *ipso jure* la disolución, se requiere una declaración judicial que ordene la disolución, liquidación y cancelación de la personería jurídica del sindicato⁷⁸.

El mismo artículo dispone que al producirse algunas de las causales de disolución, la autoridad administrativa de trabajo o quien demuestre tener interés jurídico, podrá solicitar al juez laboral, la disolución y liquidación del sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical⁷⁹. Otro ejemplo se encuentra en el artículo 450 del CST que autoriza al Ministerio de Trabajo, el Ministerio Público o al empleador solicitar la suspensión o cancelación del registro sindical en el caso de la huelga ilícita de una organización sindical.

El procedimiento judicial se encuentra regulado en el numeral 2 del artículo 380 del CST. Se ventiló ante el Alto Tribunal la constitucionalidad sobre los titulares

⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-797 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁷⁷ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., párrafos 680-682.

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-201 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

⁷⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-096 de 1993. Magistrado Ponente: Simón Rodríguez, donde el Alto Tribunal declara la constitucionalidad del procedimiento judicial de la disolución sindical.

de la acción judicial: el Ministerio de Trabajo y los que tengan interés jurídico (que incluye al empleador de los sindicalizados). La Corte resuelve que la regulación es exequible porque la facultad del Ministerio y del tercero interesado se limita a elevar ante el juez competente la solicitud, ninguno de los solicitantes se convierten en “juez y parte” cuando elevan una solicitud de disolución judicial, pues ninguno de ellos tienen la competencia para decidir sobre ese asunto, son simplemente “partes” dentro del proceso⁸⁰.

La disolución del sindicato genera un procedimiento de liquidación (artículo 402) y la adjudicación del remanente, si lo hubiere (artículo 403), donde su aprobación estará sometida al control judicial (artículo 404).

2.2.5. La libertad de gestión

La libertad de gestión es el derecho de los sindicatos en organizar su administración para su funcionamiento interno y formular su programa de acción (artículo 3 del Convenio 87). De este modo se puede plantear que la libertad de gestión sindical tiene dos ámbitos: por un lado, la administración interna del sindicato; y, por otro lado, la formulación de su programa de acción dirigido hacia la acción externa del sindicato. Este último ámbito es el vínculo entre la libertad sindical y los derechos de negociación colectiva y huelga, respectivamente, materias que abordamos por su importancia en apartados independientes.

Ya señalamos que el artículo 39 constitucional establece que la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos. Asimismo, ese orden legal no puede restringir el funcionamiento sindical sin estar sustentado en criterios objetivos y justificados.

El artículo 393 del CST dispone la obligatoriedad de que las organizaciones sindicales cuenten con determinados libros para conducir sus funciones, sin que esta regulación haya merecido su cuestionamiento.

En cambio, la regulación del artículo 394 del Código sobre el presupuesto de los sindicatos fue declarado parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional. En efecto, el referido artículo estableció tres reglas: en la primera dispone que el presupuesto anual debe ser aprobado por la Asamblea General del sindicato; en la segunda dispuso que los gastos adicionales al presupuesto anual merecían una formalidad mayor y más restringida para su aprobación; y la tercera señala que en caso de los gastos por el ejercicio de la huelga se exceptúa la aplicación de esta regulación. La Corte Constitucional sostuvo que la segunda regla es inexecutable porque el legislador no puede intervenir o injerir en aquellos aspectos que conciernen al núcleo básico o esencial de la autonomía administrativa, patrimonial y financiera de las organizaciones sindicales, corresponde a los estatutos determinar la aprobación del presupuesto. Las otras dos reglas señaladas por el artículo 394 son consideradas constitucionales⁸¹.

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-201 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-797 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

De igual modo fue derogado por la Ley 50 de 1990 el artículo 397 del CST que regulaba la contabilidad sindical con similar argumentación.

Al lado del funcionamiento interno merece destacarse la regulación dispuesta por el Código respecto a la expulsión o separación de los afiliados al sindicato. Los órganos de control de la OIT son precisos en señalar que la legislación laboral sobre el funcionamiento interno de los sindicatos debe tener como únicos objetivos garantizar el funcionamiento democrático de las organizaciones y salvaguardar los intereses de sus afiliados⁸².

La expulsión de miembros se encuentra regulado por el artículo 398 del CST: “El sindicato puede expulsar de la asociación a uno o más de sus miembros, pero la expulsión debe ser decretada por la mayoría absoluta de los asociados”. Si bien el estatuto debe establecer el procedimiento de expulsión de los afiliados, el CST condiciona su validez a que sea decretado por la mayoría de los sindicalizados. La Corte Constitucional considera que este condicionamiento es constitucional en tanto se interprete que la expulsión deberá efectuarse con la plena garantía del derecho al debido proceso. La Corte recuerda que la expulsión de los miembros del sindicato debe ajustarse a los principios, valores y derechos constitucionales, al orden legal y a los principios democráticos⁸³.

La separación de miembros se encuentra regulado en el artículo 399 del CST: “Todo sindicato decretará la separación del socio que voluntariamente deja de ejercer durante un año la profesión u oficio cuya defensa y mejoramiento persigue la asociación”. La regulación del Código impone la separación de un afiliado si voluntariamente deja de ejercer su profesión u oficio. Para la Corte Constitucional dicha regulación es constitucional en tanto se interprete que la terminación de la condición de trabajador de la empresa sea voluntaria, requisito que no incluye el supuesto cuando el trabajador cumple sus funciones de dirigente bajo una comisión o permiso sindical⁸⁴. En mi opinión, el artículo 399 del CST viola los artículos 2 y 3 del Convenio 97 en tanto condiciona la pertenencia al sindicato a que el trabajador se encuentre laborando en la empresa, cuando los sindicalizados libremente deben decidir si dicha condición debe ser cumplida y regularla en sus estatutos. Por ejemplo, el Comité de Libertad Sindical ha resaltado que la autonomía interna de cualquier sindicato determina si desea representar o no a los trabajadores jubilados para defender sus intereses específicos⁸⁵. El trabajador jubilado no ejerce su profesión u oficio en la empresa, por lo que se le impone al sindicato separarlo como uno de sus miembros.

Finalmente, uno de los aspectos centrales de la administración interna de los sindicatos son las cuotas sindicales de los trabajadores. El artículo 400 del CST lo regula estipulando las formalidades que debe cumplir el sindicato para solicitar a los empleadores su retención de los salarios de los sindicalizados. Una de las exigencias del referido artículo señaló que la aprobación de la cuota sindical requería el voto de las dos terceras partes de los afiliados. Esta

⁸² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., párrafo 369.

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-466 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-797 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁸⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., párrafo 270.

exigencia fue declarada inconstitucional por el Alto Tribunal al considerar que se trata de una intervención injustificada e irracional del legislador en un asunto que atañe exclusivamente a la organización sindical dentro del ámbito de la libertad sindical⁸⁶.

2.3. La protección de la libertad sindical

El Convenio N° 98 de la OIT -que forma parte del bloque de constitucionalidad- protege la libertad sindical bajo dos modalidades: la protección contra los actos de discriminación sindical (artículo 1) y la protección contra los actos de injerencia (artículo 2).

La protección contra la discriminación sindical se centra sobre el empleo en dos supuestos. En primer lugar, sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato (numeral 1). En segundo lugar, despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (numeral 2).

La protección contra la injerencia se centra sobre la acción del empleador para socavar a la organización, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros. La injerencia se puede producir en la constitución, funcionamiento o administración del sindicato. Para ello la norma internacional de trabajo señala como actos de injerencia: las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

Hay que tener presente lo ya mencionado por la Corte Constitucional sobre las normas internacionales del trabajo que pertenecen al bloque de constitucionalidad, por lo que las protecciones establecidas por el Convenio 98 se aplican directamente en el ordenamiento colombiano con independencia de que se encuentren recogidas por la legislación.

La protección de la libertad sindical o por el CST se produce bajo dos supuestos: a) el atentado contra el derecho de asociación sindical (artículo 354); b) la protección de los trabajadores por su actividad sindical, también denominado *fuero sindical* (artículos 405 al 413). En este último supuesto la Corte Constitucional colombiana ha resaltado que la protección se dirige en favor de la organización sindical:

[L]a ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos. Por ello esta Corte ha señalado que este “fuero constituye una garantía a los derechos de asociación y libertad sindical,

⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-797 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

antes que la protección de los derechos laborales del trabajador sindicalizado”⁸⁷.

El CST enumera en el segundo numeral del artículo 354 los supuestos de atentados contra la libertad sindical cometidos por el empleador –también debería incluirse a sus representantes o agentes–: a) obstruir o dificultar la afiliación de su personal a un sindicato, ya sea mediante dádivas o promesas, o condicionar a esa circunstancia la obtención o conservación del empleo o el reconocimiento de mejoras o beneficios; b) despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de las actividades encaminadas a la constitución del sindicato; c) negarse a negociar con los sindicatos de acuerdo a los procedimientos legales⁸⁸; d) despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los sindicalizados; e) adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar la violación del artículo 354.

El atentado contra el derecho de asociación sindical es sancionado con una pena de prisión de uno a dos años y una multa, conforme lo establecen el artículo 200 del Código penal colombiano⁸⁹ y los dos primeros numerales del artículo 354 del CST.

Respecto a la protección constitucional del derecho de asociación sindical, en la sentencia SU-342 de 1995, el Alto Tribunal señala que para garantizar este derecho fundamental, ya sea por su vulneración o exista la amenaza de su violación, la acción de tutela es el mecanismo idóneo en los siguientes supuestos:

a) Cuando el patrono desconoce el derecho de los trabajadores a constituir sindicato o afiliarse a estos, o promueve su desafiliación, o entorpece o impide el cumplimiento de las gestiones propias de los representantes sindicales, o de las actividades que competen al sindicato, adopta medidas represivas contra los trabajadores sindicalizados o que pretenden afiliarse al sindicato. Igualmente, cuando

⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-381 de 2000 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

⁸⁸ Puede interpretarse que una regulación similar existe en favor de los sindicatos de los trabajadores oficiales conforme a los artículos 414 y 415 del CST, aunque de manera más restringida, cuando se señala que las solicitudes presentadas a los jefes de administración o reclamaciones relativas al tratamiento que haya sido objeto cualquiera de los sindicalizados, los funcionarios están obligados a recibir oportunamente a los representantes del sindicato y de procurar la adecuada solución a sus solicitudes.

⁸⁹ Artículo 200. Violación de los derechos de reunión y asociación. El que impida o perturbe una reunión lícita o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o tome represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa. La pena de prisión será de tres (3) a cinco (5) años y multa de trescientos (300) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes si la conducta descrita en el inciso primero se cometiere: 1. Colocando al empleado en situación de indefensión o que ponga en peligro su integridad personal. 2. La conducta se cometa en persona discapacitada, que padezca enfermedad grave o sobre mujer embarazada. 3. Mediante la amenaza de causar la muerte, lesiones personales, daño en bien ajeno o al trabajador o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad. 4. Mediante engaño sobre el trabajador.

el patrono obstaculiza o desconoce el ejercicio del derecho de huelga, en los casos en que ésta es permitida (...). b) Cuando el patrono obstaculiza o impide el derecho a la negociación colectiva. Aun cuando tal derecho (artículo 55 C.P.) no figura entre los derechos fundamentales, puede ser protegido a través de la tutela, porque su desconocimiento puede implicar, la violación o amenaza de vulneración de derecho al trabajo, como también el derecho de asociación sindical. c) Cuando las autoridades administrativas del trabajo incurren en acciones y omisiones que impiden la organización o el funcionamiento de los tribunales de arbitramento, sean obligatorios o voluntarios, encargados de dirimir los conflictos colectivos de trabajo, que no se hubieren podido resolver mediante arreglo directo o conciliación, o el ejercicio del derecho de huelga (artículo 56 C.P.), o cuando incumplan las funciones que les corresponden, según el artículo 44 del CST, durante el desarrollo de la huelga⁹⁰.

Para la protección del derecho de asociación colectiva nos interesa el primer supuesto que permite la acción de tutela, los demás supuestos los analizamos en los apartados correspondientes, pero sirvan de referencia sobre su protección por medio de este mecanismo constitucional.

En diversas sentencias la Corte Constitucional se ha pronunciado en procesos de tutela sobre casos de atentado contra el derecho de asociación sindical cometidos por los empleadores.

Por ejemplo, la Corte señaló que el empleador no puede tener ninguna injerencia, pero ni siquiera la más remota, en la desafiliación de los trabajadores de su sindicato:

(...), de manera que cualquier intervención de aquél en el desarrollo de tal determinación, así sea a título de simple colaboración, interfiere indebidamente en los asuntos propios del sindicato y en la decisión del trabajador y atenta contra la libertad y la autonomía sindical y, por consiguiente, afecta el derecho fundamental de asociación sindical, en el sentido de que autorizar al patrono para intervenir en dicho proceso significaría de algún modo que éste pudiera excitar o estimular la desafiliación al sindicato, poniendo en peligro la subsistencia de éste⁹¹.

En otro pronunciamiento, la Corte Constitucional resalta que:

Otra situación que es considerada como atentatoria contra el derecho de libertad de asociación sindical se presenta cuando el empleador, sin justificación alguna, incluye cláusulas contractuales con las cuales se desincentiva la pertenencia al sindicato o cuando se otorgan beneficios como ventajas salariales y prestacionales a los trabajadores no sindicalizados, generando la deserción de los miembros de la asociación sindical⁹².

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-342 de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-005 de 1997. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-619 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Palacio Palacio.

De igual modo, la Corte precisa como ilegítima e ilegal toda conducta por parte del empleador que se oriente a (i) desalentar a los posibles asociados, sancionarlos o discriminarlos por hacerlo⁹³; (ii) acudir a la facultad de terminación del contrato sin justa causa respecto de alguno de los miembros de la organización con el propósito de afectarla⁹⁴; (iii) adoptar conductas discriminatorias basadas en la circunstancia de estar o no afiliado al sindicato, favoreciendo a los no sindicalizados en contra de los sindicalizados, como cuando se hace uso de “los factores de remuneración o de las prestaciones sociales para golpear a quienes se asocian, para desestimular el crecimiento del sindicato o para presionar los retiros de este”⁹⁵, creando diversos planes de beneficios, favoreciendo a los no afiliados al sindicato⁹⁶.

A pesar de abundar este tipo de sentencias constitucionales sobre la materia, casi no se han producido sanciones penales contra empleadores o funcionarios públicos por la violación del artículo 200 del Código Penal, lo que retrata una incompleta protección contra los atentados que sufre el derecho de asociación sindical en el país por esta vía.

Respecto al segundo supuesto de protección que es el *fuero sindical*, el propio Código lo define en el artículo 405⁹⁷ como: “la garantía que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo”.

La Corte Constitucional ha precisado que la protección del *fuero sindical* en Colombia, se logra por medio de la interposición de las acciones de reintegro y de restitución, respectivamente. La acción de reintegro tendrá lugar cuando el trabajador ha sido despedido y la acción de restitución cuando el trabajador ha sido desmejorado o trasladado a otro sitio⁹⁸.

El artículo 406 establece el listado de sindicalistas protegidos por el *fuero sindical*: a) los fundadores del sindicato desde su constitución hasta seis meses después de su inscripción en el registro sindical; b) los trabajadores que se afilien al sindicato antes de su inscripción en el registro sindical durante el mismo lapso de tiempo que los fundadores; c) los miembros de la junta directiva del sindicato, federación o confederación con un determinado límite de dirigentes; d) dos miembros de la comisión estatutaria de reclamos, aunque no

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-340 de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-616 de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

⁹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-136 de 1995. Magistrado Ponente: José Hernández Galindo.

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-330 de 1997. Magistrado Ponente: José Hernández Galindo.

⁹⁷ Desde el original CST se estableció el fuero sindical, aunque ha recibido distintas modificaciones, siendo la más importante por el Decreto 204 de 1957 que en líneas generales se conserva vigente hasta la actualidad.

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-326 de 1999. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

puede existir más de una comisión por empresa⁹⁹; e) los servidores públicos que se encuentren bajo los supuestos anteriores, siempre que no ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

El Código de Procedimiento Laboral (en adelante, CPL) estipula un procedimiento especial cuando el empleador solicita judicialmente el despido de un trabajador, la desmejora en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento de la misma empresa o a un municipio distinto, que se encuentra amparado por el fuero sindical. Dicho procedimiento está regulado en los artículos 113 al 118 del referido Código.

Conforme al artículo 408 del CST, el juez debe negar la solicitud del empleador si no se comprueba la existencia de una justa causa. Esto se encuentra regulado en el artículo 410 bajo dos supuestos de justa causa de despido de un aforado: a) la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días; y, b) las causas de terminación del contrato de trabajo establecidas en los artículos 62 y 63 del CST.

En el caso que se haya producido el despido sin cumplirse con los requerimientos legales, el artículo 408 ordena el reintegro del trabajador y la condena al empleador de un pago por indemnización por los salaros dejados de percibir por causa del despido. Del mismo modo se produce en los otros supuestos del CPL, el juez ordena la restitución del trabajador al lugar donde ande prestaba sus servicios o a sus anteriores condiciones de trabajo y se condena al empleador a pagarle las correspondientes indemnizaciones. Como señala la Corte Constitucional, el derecho de asociación sindical debe prevalecer sobre el despido unilateral sin justa causa, por lo que el reintegro del trabajador es la reparación apropiada del despido discriminatorio sindical en vez de la simple indemnización¹⁰⁰.

El mismo CST estableció en su artículo 409 que los trabajadores que sean empleados públicos y los trabajadores oficiales y particulares que desempeñan puestos de dirección, de confianza o de manejo no gozaban del fuero sindical. Este artículo fue declarado inconstitucional por el Alto Tribunal al violar los convenios 87 y 98 de la OIT¹⁰¹.

Al igual que en el anterior supuesto, existe abundante jurisprudencia laboral y constitucional sobre casos de *fuero sindical*.

Aquí se debe destacar los casos judiciales sobre despidos colectivos que afectan a los trabajadores sindicalizados y sus dirigentes. Conforme se ha señalado, se requiere la autorización judicial para proceder al despido de los aforados sindicales. Sin embargo, los empleadores sustentan los despidos directos o sus solicitudes de autorización judicial bajo el argumento de la reestructuración empresarial. La Corte Constitucional precisa que ante el despido colectivo se debe identificar la causa de las terminaciones unilaterales

⁹⁹ Se declaró inexecutable por la Corte Constitucional la regulación que exigía en el artículo 406 que la comisión fuese designada solo por el sindicato mayoritario. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-201 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1757 de 2000. Magistrado Ponente: José Hernández Galindo.

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-593 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

masivas de los contratos de trabajo, con el fin de esclarecer si han tenido alguna relación con la vinculación sindical de los peticionarios, caso en el cual deberán ser reivindicados los derechos previstos en el artículo 39 de la Constitución, que garantiza el derecho de asociación sindical. Bajo este marco, el Alto Tribunal subraya que los despidos colectivos afectan a los Convenios de la OIT porque desalientan la afiliación sindical¹⁰². De este modo, la justicia colombiana le debe prestar la debida atención a los casos que se le someten sobre despidos colectivos. Aunque esto no debe interpretarse como la prohibición de los despidos colectivos que afecten a aforados en tanto provenga de una causa legal como la liquidación de la entidad o empresa¹⁰³

Lo novedoso en la protección del derecho de asociación sindical en Colombia se viene produciendo desde la conformación de la Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT (en adelante, CETCOIT) creada por el Acuerdo del 31 de octubre de 2000 de la Comisión Permanente de Políticas Salariales y Laborales, especialmente en los últimos años desde el fortalecimiento de sus funciones con la aprobación de su estatuto (23 de abril de 2012). La CETCOIT es un órgano tripartito encargado de atender los conflictos suscitados en las materias reguladas por los Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT ratificados por Colombia. Recientemente aprobó su Manual de Admisibilidad de Quejas (16 de octubre de 2013), donde se establece que este órgano es competente para recibir las quejas: a) que le presenten las personas o las organizaciones sindicales respaldada por una Central, Confederación o Gremio miembro de la Comisión Especial; y, b) que se encuentran sometidas ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT. En este último supuesto, el CLS reconoce que el CETCOIT cumple una labor de facilitación sobre el conflicto, suspendiendo la evaluación del caso a la espera de los resultados del órgano tripartito nacional.

Un ejemplo de este mecanismo de resolución de conflictos articulado entre el CLS y el CETCOIT lo ejemplifica el Caso 2933, donde el Comité se pronuncia al respecto:

El Comité recuerda que la CETCOIT es un órgano tripartito nacional de resolución de conflictos en materia de libertad sindical y negociación colectiva. El mecanismo ante la CETCOIT es de carácter voluntario y permite examinar quejas en instancia ante el Comité de Libertad Sindical así como conflictos que no hayan aún sido sometidos a la OIT con la finalidad de propiciar acuerdos entre las partes, basados entre otros elementos en los convenios de la OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva y los principios del Comité (...). El Comité saluda el proceso de resolución de estas cuestiones a nivel nacional mediante el diálogo entre los interlocutores sociales y pide a la organización querellante y al Gobierno que le mantengan informado de los eventuales acuerdos que puedan ser alcanzados ante la CETCOIT acerca de este caso.

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-998 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-732 de 2004. Magistrado: Marco Monroy Cabra.

El funcionamiento del CETCOIT ha permitido que un significativo número de casos que se le han sometido concluyan con un acuerdo de solución entre las partes¹⁰⁴. El órgano tripartito se encuentra presidido por el ex Magistrado de la Corte Constitucional Eduardo Cifuentes, quien atribuye al rol participativo de los actores sociales –sindicales y gremios empresariales– en las sesiones que permite alcanzar los acuerdos¹⁰⁵. La singularidad del CETCOIT es que el Comité de Libertad Sindical le permite conocer las quejas que se le han sometido, reconociendo que el órgano tripartito nacional puede cumplir el rol de facilitador que contribuya a su solución. Sin embargo, las particularidades colombianas deben ser consideradas en la evaluación de reproducir este mecanismo en otros países con altos y graves índices de violación de la libertad sindical.

2.4. El derecho de negociación colectiva

El derecho a la negociación colectiva recogido en el artículo 55 del texto constitucional es interpretado por el Alto Tribunal como:

[E]l derecho de todos los trabajadores de negociar libre y voluntariamente con sus empleadores las condiciones derivadas en 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 sindicales¹⁰⁶.

El artículo 4 del Convenio N°. 98 de la OIT plantea las obligaciones de los Estados miembros sobre el derecho de negociación colectiva:

Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por otra parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

El derecho de negociación colectiva tiene una serie de principios que deben ser respetados para dar cumplimiento a su contenido esencial: el principio de negociar de buena fe, el principio de autenticidad de los sindicatos, el principio de la negociación libre y voluntaria –recogido expresamente en la Constitución colombiana–¹⁰⁷.

2.4.1. La titularidad del derecho de negociación colectiva

La Corte Constitucional interpretando el artículo 4 del Convenio 98 concluye que la titularidad del derecho de negociación colectiva les corresponde

¹⁰⁴ Conforme a la información proporcionada por la Secretaría Técnica Nacional de la Comisión Permanente de Políticas Salariales y Laborales, el 59% de los casos ventilados hasta diciembre de 2013 concluyeron en un acuerdo de solución.

¹⁰⁵ Entrevista con el ex Magistrado Eduardo Cifuentes el 3 de septiembre de 2014.

¹⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-201 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

¹⁰⁷ Cfr. VILLAVICENCIO. Óp. Cit., p. 68-69.

simultáneamente a ambos actores sociales –empleadores y trabajadores–, siendo equivocado postular que el titular sea una sola de las partes¹⁰⁸.

Esto conduciría a sostener que la titularidad del derecho de negociación colectiva no tiene restricciones en Colombia, como el propio Alto Tribunal sostiene. Sin embargo, el artículo 416 del CST lo limita porque los empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas:

Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones de tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga.

Inicialmente la jurisprudencia interpretó que este artículo restringía el derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, apoyándose en la propia lectura del artículo 55 de la Constitución¹⁰⁹. Así, la Corte Constitucional sostuvo:

[E]l artículo 416 acusado plasma normas relativas a la presentación de pliegos de condiciones, celebración de convenciones colectivas, declaración y ejercicio del derecho de huelga, con todo lo cual da desarrollo práctico al derecho constitucional de asociación sindical y al de negociación colectiva y complementa la enunciada garantía plasmada por el artículo 415 del mismo Código Sustantivo del Trabajo¹¹⁰.

De este modo se interpretó que la excepción dispuesta por el artículo constitucional encajaba con la restricción de la negociación colectiva de los empleados públicos dispuesta por el Código. Sin embargo, el artículo 416 restringe la presentación de pliego de reclamos y la celebración de convenios colectivos, pero no prohíbe el derecho de negociación colectiva. Con independencia que el ejercicio del derecho de negociación colectiva presuponga la presentación de un pliego de reclamos, su ejercicio puede iniciarse bajo otro mecanismo –en el caso colombiano puede materializarse con los “memoriales respetuosos” dispuestos en el artículo 414 4a) del CST–, por lo que se salva esta limitación. Asimismo, el ejercicio del derecho de negociación colectiva puede culminar en una convención colectiva, aunque no se desprende de este derecho la obligación de convenir. En otras palabras, las limitaciones dispuestas por el artículo 416 del CST no significa la prohibición del derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, aunque si establece serias limitaciones para su ejercicio.

¹⁰⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1050 de 2001. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

¹⁰⁹ La Comisión de Expertos de la OIT criticó durante un largo período de tiempo en los noventa y principios de este siglo que al amparo del Convenio 98 de la OIT debía reconocerse el derecho de negociación a los empleados públicos, refiriéndose especialmente a aquellos que no ejercen actividades propias de la administración del Estado. Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte IA)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 90°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2002, p. 388.

¹¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-110 de 1994. Magistrado Ponente: José Hernández Galindo.

La Constitución colombiana expresamente ha establecido que el Congreso de la República (artículos 124, 125 y 150 numerales 1 y 19), el Presidente de la República (artículo 189 numerales 11 y 14), y las Asambleas, gobernadores y concejos, alcaldes (artículos 300 numeral 7, 305 numeral 7, 313 numeral 6 y 315 numeral 7) son las autoridades públicas competentes para que legal y reglamentariamente determinen los salarios y las condiciones de trabajo de los empleados públicos. De este modo, no cabe que por medio de una convención colectiva suscrita entre la autoridad pública y el sindicato de empleados públicos puedan regularse estas materias porque significaría violar la Constitución.

Esta interpretación descrita se modifica con la ratificación de los Convenios Nos. 151 y 154 por Colombia. En su competencia sobre definir la constitucionalidad de los tratados internacionales (artículo 241 numeral 10), el Alto Tribunal se pronuncia sobre la constitucionalidad de ambas normas internacionales del trabajo, evaluando también el referido artículo 416 del CST.

En el primer caso se produce con la sentencia C-377 de 1998, donde evaluando la constitucionalidad de los artículos 7 y 8 del Convenio N°. 151 de la OIT concluye que:

[N]ada en la Carta se opone a que los empleados públicos formulen peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y las discutan con ellas con el fin de lograr un acuerdo en la materia, lo cual implica que el derecho de negociación colectiva no tiene por qué considerarse anulado. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales, que tienen un derecho de negociación pleno, la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas no puede llegar a afectar la facultad que la Carta confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Esto significa que la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente¹¹¹.

En el segundo caso se produce con la sentencia C-161 de 2000, donde el Alto Tribunal reitera el mismo argumento reseñado al evaluar el artículo 1 del Convenio N°. 154 de la OIT, considerando que los empleados públicos tienen el derecho a la negociación colectiva¹¹².

Posteriormente, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del artículo 416 del CST y sobre el derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos en otras sentencias, evidenciando una evolución para otorgar una mayor plenitud en el ejercicio del derecho.

¹¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-377 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-161 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

En la sentencia C-201 de 2002, la Corte sostiene que al garantizarse constitucionalmente el derecho de negociación colectiva para todas las relaciones laborales, incluyendo los empleados públicos, el legislador podría permitirle a dichos empleados presentar pliegos de condiciones¹¹³. Esto significa superar una de las limitantes del artículo 416 del CST. En la sentencia C-1234 de 2005, la Corte establece la constitucionalidad condicionada del artículo 416 del CST en el entendido de que para hacer efectivo el derecho de negociación colectiva contemplado en el artículo 55 de la Constitución y los Convenios 151 y 154 de la OIT, los sindicatos de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen los sindicatos. Finalmente, la sentencia le solicita al Congreso de la República que legisle sobre la materia¹¹⁴.

Esta evolución jurisprudencial constitucional viene acompañada con los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, en especial los informes que elabora la Comisión de Expertos, donde expresa la violación del Convenio 98:

La Comisión recuerda que desde hace numerosos años se refiere a la necesidad de que se reconozca de manera efectiva el derecho de negociación colectiva a los empleados públicos que no trabajan en la administración del Estado. La Comisión toma nota de que el Gobierno señala que, de conformidad con la ley núm. 411, los empleados públicos tienen derecho a presentar solicitudes respetuosas a su respectiva entidad y ésta debe responder dichas solicitudes, lo cual está legalmente garantizado en el artículo 23 de la Constitución. Según el Gobierno, en virtud de este procedimiento, un importante número de acuerdos sobre condiciones laborales han sido alcanzados. La Comisión subraya sin embargo, que en virtud de lo dispuesto en el Convenio núm. 98, los empleados públicos que no ejercen actividades propias de la administración del Estado deberían gozar del derecho de negociación colectiva. A este respecto, la Comisión toma nota de la sentencia de 29 de noviembre de 2005, de la Corte Constitucional (C-1234/05), en la que resolvió «declarar exequible la expresión ‘los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas’ contenida en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los Convenios núms. 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto». En este sentido, la Comisión pide al Gobierno que de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional tome las medidas necesarias para que la legislación reglamente el

¹¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-201 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1234 de 2005. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

derecho de negociación colectiva de los empleados públicos y entre tanto que se promuevan medios de concertación sobre las condiciones de trabajo. La Comisión solicita al Gobierno que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada a este respecto, espera que podrá constatar progresos tangibles en un futuro próximo y le recuerda que la asistencia técnica de la Oficina se encuentra a su disposición¹¹⁵.

El impacto de la sentencia constitucional, los pronunciamientos de la Comisión de Expertos y el debate internacional sobre las graves violaciones a la libertad sindical obligaron al gobierno que adoptase el Decreto 535 de 2009. Éste reglamentaba el artículo 416 del CST estableciendo una concertación de las condiciones laborales entre organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades del sector público. El Decreto señaló que los sindicatos podían presentar sus peticiones cada dos años, los que podían incluir aspectos salariales siempre respetando los límites establecidos por el Gobierno nacional, el presupuesto de la entidad y los lineamientos que fije el CONPES. Se criticó el Decreto por el carácter unilateral del diseño normativo donde la toma de decisión sobre la petición sindical correspondía en exclusiva al Estado¹¹⁶. A esto se agregaba lo parco de su regulación, evidenciando que el interés gubernamental era evitar las sanciones internacionales. Sus serias deficiencias provocaron su derogación.

El Decreto 1092 de 2012 fue su reemplazante con sustanciales modificaciones. Mencionamos los aspectos más destacados. En primer lugar, establece que tiene como objetivo regular los términos y procedimientos que se aplicarán a la negociación entre las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades públicas en la determinación de las condiciones de empleo. Con esto desaparece el término “concertación”, siendo sustituido por el derecho de negociación, la verdadera materia de la controversia. En segundo lugar, se excluye a los empleados de alto nivel, es decir aquellos que ejercen empleos de dirección, conducción y orientación institucionales, además de los miembros de las fuerzas armadas y policiales. En tercer lugar, el titular del derecho de negociación es el sindicato de empleados públicos debidamente registrado. No caben coaliciones de trabajadores para la presentación del pliego de soluciones. En cuarto lugar, el contenido de la negociación colectiva es fijar las condiciones de empleo y las relaciones entre la administración pública y sus organizaciones sindicales. Entre las condiciones de empleo se incluye la materia salarial. En quinto lugar, los pliegos de solución se presentan anualmente dentro del primer trimestre del año, desapareciendo la prescripción anterior que era bianual. En sexto lugar, se reconoce el fuero sindical y el permiso sindical a los representantes sindicales que participan en la negociación colectiva, conforme a lo establecido en la normativa nacional. En séptimo lugar, se establece un procedimiento para el desarrollo de la negociación desde la presentación del pliego hasta la suscripción de un acta final que señala los acuerdos y desacuerdos. Se incluye una mediación en caso de fracaso de la negociación directa. Finalmente, en octavo lugar, le

¹¹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte IA)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 96°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2007.

¹¹⁶ Cfr. VILLEGAS. Óp. Cit., p. 219-220.

corresponde a la entidad competente emitir el acto administrativo que materializa el acuerdo o responde motivadamente a la negativa de las peticiones formuladas por el sindicato. Con el Decreto 1092 se introduce una etapa de negociación previa con el sindicato de empleados públicos antes que la autoridad pública fije las nuevas condiciones de empleo, de este modo se reconoce el derecho de negociación colectiva de los empleados públicos sin violentar las disposiciones constitucionales. El Decreto 1092 es un notable avance, pero se mantienen aspectos controversiales sobre el derecho de negociación colectiva recogidos en las normas internacionales del trabajo.

Rápidamente fue sustituido el Decreto 1092 por el nuevo Decreto 160 de 2014. La nueva regulación es un avance hacia el estándar establecido por el Convenio 151 de la OIT¹¹⁷. El Decreto 160 precisa que las partes en la negociación son una o varias entidades y autoridades públicas competentes y una o varias organizaciones sindicales, con lo que se elimina cualquier restricción sobre la titularidad del derecho de negociación colectiva. Esto se plasma en la regulación de que “en caso de pluralidad de organizaciones sindicales de empleados públicos, éstas deberán realizar previamente actividades de coordinación para la integración de solicitudes, con el fin de concurrir en unidad de pliego y en unidad de integración de las comisiones negociadoras y asesoras” (artículo 8 numeral 1). El propio Decreto define el grado de representatividad sindical y la conformación de la comisión negociadora, donde se pone el énfasis en el número de afiliados como un criterio objetivo pero que no excluye la representatividad de los sindicatos minoritarios. Asimismo, en el ámbito de la negociación se establece dos niveles. El primero de ámbito general o de contenido común la negociación se realiza entre las confederaciones o federaciones sindicales de empleados públicos y los representantes de las autoridades públicas competentes. El segundo de ámbito singular o de contenido particular por entidad o por distrito, departamento o municipio. Así la negociación colectiva de los empleados públicos se materializa de manera articulada entre diversos niveles de negociación. Se trata de una regulación modernizadora de las relaciones laborales respondiendo a la complejidad del empleo público y un parámetro al que puede recurrirse como modelo para la negociación colectiva en el sector privado. Otro aspecto por destacar en el Decreto 160 es el contenido del acuerdo colectivo, en especial la fijación de un plazo de veinte días luego de suscrito se expidan los actos administrativos que hayan lugar para dar su cumplimiento.

Hay que tener presente que el Decreto armoniza el derecho de negociación colectiva con el principio del equilibrio presupuestal de modo que no sea un impedimento para el incremento salarial. En palabras del profesor Villegas:

En el presupuesto vigente no es posible que se haya previsto y provisto lo que aún no ha sido pedido en el pliego y pactado en el acuerdo colectivo. El pliego es una alerta y el acuerdo colectivo es un compromiso con efectos presupuestales futuros. Significa que la autoridad pública, para cumplir lo acordado, incluirá lo pertinente, en el proyecto de ley, ordenanza o acuerdo municipal, para el año presupuestal siguiente o lo pagará si ya está previsto y provisto en el

¹¹⁷ Cfr. Ídem., p. 233-234.

presupuesto vigente. Así se cumple el principio constitucional y legal de la previsión y provisión presupuestal de todo gasto derivado del acuerdo colectivo¹¹⁸.

La Comisión de Expertos ha valorado positivamente la promulgación del Decreto 160 de 2014, especialmente que su elaboración ha contado con la participación de las organizaciones sindicales, aunque observa que el Decreto excluye el tema de las pensiones como materia que pueda abordarse en la negociación ni tampoco prevé el recurso al arbitraje voluntario como mecanismo de solución¹¹⁹. Hay que tener presente que se reformó el artículo 48 de la Constitución sobre el derecho de seguridad social, agregándose en el Párrafo 2° la prohibición que por medio de pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudo o acto jurídico alguno puedan establecerse condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones. Esta materia la abordaremos cuando se analiza el contenido del derecho de negociación colectiva.

Con esta nueva regulación sobre la negociación colectiva de los empleados públicos se levantan las restricciones en la titularidad del derecho en Colombia, siendo más armonioso con las obligaciones que se desprenden de los convenios de la OIT ratificados. Sin embargo, la solución legal planteada resuelve sólo parcialmente la situación en tanto el acuerdo colectivo siempre está sujeto al acto administrativo que le otorgue validez. En realidad, cuando la Constitución colombiana atribuye a determinadas autoridades públicas la decisión unilateral de las condiciones de empleo de este grupo de trabajadores estaría colisionando con la regulación de las normas internacionales del trabajo que privilegian el acuerdo bilateral.

2.4.2. El procedimiento de la negociación colectiva

La legislación colombiana regula el procedimiento de la negociación colectiva dentro de los conflictos colectivos de trabajo. La negociación se inicia con la presentación del pliego de peticiones dirigida al empleador por el sindicato o por una delegación de trabajadores.

Originalmente el artículo 432 del CST estableció que los negociadores de los trabajadores fuesen tres (3) y debían cumplir una serie de requisitos para cumplir con su rol de negociadores: ser mayores de edad, laborar en la empresa o el establecimiento, contar con una antigüedad de seis meses en la empresa. La Corte Constitucional declaró inexecutable estas regulaciones porque son las propias organizaciones sindicales las que autónomamente deben determinar el número de delegados que los representan ante su empleador y las condiciones que deben reunir para formar parte de ella¹²⁰.

Lo que sí exige el artículo 435 del CST es que los negociadores de los pliegos de peticiones cuenten con plenos poderes para celebrar y suscribir en representación de las partes los acuerdos a que lleguen en la etapa de arreglo directo, señalando que éstos no son susceptibles de replanteamientos o

¹¹⁸ Ídem., p. 235.

¹¹⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte IA)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 104°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2015, p. 65-67.

¹²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-797 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

modificaciones en etapas posteriores del conflicto colectivo. Asimismo, el párrafo 2° del artículo 434 establece que los trabajadores pueden ser asesorados en la mesa de negociaciones por dos representantes de la federación o la confederación.

El artículo 433 del CST establece la obligación de negociar al señalar que el empleador o su representante tienen la obligación de recibir a la delegación de los trabajadores para iniciar la negociación dentro del día siguiente de la presentación del pliego de peticiones. El mismo artículo establece que el inicio de la negociación no puede diferirse por más de cinco días hábiles a la presentación del pliego. En el caso que el empleador se negase a iniciar el arreglo directo dentro del plazo prescrito será sancionado con una multa. Se trata de una sanción por la violación al principio de negociar de buena fe. Sin embargo, la sanción debería venir acompañada expresamente con la orden de iniciar la negociación directamente.

Hay que destacar que la legislación colombiana no señala que el sindicato o la delegación de los trabajadores no sindicalizados gozan del derecho a la información previa sobre la situación económica de la empresa o de la unidad de negociación. Esta información previa les permitiría elaborar un pliego de peticiones sustentado a la situación real de la empresa facilitando la propia negociación. Una regulación al respecto sería un adecuado fomento a la negociación colectiva en el país.

Conforme al artículo 434 del CST la duración de la etapa del arreglo directo es de veinte días calendario pudiéndose prorrogar dicho plazo por otros veinte días adicionales. Al concluir este período sin que las partes hayan arribado a un acuerdo, la norma señala que se debe suscribir un acta final que registre los acuerdos y diferencias existentes. De igual modo, si se arriba a un acuerdo total o parcial, éste se suscribe en una convención colectiva en el caso del sindicato y en un pacto colectivo en el caso de la delegación de trabajadores no sindicalizados (artículo 435). Una copia del acta final se entrega al Ministerio de Trabajo.

El Código Sustantivo de Trabajo contaba con un capítulo sobre Mediación al cual se recurría como un mecanismo alternativo de solución ante el fracaso del arreglo directo. Esta regulación fue derogada por el artículo 116 de la Ley 50 de 1990.

Ante el fracaso de la negociación directa del pliego de peticiones, el primer párrafo del artículo 444 del CST establece que los trabajadores puedan optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. El derecho de huelga se analiza en un acápite posterior.

2.4.3. El contenido de la convención colectiva

El artículo 2 del Convenio N°. 154 de la OIT define el contenido de la negociación colectiva en fijar las condiciones de trabajo y de empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores y sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos sus fines a la vez, Así, la norma internacional del trabajo es lo suficientemente amplia para abordar las más diversas materias que se producen en las relaciones laborales. Esto no ha impedido en reconocer

que determinadas materias como el número de personal, el poder de dirección o el propio funcionamiento de los asuntos de gobierno se encuentren fuera del alcance de la negociación colectiva¹²¹.

En el caso colombiano el artículo 468 del CST define el contenido de las convenciones colectivas refiriéndose a cualquier estipulación que acuerden las partes sobre las condiciones generales de trabajo. En las negociaciones colectivas de empleados públicos el Decreto 160 de 2014 excluye una serie de materias de la negociación colectiva: la estructura general del Estado, la competencia constitucional y legal de las autoridades públicas, la carrera administrativa, el poder disciplinario, etc., materias similares a las aceptadas por los órganos de control de la OIT.

La dificultad se produce con el mencionado artículo 4 constitucional que prohíbe modificar las pensiones por medio de la negociación colectiva. Esta materia es abordada por la Corte Constitucional estableciendo que ni existe una vulneración de los derechos fundamentales ni tampoco representa un desconocimiento de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical¹²². En el caso de la vulneración de los derechos fundamentales, la Corte sostiene que la reforma constitucional respeta los derechos adquiridos como las expectativas legítimas del acceso a la pensión de jubilación contenida en el pacto o la convención colectiva. En el caso de las dos recomendaciones de la OIT, la Corte afirma que la reforma es compatible con ellas porque considera la vigencia de las convenciones colectivas hasta su vencimiento y respecto a las convenciones posteriores a la fecha de entrada de vigencia de la reforma no se encuentran protegidas por los derechos adquiridos y por ende sometidos a la aplicación de la reforma¹²³.

No obstante la sentencia constitucional, la Comisión de Expertos le recuerda al Gobierno colombiano que

[E]l establecimiento por la ley de un sistema general y obligatorio de pensiones es compatible con la negociación colectiva a través de un sistema complementario. En estas condiciones, la Comisión pide al Gobierno que, en consulta con los interlocutores sociales representativos, tome las medidas necesarias para que no se prohíba

¹²¹ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 921.

¹²² La Corte Constitucional colombiana alude al *Caso 2434* donde las organizaciones sindicales colombianas presentaron una queja ante el Comité de Libertad Sindical por la violación a la negociación libre y voluntaria que comete la reforma del artículo 48 de la Constitución. El CLS recomienda: “i) en cuanto a las convenciones celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación, pide una vez más al Gobierno que adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento; ii) en cuanto a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del acto legislativo núm. 01, pide una vez más al Gobierno que teniendo en cuenta las circunstancias particulares de este caso, y con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realice de nuevo consultas detalladas dirigidas exclusivamente a los interlocutores sociales acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución negociada aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia, en particular asegurando que las partes en la negociación colectiva puedan mejorar las prestaciones legales sobre pensiones y esquemas de pensiones por mutuo acuerdo”.

¹²³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-555 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Pretelt Chaljub.

que las partes en la negociación colectiva puedan, tanto en el sector privado como público, mejorar las pensiones a través de prestaciones complementarias, cuando ello sea posible desde el punto de vista presupuestario para las empresas e instituciones públicas¹²⁴.

El fundamento del pronunciamiento de la Comisión de Expertos es el artículo 5, 2 b) del Convenio 154 donde las medidas nacionales que deben adoptarse para fomentar la negociación colectiva tienen por objetivo que la negociación colectiva se extienda a todas las materias señaladas en la norma internacional del trabajo. La reforma constitucional significa un retroceso en tanto las pensiones era una materia que se abordaba en las convenciones colectivas antes de su implementación.

2.4.4. Los efectos de la convención colectiva

Los efectos de la convención colectiva aluden a las consecuencias que provocan sus cláusulas sobre las relaciones de trabajo dentro de su ámbito de aplicación. La Recomendación N.º 91 de la OIT sobre los contratos colectivos¹²⁵ le reconoce en su tercera disposición los siguientes efectos. En primer lugar, el contrato colectivo obliga a los firmantes, a las personas en cuyo nombre se celebra, por lo que los empleadores y los trabajadores no deben estipular en los contratos de trabajo disposiciones contrarias a las del contrato colectivo. En segundo lugar, las disposiciones de los contratos de trabajo contrarios a los contratos colectivos deben ser consideradas como nulas y deben sustituirse de oficio por las disposiciones correspondientes del contrato colectivo. En tercer lugar, las disposiciones de los contratos de trabajo que sean más favorables para los trabajadores que las previstas por el contrato colectivo no deberían considerarse contrarias al contrato colectivo.

La Corte Constitucional reconoce que la convención colectiva tiene dos elementos: normativo y obligacional. El elemento normativo consiste en la vocación de permanencia de sus disposiciones al estar instituidas para regular las relaciones de trabajo individual en la empresa, es decir regular los contratos individuales de trabajo. Estas cláusulas constituyen derecho objetivo, se incorporan al contenido mismo de los contratos de trabajo, por lo que contienen las obligaciones concretas del empleador frente a cada trabajador y a la generalidad de los trabajadores. Por ejemplo, las que fijan la jornada de trabajo, los descansos, los salarios, las prestaciones sociales, etc. El elemento obligacional está compuesto por las cláusulas que señalan deberes u obligaciones recíprocas entre las partes con la finalidad de asegurar su efectividad. Por ejemplo, las cláusulas que establecen las comisiones o tribunales de conciliación y arbitraje, las sanciones por las violación de las estipulaciones que constituyen la parte normativa, los mecanismos para garantizar la libertad sindical¹²⁶.

¹²⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 104º. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2015, p. 67.

¹²⁵ Debe entenderse que cuando la Recomendación 91 se refiere a los contratos colectivos debe extenderse a la denominación nacional que utilice la legislación nacional. En el caso colombiano son las convenciones colectivas de trabajo.

¹²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-902 de 2003. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Los artículos 470, 471 y 472 del CST regulan el ámbito de aplicación y la extensión de la convención colectiva de trabajo. Su ámbito de aplicación cubre a los miembros del sindicato que lo haya celebrado y a quienes se adhieran a la convención colectiva o ingresen posteriormente al sindicato. Si el número de afiliados del sindicato que celebra la convención colectiva supera a la tercera parte del total de trabajadores de la empresa, la convención se extiende a ellos aunque no se encuentren sindicalizados. También la extensión se produce cuando el número de afiliados al sindicato llega a superar la tercera parte de los trabajadores con posterioridad a la firma de la Convención. Finalmente, el Gobierno puede extender una convención colectiva cuando comprenda más de las dos terceras partes de una rama industrial en una determinada región económica a las demás empresas de la misma industria de esa región, que sean de igual o semejante capacidad técnica y económica. Esta extensión por acto gubernamental se produce siempre que en dichas empresas no existan convenciones que consagren mejores condiciones para los trabajadores.

La jurisprudencia laboral ha precisado estas regulaciones en sus sentencias. Así la Corte Suprema interpreta que la ley autoriza la no aplicación de la convención colectiva de trabajo a dependientes de una misma empresa cuando las condiciones económicas de la zona no son similares entre la principal y la filial o subsidiaria, aún dentro del territorio nacional¹²⁷. De igual modo, sostiene que las partes en una convención colectiva tienen libertad para negociar libremente a cuáles personas se va aplicar el mismo. Pueden las partes pactar la exclusión de algún tipo de trabajador sin que con ello se esté violando las normas sobre extensión de la convención a terceros ya que dicha exclusión proviene de la voluntad expresa de las partes¹²⁸. Asimismo, las convenciones colectivas se extienden a todos los trabajadores, independientemente que sean o no sindicalizados, salvo que alguno o algunos no sindicalizados hubiesen renunciado expresamente a los beneficios del acuerdo¹²⁹.

Lo que se cuestionó de la regulación del CST es el parámetro de superar la tercera parte de los trabajadores de la empresa para aplicar la convención colectiva al íntegro del personal. La Corte Constitucional declaró exequible el artículo 470 del CST sosteniendo que con ello se protege la libertad sindical negativa, es decir el derecho de no afiliación de los trabajadores. Según el Alto Tribunal, si la mayoría de los trabajadores de una empresa no ha decidido sindicalizarse, ese derecho debe protegerse y una de sus protecciones consiste que el acuerdo suscrito entre el empleador y el sindicato no se les aplique. Además, los trabajadores no sindicalizados cuentan con un mecanismo de negociación para regir las relaciones de trabajo con su empleador que es el pacto colectivo. Finalmente, argumenta la Corte, que extender la convención colectiva significa desconocer que la mayoría de los

¹²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia de 1 de marzo de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader.

¹²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia de 22 de julio de 1999. Magistrado Ponente: Luis Toro Correa.

¹²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia de 11 de agosto de 2004. Magistrado Ponente: Gustavo Gnecco Mendoza.

trabajadores no son sindicalizados, por lo que sus intereses no son representados por el sindicato negociador del acuerdo¹³⁰.

Aunque los argumentos de la Corte son plausibles para defender el parámetro establecido por la ley. Sin embargo, su interpretación conduciría a sostener que no cabe la extensión de la convención colectiva mientras el sindicato negociador no representase a la mayoría de los trabajadores de la unidad de negociación, por lo que el parámetro de superar la tercera parte de los trabajadores inclusive estaría por debajo de su criterio.

2.4.5. La vigencia de la convención colectiva

La vigencia de la convención colectiva tiene la duración que establezcan las partes en el acuerdo. En el caso que no esté definida, el artículo 477 señala que se presume celebrada por términos sucesivos de seis meses en seis meses. A su vez, si ninguna de las partes manifiesta una voluntad de dar por terminada su vigencia dentro de los sesenta días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis en seis meses que se contarán desde la fecha señalada para su terminación (artículo 478).

La pérdida de vigencia de una convención colectiva de trabajo se manifiesta con su denuncia. Conforme al artículo 479 del CST, la denuncia es válida cuando se manifiesta por escrito dar por terminada la convención, ya sea por una de las partes o por ambas separadamente. Formulada la denuncia, ésta continuará vigente hasta no se acuerde una nueva convención.

La Corte Constitucional declaró exequible tanto la prórroga automática (artículo 478) y la denuncia de la convención colectiva (artículo 479)¹³¹.

2.4.6. Los pactos colectivos

El tema más controversial de la negociación colectiva colombiana se produce con los pactos colectivos. Éstos son los acuerdos que celebran el empleador y los trabajadores no sindicalizados por medio de una delegación negociadora. El pacto colectivo sólo es aplicable a quienes lo suscriben o se adhieran posteriormente a ellos señala el artículo 481 del CST. Sin embargo, este instrumento que debería permitir a los trabajadores no sindicalizados o sin la posibilidad de constituir un sindicato definir con su empleador sus condiciones de trabajo, por el contrario se ha convertido en una herramienta para socavar la libertad sindical.

Un buen ejemplo en la utilización del pacto colectivo como una acción antisindical se ventiló en el *Caso 2877* ante el Comité de Libertad Sindical. El sindicato de la empresa Brinks (Sintrabrinks) presentó una queja señalando - entre una de sus reclamaciones- que la empresa provocó la desafiliación de trabajadores por medio de la adhesión al pacto colectivo. Muestra de ello es que una cláusula del pacto colectivo impone como condición para beneficiarse de él, que el trabajador se desafilie del sindicato. El Comité señala en su pronunciamiento que “deben respetarse los principios de la negociación

¹³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-710 de 1996. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

¹³¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-902 de 2003. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

colectiva teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 4 del Convenio núm. 98 y que los pactos colectivos no deben ser utilizados para menoscabar la posición de las organizaciones sindicales¹³². Previamente, el Comité de Libertad Sindical se pronunció en los mismos términos en los casos colombianos 2239 y 2362.

También la Comisión de Expertos se pronunció sobre los pactos colectivos, señalando la necesidad de garantizar que los pactos colectivos no sean utilizados para menoscabar la posición de las organizaciones sindicales y la posibilidad en la práctica de celebrar convenios colectivos con éstas¹³³.

El conflicto reside en que la legislación colombiana permite que en la misma empresa puedan existir simultáneamente una convención colectiva de trabajo con el sindicato y un pacto colectivo con los trabajadores no sindicalizados, siempre que el sindicato no represente a más de un tercio de los trabajadores de la empresa, conforme lo prescriben los artículos 470 y 471 del CST.

Esta simultaneidad de acuerdos en la misma empresa ha recibido el respaldo de la Corte Constitucional:

La libertad patronal para celebrar pactos colectivos que coexistan con convenciones colectivas, cuando ello es permitido según las precisiones anteriores, igualmente se encuentra limitada por las normas constitucionales. (...) Lo dicho antes permite a la Sala establecer como regla general que la libertad de los patronos para regular a través de pactos colectivos las relaciones de trabajo, cuando estos vayan a coexistir con convenciones colectivas en la empresa, se encuentra restringida o limitada por el conjunto de derechos, valores y principios que reconoce la Constitución. En otros términos, la aludida libertad queda incólume y goza de la protección constitucional y legal, pero no puede ejercerse o utilizarse por el patrono para afectar los derechos fundamentales de los trabajadores y de la organización sindical¹³⁴.

La permisividad legal y jurisprudencial colombiana provocó situaciones donde el pacto colectivo otorgaba mejores derechos a los trabajadores no sindicalizados que la convención colectiva del sindicato. Una situación jurídica que consagraba la discriminación de los sindicalistas y el socavamiento de la organización sindical.

La Corte Constitucional tuvo que reconocer que esta situación era discriminatoria y violaba los derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos en la Constitución:

Reiterando lo que dijo esta Corte en la sentencia SU-342/95, nada se opone a que el patrono celebre pactos colectivos con sus trabajadores no sindicalizados que coexistan con convenciones colectivas; tampoco está proscrito que el patrono unilateralmente mejore las condiciones de

¹³² COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT. *Informe número 367, Caso 2877*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, junio 2011, párrafo 505.

¹³³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte IA)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 101°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2012, p. 119.

¹³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-342 de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

trabajo de sus trabajadores. Pero lo que si no le está permitido es utilizar estos mecanismos, para crear condiciones de trabajo para los trabajadores no sindicalizados diferentes a las previstas para los trabajadores sindicalizados, cuando las circunstancias fácticas no justifican desde el punto de vista de su diferencia, objetividad, racionalidad, razonabilidad y finalidad un tratamiento distinto, pues si lo hace lesiona los derechos a la igualdad, a la asociación sindical y a la negociación colectiva. (...) En este orden de ideas, como se expresó en la aludida sentencia, se llega a la misma conclusión, con respecto a la coexistencia entre pactos y convenciones colectivas, en el sentido de que las condiciones de trabajo que ofrezca la empresa, de modo general y en forma unilateral a sus trabajadores no sindicalizados, deben ser iguales a las establecidas en la Convención Colectiva, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad. No obstante, se aclara que la anterior no se opone a que se establezcan diferencias salariales, aplicando el principio a trabajo igual salario igual, que naturalmente tengan un fundamento razonable¹³⁵.

La dificultad del planteamiento del Alto Tribunal es que los sindicatos debían demandar judicialmente cuando en una misma empresa existiese un pacto colectivo y una convención colectiva, y ésta fuese peyorativa frente aquélla. De este modo la protección sólo se lograría por medio de acciones de tutela, lo que conllevó a que se utilizase de manera recurrente la garantía constitucional. Reiteradamente, tuvo la Corte Constitucional que pronunciarse sobre la acción antisindical que representaban los pactos colectivos en el escenario laboral colombiano, señalando que: “a pesar de existir acuerdos lícitos con aquellos trabajadores que no pertenecen a una asociación sindical, se vulnera el derecho a la asociación sindical si las diferencias en las condiciones de trabajo estimulan la deserción de los agremiados, lo que a la postre podría convertir en minoritaria su participación al interior del ente empleador”¹³⁶. La acumulación de sentencias constitucionales con el tenor reseñado y el simultáneo crecimiento de pactos colectivos en el país retrataron el abuso de derecho que se comete por un sector de empleadores colombianos.

Los reiterados pronunciamientos de los órganos de control de la OIT que condenan los pactos colectivos que vulneran la libertad sindical obligaron al Gobierno colombiano a modificar con la Ley 1453 de 2011 el Código Penal e introducir como delito en su artículo 200: “el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa”. Sin embargo, al igual que con la penalización de la violación al derecho de asociación, su impacto real ha sido poco significativo.

A pesar de las sentencias constitucionales y la reforma del Código Penal, como bien subraya la Comisión de Expertos de la OIT, que cuando existe un sindicato en la empresa los acuerdos colectivos con trabajadores no

¹³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-569 de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

¹³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-345 de 2007. Magistrado Ponente: Clara Vargas Hernández.

sindicalizados no deberían producirse¹³⁷, por lo que sólo caben los pactos colectivos en ausencia de organizaciones sindicales¹³⁸. Mientras Colombia no modifique el artículo 481, en los términos planteados por el órgano de control de la OIT, se van a mantener las violaciones a la libertad sindical en esta materia.

2.5. El derecho de huelga

En Latinoamérica se reconoce el derecho de huelga en las constituciones nacionales, pero su desarrollo legislativo suele restringirlo o recortar su ejercicio. La Constitución colombiana lo reconoce en los dos primeros párrafos del artículo 56 estableciendo que se le garantiza, salvo en los servicios públicos esenciales que son definidos por el legislador. Asimismo, se reserva a la ley su reglamentación.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias sobre el derecho de huelga conformando una jurisprudencia constitucional en la materia. El Alto Tribunal ha afirmado que el derecho de huelga no es un derecho fundamental porque su ejercicio requiere una reglamentación legal¹³⁹. El derecho de huelga solo puede ejercerse legalmente cuando se respetan los cauces señalados por el legislador¹⁴⁰. El derecho de huelga puede ser objeto de tutela cuando se encuentra en conexión íntima con los derechos al trabajo y a la libre asociación sindical, derechos que si ostentan el carácter de fundamentales¹⁴¹. El derecho de huelga solamente puede excluirse en caso de los servicios públicos esenciales, cuya determinación corresponde de manera exclusiva al legislador o los señalados como tales por el Constituyente de acuerdo con la interpretación realizada acerca del contenido de las normas constitucionales vigentes¹⁴². El derecho de huelga puede ser restringido por el legislador para proteger el interés general y los derechos de los demás¹⁴³ o cuando de su ejercicio se deriva la alteración del orden público¹⁴⁴.

Así como el Alto Tribunal pone el énfasis al rol del legislador en la determinación del derecho de huelga, también subraya que:

El ejercicio del derecho de huelga no puede escaparse a la función social que le es inherente, como instrumento que permite mantener equilibrio entre las dos fuerzas del capital y el trabajo y asegurar relaciones laborales más justas, lo cual repercute en la paz y en la

¹³⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 101°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2012, p. 119.

¹³⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 87.

¹³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-443 de 1992. Magistrado Ponente: José Hernández Galindo.

¹⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-473 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁴¹ Sentencia Ídem.

¹⁴² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-432 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-443 de 1992. Magistrado Ponente: José Hernández Galindo.

¹⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-548 de 1994. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

convivencia social. De ahí que el legislador pueda regular dicho derecho a efectos de proteger otros intereses sociales iguales o superiores¹⁴⁵.

Bajo este marco jurisprudencial analizamos los elementos del derecho de huelga.

2.5.1. La titularidad del derecho de huelga

Si bien el derecho de huelga no está expresamente recogido en el Convenio N°.87 de la OIT, los órganos de control del organismo internacional coinciden en sostener que este derecho se deriva del Convenio¹⁴⁶¹⁴⁷, siendo su titular las organizaciones de trabajadores (sindicatos, federaciones y confederaciones)¹⁴⁸

Curiosamente la titularidad del derecho de huelga en Colombia se establece en términos de exclusión en el primer párrafo del artículo 417 del CST: “(...) Las federaciones y confederaciones tienen derecho de personería jurídica propia y las mismas atribuciones de los sindicatos, *salvo la declaración de huelga, que compete privativamente, cuando la ley lo autoriza, a los sindicatos respectivos o grupos de trabajadores directa o indirectamente interesados (...)* (la cursiva es mía)”. Esto significa que los titulares del derecho de huelga en el país andino son los sindicatos y los grupos de trabajadores coaligados, siendo excluidas de su titularidad las organizaciones sindicales de segundo y tercer nivel –las federaciones y las confederaciones–.

Esta interpretación ha recibido el respaldo de la Corte Constitucional bajo los siguientes argumentos:

Los sindicatos tienen como objetivo principal representar los intereses comunes de los trabajadores frente al empleador, lo cual se manifiesta primordialmente en la integración de comisiones de diferente índole, en la designación de delegados o comisionados, en la presentación de pliego de peticiones, en la negociación colectiva y la celebración de convenciones colectivas y contratos colectivos, en la declaración de huelga y la designación de árbitros (...). En cambio las federaciones y confederaciones son uniones sindicales de segundo y de tercer grado, que desarrollan funciones de asesoría de sus organizaciones afiliadas ante los respectivos empleadores en la tramitación de sus conflictos y frente a las autoridades o terceros de cualesquiera reclamaciones (...).

La representación directa de los trabajadores en el conflicto económico que han planteado al empleador a través del pliego de peticiones corresponde exclusivamente a los sindicatos (...). En tales circunstancias se justifica constitucionalmente, que las federaciones y confederaciones estén excluidas de una decisión, como es la

¹⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1369 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 523.

¹⁴⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Dar un rostro humano a la Globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III. Parte 1B*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2012, párrafo 119.

¹⁴⁸ Ídem., párrafo 122.

declaración de huelga, que es una cuestión que toca de manera directa y sustancial con los intereses de los trabajadores afiliados y aun con los no afiliados. Ello es así, si se tiene en cuenta que eventualmente podrían presentarse conflictos de intereses entre los trabajadores afiliados al sindicato o no afiliados y la federación o confederación correspondiente, en el evento de que aquellos hayan decidido declarar la huelga o no declararla y ésta adopte una determinación contraria.

Otro argumento que se puede dar en beneficio de esa restricción, consiste en que la decisión de irse o no a la huelga, compete de manera privativa a los trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa, y son estos y no las organizaciones de segundo y tercer nivel, quienes en su fuero interno pueden determinar en toda su dimensión los efectos económicos y jurídicos que se producen con la declaratoria de huelga y en relación con su contrato de trabajo, v.gr., cesación de pago de sueldos y prestaciones¹⁴⁹.

La sentencia constitucional retrata la visión jurídica restringida del rol que deben cumplir las federaciones y confederaciones en Colombia: ser solo organizaciones sindicales que presten asesoría a sus sindicatos afiliados. Asimismo, impone que la estructura sindical que deben adoptar los trabajadores sean los sindicatos a nivel de empresa, atomizando con ello el movimiento sindical. Sostiene que solo los sindicatos de base están en condición de defender los intereses de sus afiliados, mientras que las federaciones y confederaciones pueden tener intereses opuestos a los de sus propias bases. Este fragmento de la sentencia constitucional revela la mermada concepción de la libertad sindical en el plano de las organizaciones sindicales de segundo y tercer nivel, contradiciendo al propio Alto Tribunal en sus sentencias donde protege a los trabajadores y a las organizaciones sindicales.

Los órganos de control internacional de la OIT se han pronunciado en contra de la legislación colombiana sobre este tema. El Comité de Libertad Sindical subraya que “la prohibición impuesta a las federaciones y confederaciones de declarar la huelga no es compatible con el Convenio núm. 87”¹⁵⁰. La Comisión de Expertos solicita al Gobierno colombiano modificar el artículo 417 del CST que prohíbe la huelga a las federaciones y confederaciones por ser incompatible con los artículos 3 y 6 del Convenio 87¹⁵¹.

Tomando en consideración que el Convenio N°. 87 de la OIT se ubica en el *bloque de constitucionalidad en sentido estricto*, conforme lo estableció la Corte Constitucional colombiana, y el artículo 56 de la Constitución no prohíbe el derecho de huelga a las federaciones y confederaciones, por lo que no existe un conflicto entre ambas regulaciones que gozan de rango constitucional. Se puede sostener que el artículo 417 cuando le prohíbe a las federaciones y

¹⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-797 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁵⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 525.

¹⁵¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte IA)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 86.

confederaciones la declaración de huelga está violando una norma con rango constitucional –el Convenio 87–. Cuando la sentencia de la Corte Constitucional declara exequible esa regulación del CST se centra en sostener que el legislador no viola la Constitución sin valorar los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT sobre el Convenio 87. En otras palabras, el juicio de constitucionalidad del artículo 417 implementado por el Alto Tribunal es incompleto.

2.5.2. La definición del derecho de huelga

El artículo 429 del CST define el derecho de huelga en estos términos: “Se entiende por huelga 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 empleadores y previos los trámites establecidos en el presente título”.

Se cuestionó la constitucionalidad del artículo 429, resolviendo el Alto Tribunal que es condicionalmente exequible la expresión “con fines económicos y profesionales” en el entendido de que tales fines no excluyen la huelga atinente a la expresión de posiciones sobre políticas sociales, económicas o sectoriales que incidan directamente en el ejercicio de la correspondiente actividad, ocupación, profesión u oficio. Lo que hace la Corte es distinguir la huelga política que no está dirigida a proteger los intereses económico y profesionales de los trabajadores, sino “exigir de cualquier autoridad del Estado la ejecución de algún acto reservado a su determinación”; y la huelga económico social o de protesta que busca “soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social, que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida”¹⁵², siendo esta última lícita.

Esta interpretación de la Corte Constitucional se apoya en los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT como lo menciona en su propia sentencia. En efecto, el Comité de Libertad Sindical señala:

Si bien las huelgas de naturaleza puramente política no están cubiertas por los principios de la libertad sindical, los sindicatos deberían poder organizar huelgas de protesta, en particular para ejercer una crítica contra la política económica y social del gobierno. Las organizaciones sindicales deberían tener la posibilidad de recurrir a huelgas de protesta, en particular con miras a ejercer una crítica con respecto a la política económica y social de los gobiernos¹⁵³.

La definición del derecho de huelga establecido por el CST tiene como efecto jurídico señalar qué modalidades de huelga pueden implementarse lícitamente en el país. En principio, la definición se aleja de la noción tradicional o clásica que pone el énfasis en la abstención colectiva de labores con abandono del lugar de trabajo y cuya finalidad sea presionar a su empleador. En la legislación

¹⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-858 de 2008. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁵³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 529.

colombiana lo que se exige es un colectivo de trabajadores que suspenda sus labores de manera temporal y pacífica con fines económicos y profesionales. Esto permite una amplia variedad de modalidades de huelga que podrían materializarse sin violar la normativa. El propio Alto Tribunal sostiene que el texto constitucional no establece ninguna limitación sobre los tipos de huelga, por lo que el contenido del derecho debe ser interpretado en sentido amplio¹⁵⁴

Por ejemplo, el pronunciamiento de la Corte Constitucional que otorga cobertura legal a la huelga de solidaridad:

[S]i el Constituyente consagró la garantía para ejercer el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales -con lo cual se busca garantizar la continuidad de su prestación en atención al interés general que se vería conculcado-, es de entender que también prohibió el ejercicio de sus distintas modalidades o manifestaciones, entre las cuales milita la denominada huelga por solidaridad. Entonces, si este derecho tiene un alcance amplio que en modo alguno sugiere la exclusión de la modalidad en comento, no cabe duda de que tal ejercicio solidario goza de pleno y legítimo sustento constitucional¹⁵⁵.

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional se implementa desde la noción del contenido esencial de derecho de huelga que instituye desde su interpretación del artículo 56 de la Constitución. El Alto Tribunal afirmó que el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de pertenecer a este tipo. El núcleo esencial es rebasado o desconocido cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hagan impracticable o dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de su necesaria protección¹⁵⁶.

Sobre lo señalado, la Corte define que el núcleo del derecho de huelga es la facultad de los trabajadores de presionar a sus empleadores mediante la suspensión colectiva de labores para lograr que se resuelva de manera favorable a sus intereses el conflicto colectivo de trabajo. Esta facultad no es absoluta. Por ello la importancia de trazar las fronteras de su contenido esencial, permitiendo que las restricciones que el legislador pueda establecer suponga el socavamiento del propio derecho. En palabras de la Corte:

El punto es que la huelga constituye un mecanismo cuya garantía implica el equilibrar las cargas de trabajadores y empleadores en el marco del conflicto colectivo de trabajo. Las restricciones al derecho de huelga deberán tener en cuenta este propósito, de modo que si bien tal derecho puede ser limitado con el fin de proteger otros de mayor jerarquía (v.g. los derechos fundamentales) o el interés general (bajo la

¹⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-122 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Pretelt Chaljub.

¹⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-201 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

¹⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-426 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

forma del orden público, por ejemplo), el poder de la Constitución pretende reconocer a los trabajadores no puede quedar desfigurado¹⁵⁷.

2.5.3. Las restricciones del derecho de huelga

Las restricciones al derecho de huelga son establecidas en el artículo 430 del CST, sin embargo esta regulación es pre constitucional. En efecto, el texto original del Código de 1950 sólo fue modificado por el Decreto 753 de 1956, sin que posteriormente esta regulación haya recibido alguna reforma, por lo que el artículo 430 se mantiene vigente desde esa fecha, a pesar que la Constitución de 1991 con las normas internacionales del trabajo introducen regulaciones más protectoras en favor del trabajador. Esta evidente contradicción explica los problemas jurídicos en el ejercicio del derecho de huelga.

La centralidad de los supuestos que restringen el ejercicio del derecho de huelga conduce a analizar cada uno de los supuestos de manera autónoma para precisar su constitucionalidad en el ordenamiento colombiano. A esto debemos agregar que la Corte Constitucional reiteradamente ha señalado que estos supuestos de restricción que formule el legislador sobre el derecho de huelga están sujetos a la revisión del Alto Tribunal.

El artículo 56 de la Constitución señala que no está garantizado el ejercicio de la huelga en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador y que la ley reglamenta el derecho. La Corte Constitucional ha interpretado que el derecho de huelga está restringido bajo dos formas. En primer lugar, que se encuentra prohibido su ejercicio en los servicios públicos esenciales que determine el legislador y los señalados por el Constituyente, de acuerdo con la interpretación realizada acerca del contenido de las normas constitucionales vigentes. En segundo lugar, respecto a los demás casos, su ejercicio debe ceñirse a la reglamentación que haga el legislador¹⁵⁸. Aquí nos interesa centrarnos en la primera restricción.

El Alto Tribunal interpreta que la falta de garantía en el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos esenciales dispuesto por el artículo constitucional significa su prohibición. En mi opinión, es una interpretación restrictiva, más aún si se trata de un derecho constitucional. La falta de garantía significa ausencia de protección sobre el ejercicio del derecho, pero no su prohibición. En términos prácticos, podría interpretarse que la falta de protección jurídica conduce a que el ejercicio de la huelga puede ser vulnerado sin que los trabajadores puedan solicitar la tutela de su derecho ante el organismo judicial. Sin embargo, la falta de tutela no equivale a su prohibición. Además, como analizamos posteriormente, en el caso de las labores en los servicios esenciales, se restringe el ejercicio del derecho exigiendo que la organización sindical asegure un servicio mínimo de funcionamiento, pero no se le prohíbe a todo el personal ejercitar la huelga.

Los primeros párrafos del artículo 430 del CST disponen: “De conformidad con la Constitución Nacional, está prohibida la huelga en los servicios públicos. Para este efecto se considera como servicio público toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y

¹⁵⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-432 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵⁸ Sentencia *Ibíd.*

continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”. La regulación alude al artículo 18 de la Constitución de 1886.

Estos párrafos que prohíben la huelga en los servicios públicos son más extensos que la propia Constitución de 1991 que utiliza el término “servicios públicos esenciales”. La Corte Constitucional se abocó a analizar su constitucionalidad teniendo presente que la regulación del CST es previa a la vigencia de la Constitución.

Para el Alto Tribunal este párrafo fue declarado constitucional de manera condicionada, es decir, siempre que se le entienda como servicios públicos esenciales. En palabras de la Corte, no todo servicio público resulta siendo esencial, por lo que una interpretación que considere cualquier servicio público como tal conduce a una prohibición excesiva de la huelga. Como sostiene la Corte, la esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, ni por la importancia de la actividad en la economía nacional ni en la magnitud del perjuicio que representa su interrupción por la huelga. Tampoco puede radicar en la invocación abstracta de la utilidad pública o de la satisfacción de los intereses generales, la cual es consustancial a todo servicio público.

Para la Corte:

El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales de la persona y de las garantías dispuesta para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad¹⁵⁹.

Si bien con la sentencia la Corte restringe la interpretación proveniente del artículo 430 del CST descartando que la huelga está prohibida en cualquier servicio público, también su noción de servicio público esencial resulta excesivamente amplio sin precisar con un parámetro objetivo cuándo nos ubicamos en una actividad económica que resulta siendo esencial para la sociedad. Señalar que una actividad económica que contribuye a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses es esencial resulta tautológico. Esta falta de precisión de la Corte le va a conducir en posteriores sentencias a ser excesivamente permeable en su valoración constitucional sobre las causales de servicios públicos esenciales establecidas en el CST.

En cambio, el Comité de Libertad Sindical plantea dos criterios precisos para identificar un servicio esencial. En primer lugar, el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población¹⁶⁰. En segundo lugar, un servicio no esencial puede convertirse en uno esencial cuando la duración de una huelga

¹⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-473 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., párrafo 581.

rebasa cierto período o cierto alcance y poner así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población¹⁶¹.

El primer supuesto establecido como servicio público por el artículo 430 son “las que se presten en cualquiera de las ramas del poder público” (inciso a). La Corte Constitucional distingue entre los servicios públicos esenciales y los no esenciales, por lo que en coherencia con lo resuelto sobre el carácter esencial del servicio público, solo aquellas actividades implementadas por el poder público que se consideren esenciales se les permite restringir el derecho de huelga¹⁶². Si bien esta interpretación formulada no es precisa, por lo menos elimina aquella que postule la prohibición de la huelga en el sector público. En respaldo de esta apreciación lo encontramos en la fórmula planteada por el Comité de Libertad Sindical para la huelga en la función pública:

El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse: a) en la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercer funciones de autoridad en nombre del Estado, o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en todo o en parte de la población)¹⁶³.

El segundo supuesto establecido como servicio público por el artículo 430 son las actividades de “empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones” (inciso b). La Corte Constitucional lo declaró exequible al considerar que las actividades de transporte de tierra, agua y aire están destinadas a asegurar la libertad de circulación (artículo 24 C.P.) o pueden constituir medios necesarios para el ejercicio o la protección de otros derechos fundamentales (vida, salud, educación, trabajo, etc.). En el caso de las telecomunicaciones constituyen servicios esenciales, porque ellas tienden a garantizar la libertad de expresar y difundir el pensamiento y las opiniones y la de informar y recibir información. Igualmente, pueden resultar necesarias o constituir medios para asegurar el ejercicio o el amparo de otros derechos fundamentales¹⁶⁴. Respecto a las actividades de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, larga distancia nacional e internacional, gas combustible, el Alto Tribunal los considera servicios públicos domiciliarios esenciales porque constituyen instrumentos adecuados para asegurar las finalidades sociales del Estado, en lo que atañe con el bienestar general y el mejoramiento de las condiciones de vida de los integrantes de la comunidad y la realización efectiva de ciertos derechos fundamentales de las personas¹⁶⁵.

La Comisión de Expertos cuestiona el inciso b) del artículo 430 del CST por considerar que es una gama demasiado amplia de servicios que son

¹⁶¹ Ídem., párrafo 582.

¹⁶² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-473 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., párrafo 576.

¹⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-450 de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-663 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

necesariamente esenciales en el sentido estricto del término¹⁶⁶. El Comité de Libertad Sindical es más preciso en su valoración sobre las actividades recogidas en el inciso b). Para el órgano internacional pueden ser considerados como servicios esenciales: los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua y los servicios telefónicos¹⁶⁷. En cambio, no constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término: la radio-televisión, los transportes (en general), los pilotos de líneas aéreas y los transportes metropolitanos¹⁶⁸.

A la luz de la interpretación de los órganos de control de la OIT algunas actividades consideradas por la Corte Constitucional como servicios públicos esenciales carecen de esa valoración desde una lectura del Convenio 87 de la OIT. Bajo estos pronunciamientos, la Corte Constitucional resulta permisivo dejando a un lado que sus sentencias significan restringir el ejercicio de un derecho constitucional.

El tercer supuesto establecido como servicio público por el artículo 430 son las actividades de “establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas” (inciso c). Los órganos de control de la OIT no han cuestionado este supuesto, el propio Comité de Libertad Sindical considera que el sector hospitalario puede ser considerado como un servicio esencial¹⁶⁹. Aunque como veremos al final del acápite, esto no significa que los trabajadores de la salud están prohibidos de ejercitar el derecho de huelga, sino más bien que deben asegurar los servicios mínimos que eviten poner en peligro la vida o la salud de las personas. Por ejemplo, los servicios de emergencia deben estar funcionando normalmente.

El cuarto supuesto establecido como servicio público por el artículo 430 son las actividades de “establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia”. La Corte establece constitucional la regulación en el entendido que sólo se restringe el derecho de huelga en aquellos establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia, que atiendan necesidades básicas de sujetos de especial protección constitucional. La Corte Constitucional considera que estas actividades contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales¹⁷⁰.

¹⁶⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 86.

¹⁶⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 585.

¹⁶⁸ Ídem., párrafo 587.

¹⁶⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., párrafo 585.

¹⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-122 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Pretelt Chaljub.

La Comisión de Expertos considera que no todos los establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia se corresponden a una actividad de servicios esenciales¹⁷¹.

El quinto supuesto establecido en el CST sobre las actividades de establecimientos de “leche, plazas de mercado, mataderos, y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados” (inciso e) fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por considerar que el legislador formalmente no lo establece como un servicio público esencial dado el tiempo transcurrido desde la vigencia de la Constitución de 1991 sin que haya una legislación al respecto¹⁷². El CLS coincide con la apreciación del Alto Tribunal pero en el plano del contenido, porque señala que las actividades agrícolas, el abastecimiento y la distribución de productos alimenticios no constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término¹⁷³.

El sexto supuesto establecido como servicio público por el artículo 430 son las actividades de “todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones” (inciso f). La Comisión de Expertos cuestiona este supuesto como un servicio esencial porque es excesivamente amplio en su formulación¹⁷⁴. Por ejemplo, el Comité de Libertad Sindical señala que el servicio de recolección de basuras no constituye un servicio esencial, aunque reconoce que puede convertirse en un servicio esencial en tanto la duración de la huelga rebase cierto período poniendo en peligro la salud de toda o parte de la población¹⁷⁵.

El séptimo supuesto establecido en el CST sobre las actividades de establecimientos de “explotación, elaboración y distribución de sal” (inciso g) fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional. La importancia de la sentencia C-691 de 2008 reside no solo en la declaración de inconstitucionalidad, sino que también modifica su inicial interpretación de los servicios públicos esenciales considerando que resulta muy amplia:

[P]ues innumerables actividades de la vida social y económica están relacionadas con los derechos y libertades fundamentales. Una aplicación estricta de este criterio podría desnaturalizar la garantía del derecho de huelga contenida en el artículo 56 de la Constitución, pues extendería de manera inadmisiblemente el ámbito de restricción del derecho de huelga¹⁷⁶.

¹⁷¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 86.

¹⁷² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-075 de 1997: Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

¹⁷³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 587.

¹⁷⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 86.

¹⁷⁵ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafos 582 y 587.

¹⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-691 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel Cepeda Espinosa.

La Corte arriba a esta conclusión al revisar e incorporar los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT dentro de análisis del juicio de constitucionalidad de las leyes. Muestra de ello es que integra en su definición de servicios esenciales el formulado por la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical: “aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”¹⁷⁷. Con esta argumentación es que concluye que la interrupción temporal de la explotación, elaboración y distribución de sal no pone en peligro la vida, la seguridad o la salud de los colombianos, aunque reconoce que la prolongación de una huelga en esta actividad puede generar una crisis. Ante esta eventual situación, la Corte recomienda se regule la exigencia de prestación de un servicio mínimo¹⁷⁸. Con ello el Alto Tribunal apertura la opción legislativa de la regulación de un servicio mínimo en vez de mantener una legislación que prohíbe el derecho de huelga en este tipo de actividades económicas.

El último supuesto vigente establecido en el CST son las actividades “de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleos y sus derivados cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país a juicio del gobierno” (inciso h)¹⁷⁹. La Corte Constitucional declaró exequible este inciso porque son actividades básicas y fundamentales para asegurar a su vez otras actividades esenciales, como el transporte, la generación de energía, etc., todas ellas dirigidas a asegurar igualmente el ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales. Por consiguiente, dichas actividades constituyen servicios públicos esenciales¹⁸⁰. Como se mencionó, la propia Corte reconoce que la definición de servicio público esencial sobre la que sustentó la constitucionalidad del inciso h) es muy amplia.

Bajo este supuesto también se pronuncia la Comisión de Expertos señalando que no se ajusta a los términos de un servicio esencial¹⁸¹. De igual modo, el Comité de Libertad Sindical subraya que los sectores del petróleo no constituyen servicios esenciales¹⁸².

Además, se debe agregar que en la legislación complementaria al CST se establecen otras actividades como servicios públicos esenciales, como la educación¹⁸³, la banca central¹⁸⁴, la seguridad social¹⁸⁵, etc., siendo declaradas exequibles por la Corte Constitucional.

¹⁷⁷ Sentencia Ibídem.

¹⁷⁸ Sentencia Ibídem.

¹⁷⁹ El artículo 430 del CST tenía un inciso i) que fue derogado por el artículo 3 de la Ley 48 de 1968.

¹⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-450 de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁸¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 86.

¹⁸² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 587.

¹⁸³ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-423 de 1996. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

¹⁸⁴ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-568 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁸⁵ Sentencia Ibídem.

Al revisar los pronunciamientos del Alto Tribunal se muestra que hay una evolución desde una noción del servicio público esencial tan amplio que la mayoría de las actividades económicas que son calificadas por el legislador colombiano reciben la constitucionalidad de la Corte. La situación varía con la sentencia C-691 de 2008, donde el Alto Tribunal reconoce que su definición es muy amplia, por lo que integrando los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, lo redefine de modo que declara la inconstitucionalidad del inciso g) y precisa los límites del inciso d). Sin embargo, las sentencias previas que declaran la constitucionalidad de los demás incisos están firmes. Probablemente si esos supuestos fuesen evaluados por la Corte desde la redefinición del servicio público esencial perderían su carácter exequible.

Finalmente, merece destacarse que la noción de servicio mínimo que resalta el Alto Tribunal es una herramienta jurídica que debería implementarse en Colombia, es decir, legislar sobre un servicio mínimo en las actividades económicas que son servicios esenciales, de modo que se elimine la prohibición del ejercicio del derecho de huelga y se le permita bajo ese nuevo parámetro. Como señala el CLS:

Un servicio mínimo podría ser una solución sustitutiva apropiada de la prohibición total, en las situaciones que no parece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones¹⁸⁶.

2.5.4. Los efectos jurídicos de la huelga

Cumpliendo los requisitos exigidos por el CST para el ejercicio del derecho de huelga, éste es lícita por lo que el propio Código establece los efectos jurídicos que tiene sobre las relaciones laborales de los trabajadores y su empleador.

El artículo 449 del CST establece dos efectos jurídicos de la huelga que se ejercita bajo el marco de la legislación colombiana.

En primer lugar, durante la duración de la huelga se suspende los contratos de trabajo. El artículo 51 del CST establece que se suspende el contrato por huelga declarada en la forma prevista en la ley. El efecto de la suspensión es que se interrumpe para el trabajador la obligación de laborar y para el empleador pagar el salario. No obstante, el empleador continúa con las demás obligaciones que se desprenden de la relación laboral, en especial a las que corresponden con la seguridad social de los trabajadores que participan en el cese de las actividades. Estos períodos de suspensión pueden descontarse al liquidar las vacaciones, las cesantías o las jubilaciones (artículo 53 del CST).

La Corte Constitucional declara exequible de manera condicionada el artículo 449 del CST. En efecto, señala que si bien el empleador no está obligado a pagar los salarios durante los días de la huelga. Esta situación varía cuando la huelga sea imputable al empleador, ya sea por desconocer derechos laborales legales o convencionales, jurídicamente exigibles. La Corte exige una declaración judicial que reconozca esta situación. En este supuesto, el

¹⁸⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., párrafo 607.

empleador está obligado a pagar los salarios y las prestaciones a los trabajadores en huelga.¹⁸⁷ El Alto Tribunal interpreta que siendo el empleador responsable del conflicto colectivo, le corresponde asumir los costos laborales del ejercicio del derecho de huelga. Esto tuvo como antecedente una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema¹⁸⁸

En segundo lugar, el empleador está prohibido a celebrar nuevos contratos de trabajo para reemplazar a los trabajadores en huelga, de modo que puedan reanudarse las labores suspendidas. Esto se exceptúa en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del inspector de trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y la conservación de la maquinaria o los cultivos o para el mantenimiento de los animales. La eventual sustitución de trabajadores se produce si los huelguistas se niegan a autorizar el trabajo del personal necesario para esas dependencias. Este segundo efecto aborda parcialmente la figura del servicio mínimo en las actividades durante los días de huelga.

La Corte Constitucional interpreta que se desprende de este efecto jurídico de la huelga que los trabajadores no huelguistas puedan ingresar a laborar. Al ser la huelga un derecho de la mayoría de los trabajadores, se le debe garantizar de manera efectiva su ejercicio y protección¹⁸⁹.

2.5.5. La ilicitud de la huelga

Si la licitud de la huelga provoca los efectos jurídicos señalados en el acápite anterior, a su vez la ilicitud genera una serie de consecuencias jurídicas establecidas por la legislación laboral. En efecto, el artículo 450 del CST establece los supuestos de la ilegalidad de la huelga y sus sanciones, que analizaremos bajo cada una de sus causales.

El primer supuesto de la ilegalidad de la huelga se produce “cuando se trata de un servicio público” (inciso a). La Corte Constitucional declara exequible esta regulación¹⁹⁰, interpretando que la norma se refiere al servicio público esencial, con lo que se debe aplicar de manera conjunta los artículos 450 inciso a) y 430 del CST. Hay que tener presente las sentencias constitucionales y los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT que se analizaron en ese acápite. Especial mención merece el señalamiento de la Comisión de Expertos sobre este inciso que se considera opuesto a los artículos 3 y 6 del Convenio 87¹⁹¹.

El segundo supuesto de la ilegalidad de la huelga se produce “cuando se persigue fines distintos de los profesionales o económicos” (inciso b). En este inciso también debe ser matizado conforme lo interpreta la Corte

¹⁸⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1369 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁸⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia de 23 de abril de 1999. Magistrado Ponente: Armando Albarracín Carreño.

¹⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1369 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁹⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-473 de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte IA)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 86.

Constitucional, en tanto solo la huelga política queda fuera de la protección del artículo 56 de la Constitución porque no está dirigida a proteger los intereses profesionales y económicos¹⁹².

El tercer supuesto de la ilegalidad de la huelga se produce “cuando no se haya cumplido previamente el procedimiento de arreglo directo” (inciso c). Este inciso se complementa con los artículos 432 y 444 que exigen el agotamiento del arreglo directo antes de la declaratoria de huelga. La Corte Constitucional declaró exequible esta regulación argumentando que la huelga es una medida extrema en las relaciones laborales, por lo que la legislación promueve el arreglo directo como un mecanismo para evitarla. Esto encuentra respaldo en el último párrafo del artículo 55 de la Constitución cuando señala: "Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo"¹⁹³. De este modo, el legislador condiciona el ejercicio del derecho de huelga a que se haya agotado la opción de un arreglo directo entre las partes.

El cuarto supuesto de la ilegalidad de la huelga se produce “cuando no haya sido declarada por la asamblea general de los trabajadores en los términos previstos en la presente ley” (inciso d). Esta regulación está vinculada al segundo párrafo del artículo 444 del CST donde se estipula como requisito de la declaración la huelga que se adopte mediante votación secreta, personal e indelegable por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o la asamblea general de afiliados al sindicato o sindicatos que agrupen más de la mitad de aquellos trabajadores. La Corte Constitucional declaró exequible la exigencia de que la mayoría de los trabajadores en una asamblea decidiesen entre declarar la huelga o solicitar el arbitraje, al analizar la constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 444 del CST¹⁹⁴.

El quinto supuesto de ilegalidad de la huelga se produce “cuando se efectúe antes de los dos (2) días o después de diez (10) días hábiles a la declaratoria de la huelga (inciso e). Antes de la conformación de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia declaró exequible este inciso en 1991¹⁹⁵. Con esta regulación se elimina la posibilidad de ejercitar una huelga intempestiva, en razón que se requiere cumplir estos plazos legales para no ser declarada ilícita. Nos recuerda el CLS que la denegación a los trabajadores sobre el ejercicio de modalidades del derecho de huelga, entre una de ellas la paralización intempestiva, sólo se justificaría en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica¹⁹⁶. La regulación colombiana no encaja en lo señalado por el Comité de Libertad Sindical.

El sexto supuesto de la ilegalidad de la huelga se produce “cuando no se limite a la suspensión pacífica del trabajo” (inciso f). Bajo este supuesto una huelga

¹⁹² Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-858 de 2008. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-085 de 1995. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

¹⁹⁴ Sentencia Ibídem.

¹⁹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Sentencia 115 del 26 de septiembre de 1991. Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greffenstein.

¹⁹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 545.

lícita deviene en ilícita porque pierde su carácter pacífico cayendo en la violencia. Como veremos al final del acápite, corresponde a la autoridad judicial calificar si la huelga ha perdido su carácter pacífico.

El último supuesto de la ilegalidad de la huelga se produce “cuando se promueve con el propósito de exigir a las autoridades la ejecución de algún acto reservado a la determinación de ellas” (inciso g). Esta regulación se complementa con el mencionado inciso b) de este artículo 450, aunque es más preciso en prohibir cualquier tipo de presión sobre las competencias de las autoridades públicas. Se ha mencionado que las huelgas políticas quedan excluidas de la protección del derecho de huelga. Sin embargo, las huelgas de protesta tienen por objetivo que el gobierno o la autoridad pública modifiquen su política económica o social, por lo que no debería interpretarse este inciso como una prohibición a este tipo de huelga. Muestra de ello es el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical al respecto:

Las organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían en principio poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social que tienen cuestiones inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y el nivel de vida¹⁹⁷.

La declaratoria de legalidad o ilegalidad de la huelga de un paro o paro colectivo del trabajo le corresponde a la autoridad judicial mediante un trámite preferente, lo establece el artículo 451 del CST.

Esta regulación proviene de la reforma de la Ley 1210 de 2008 al Código. Originalmente el texto del artículo 451 le atribuía la declaratoria de legalidad de la huelga a la autoridad administrativa de trabajo e inclusive consideró exequible la Corte Constitucional dicha potestad¹⁹⁸. La reforma legislativa se encuentra en armonía por lo expuesto desde el Comité de Libertad Sindical: “La declaración de legalidad de la huelga no debería corresponder al gobierno sino a un órgano independiente de las partes y que cuente con su confianza”¹⁹⁹.

Conforme al artículo 450 del CST, si se declara la ilegalidad de la huelga, el empleador queda en la libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en la huelga, incluyendo a los trabajadores que gocen del fuero sindical. Asimismo, el empleador no requiere la calificación judicial que autorice su despido.

Esta regulación fue declarada exequible por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia previa a la conformación de la Corte Constitucional, bajo el argumento de que “el paro ilegal no solamente es un hecho grave que atente contra los intereses de la empresa y de la sociedad en general sino que constituye también una evidente violación de los deberes y obligaciones del

¹⁹⁷ Ídem., párrafo 527.

¹⁹⁸ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-432 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁹⁹ Ídem., párrafo 628.

trabajador, violación de la índole de aquéllas que dan lugar a la terminación del contrato por justa causa”²⁰⁰.

La Comisión de Expertos reiteradamente se ha pronunciado señalando que este párrafo del artículo 450 del Código está en contra de lo dispuesto por los artículos 3 y 6 del Convenio 87 de la OIT: la posibilidad de despedir a los trabajadores que hayan intervenido o participado en una huelga ilegal, incluso en los casos en que la ilegalidad resulte de exigencias contrarias a las obligaciones del Convenio, solicitando al Gobierno que se modifique la referida regulación²⁰¹.

La regulación del derecho de huelga evidencia que se producen los mayores conflictos entre la legislación nacional y su jurisprudencia con las normas internacionales del trabajo acompañado de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. Si bien en el acápite del marco constitucional colombiano se concluyó que los Convenios 87 y 98 de la OIT forman parte del *bloque de constitucionalidad en sentido estricto*, por lo que resultan directamente aplicables y el CST se encuentra sometido a su regulación. Sin embargo, la legislación y la jurisprudencia colombiana se apartan de ese marco regulador, a pesar de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. El derecho de huelga sigue sujeto a una visión jurídica restrictiva y entorpecedora en su ejercicio.

Segunda Parte: La Libertad Sindical ecuatoriana

El modelo normativo ecuatoriano se sustenta en dos instrumentos jurídicos: la Constitución Política de 2008 y el Código de Trabajo de 2005. Al lado de la normativa se ubica la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema, aunque sin el rol preponderante como en el caso colombiano.

1. El marco constitucional de la libertad sindical ecuatoriana

La libertad sindical ecuatoriana se encuentra recogida en la nueva Constitución de 2008 en sus artículos 66 y 326. En el primero bajo la figura del derecho de asociación en general y el segundo de manera específica para los trabajadores y los empleadores.

El derecho de asociación es recogido en el numeral 13 del artículo 66.

El derecho de sindicalización es recogido en el numeral 7 del artículo 326 bajo la forma de principios en estos términos: “Se garantiza el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará a la organización de los empleadores”. Su antecedente es el artículo 35 numeral 9 de la derogada Constitución de 1998 que era una regulación más restrictiva.

El numeral 8 del artículo 326 constitucional establece la promoción de las organizaciones sindicales: “El Estado estimulará la creación de organizaciones

²⁰⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Sentencia 115 del 26 de septiembre de 1991. Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greffenstein.

²⁰¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte IA)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 86.

de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección”. De este modo bajo la regulación constitucional se prohíbe la reelección de la dirigencia sindical. Esta prohibición ha merecido el pronunciamiento de la Comisión de Expertos, señalando que esta disposición constitucional no es conforme a los artículos 2 y 3 del Convenio 87 de la OIT, solicitando al Estado su modificación²⁰².

La representación de los trabajadores del sector público se encuentra recogida en el numeral 9 del artículo 326 de la Constitución: “Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización”. Esta regulación constitucional continúa con lo dispuesto por el artículo 35 numeral 9 de la Constitución de 1998 que impone la unicidad sindical en el sector público. En mi opinión, esta regulación constitucional viola el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas, establecida en el artículo 2 del Convenio N°. 87 de la OIT. Como lo señala el Comité de Libertad Sindical:

A pesar de que los trabajadores pueden tener interés en evitar que se multipliquen las organizaciones sindicales, la unidad del movimiento sindical no debe ser impuesta mediante intervención del Estado por vía legislativa, pues dicha intervención es contraria al principio enunciado en los artículos 2 y 11 del Convenio núm. 87²⁰³.

El numeral 10 del artículo 325 de la Constitución promueve el diálogo social para la solución de los conflictos de trabajo y la formulación de acuerdos. De este modo se vuelve en un compromiso del Estado ecuatoriano la promoción de la negociación colectiva en tanto es uno de los niveles del diálogo social, como bien subraya la OIT.

El numeral 12 del artículo 325 de la Constitución establece la obligatoriedad de los tribunales de conciliación y arbitraje ante un conflicto colectivo de trabajo. Esta regulación es una reproducción del derogado artículo 35 numeral 13 de la Constitución de 1998. La Comisión de Expertos se ha pronunciado en contra de esta regulación por considerar que viola el Convenio 87 de la OIT²⁰⁴. La Comisión considera que el arbitraje obligatorio es una prohibición o limitación al ejercicio del derecho de huelga²⁰⁵.

El numeral 13 del artículo 325 de la Constitución garantiza la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley. La nueva regulación constitucional difiere de lo establecido

²⁰² Ídem., p. 100.

²⁰³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 319.

²⁰⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 100.

²⁰⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Dar un rostro humano a la Globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III. Parte 1B*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2012, párrafo 118.

por la Constitución de 1998, donde también se garantizaba la contratación colectiva, pero expresamente se señaló que el pacto colectivo no podía ser modificado, ni desconocido o menoscabado en forma unilateral. La nueva Constitución le otorga al legislador la reserva legal para definir las excepciones del derecho de negociación colectiva.

El numeral 14 del artículo 325 de la Constitución reconoce el derecho de huelga y de paro en estos términos: “Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadas tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley”. Esta regulación constitucional es similar a lo que disponía el artículo 35 numeral 10 de la Constitución de 1998.

La nueva Constitución en el numeral 15 del artículo 326 establece un largo listado de actividades que son consideradas servicios públicos y prohibidas de poder ejercitar el derecho de huelga: salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. Asimismo, señala que la Ley establecerá los límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios. La Comisión de Expertos cuestiona esta regulación constitucional por contravenir el Convenio 87 de la OIT. En el apartado del derecho de huelga analizaremos con mayor profundidad esta materia.

Finalmente, el numeral 16 del artículo 326 ordena que los trabajadores que cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales de las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que el Estado tenga participación mayoritaria se sujetan a las leyes que regulan la administración pública. Los demás trabajadores del sector público se regulan por el Código de Trabajo. La propia Constitución establece una división entre los servidores públicos, distingo que define bajo que regulación laboral se encuentran sometidos.

La Constitución de 2008 supone un avance en la plasmación del contenido de la libertad sindical respecto a su antecedente constitucional de 1998. Sin embargo, conserva un modelo intervencionista del Estado ya cuestionado por los órganos de control de la OIT antes de su elaboración. Es un modelo donde se plasman parcialmente los derechos esenciales de la libertad sindical pero restringido en su ejercicio. Se reconoce el derecho de sindicalización pero se impone la unicidad sindical en el sector público. Hay una ausencia en la protección de la libertad sindical ya sea con el fuero sindical o contra los actos antisindicales o los actos de injerencia. Expresamente no se menciona el derecho de negociación colectiva, se le desprende de la promoción del diálogo social y en la garantía de la contratación colectiva. Pero la Constitución otorga una reserva legal para exceptuar –o inclusive, prohibir– su ejercicio. Se reconoce el derecho de huelga, aunque se obliga a someter los conflictos de trabajo a los tribunales de conciliación y arbitraje, y se plasma un largo listado de actividades económicas donde los trabajadores no pueden ejercitar el derecho de huelga por considerarlos servicios públicos.

La lectura constitucional mostraría una libertad sindical ecuatoriana reconocida pero tutelada por el Estado, alejada de los parámetros de las normas internacionales del trabajo –los Convenios 87 y 98 de la OIT–. Esto nos conduce a analizar la jerarquía que gozan los Convenios de la OIT en el nuevo marco constitucional.

Ecuador ha ratificado cuatro convenios internacionales del trabajo que versan sobre libertad sindical, aunque ninguno bajo el imperio de la Constitución de 2008:

- El Convenio N° 11 sobre el derecho de asociación (agricultura) ratificado el 10 de marzo de 1969.
- El Convenio N°. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación ratificado el 29 de mayo de 1967.
- El Convenio N°. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva ratificado el 28 de mayo de 1959.
- El Convenio N°. 141 sobre las organizaciones de trabajadores rurales ratificado el 26 de octubre de 1977.

Conforme al artículo 417 de la Constitución [Sujeción a la Constitución de los tratados e instrumentos internacionales]: “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

Esto se complementa con el segundo párrafo del artículo 424 de la Constitución [Jerarquía de la Constitución]: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

Y con el artículo 425 de la Constitución [Orden jerárquico de las leyes]:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será la siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y los reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior (...).

Los Convenios de la OIT ratificados por Ecuador tendrían una jerarquía infraconstitucional, es decir, su regulación estaría sujeta a la Constitución, aunque prevalece sobre las normas con rango de ley, incluyendo el Código de Trabajo. Sin embargo, si la regulación legal desarrolla estrictamente el contenido constitucional opuesto a la norma internacional del trabajo resultaría difícil que los tribunales nacionales declaren su derogación por oposición al Convenio de la OIT. En cambio, si la reserva legal dispuesta por la Constitución

se materializa en una Ley que viola el contenido del Convenio de la OIT, la norma con rango de ley debería ser declarada nula.

Hay que tener presente que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ratificado por Ecuador²⁰⁶ establece en su disposición 27 sobre el derecho interno y la observancia de los tratados, que una Parte no podrá invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado internacional.

El artículo 417 distingue entre los tratados internacionales en función a la materia que abordan. Este distingo en favor de los instrumentos internacionales de derechos humanos –entre los que se ubican los Convenios 87 y 98 de la OIT–, señala que se aplican una serie de principios, destacando su aplicabilidad directa. Esto resulta sustancial en el análisis que se desarrolla sobre la libertad sindical en el marco legal.

Finalmente, la Corte Constitucional ecuatoriana se constituyó en el 2008 bajo el marco de la nueva Constitución, por lo que recién desde octubre de ese año se han venido emitiendo las sentencias constitucionales.

2. El marco legal de la libertad sindical ecuatoriana

El Código de Trabajo de 16 de diciembre de 2005 (en adelante, CT) sustituye al anterior Código de 1997, estableciendo en su primer artículo que regula las relaciones entre empleadores y trabajadores, así como se aplica a las diversas modalidades y condiciones de trabajo. Asimismo, señala en su segundo párrafo que “las normas relativas al trabajo contenidas en leyes especiales o en convenios internacionales ratificados por el Ecuador, serán aplicadas en casos específicos a las que a ellas se refieran”.

El artículo 229 de la Constitución establece que “las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo”²⁰⁷. Mientras que los servidores públicos –señala el mismo artículo 229– se regirán por la Ley que defina “el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores”. De este modo, la clase obrera del sector público se rige por el CT y los servidores públicos por la Ley del organismo rector donde laboran. En este último caso, la mayoría de los servidores públicos se rigen por la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSE) y la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP).

Esta clasificación legal que distingue entre los trabajadores obreros y servidores públicos proviene de la derogada Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, señalando que los primeros se regulan por el Código de Trabajo, mientras los segundos por esta Ley. Las leyes LOSE y LOEP

²⁰⁶ Ecuador lo ratificó el 28 de julio de 2003 y efectuó el depósito el 11 de febrero de 2005.

²⁰⁷ El proyecto de reforma constitucional discutido en la Asamblea Nacional suprime este párrafo del artículo 229 de la Constitución. La Corte Constitucional se pronuncia al respecto, considerando que la reforma planteada no establece restricciones a derechos o garantías constitucionales, por el contrario fomenta una igualdad material en cuanto a la aplicación de la ley a todos los servidores públicos, incluyendo los trabajadores obreros. Inclusive, la Corte sostiene que el precepto constitucional denota una distinción injustificada entre trabajadores que prestan sus servicios dentro de la administración pública. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR. Dictamen N°. 001-14-DRC-CC de 31 de octubre de 2014.

mantienen este distingo que viene respaldado por la mencionada regulación constitucional. Asimismo, la jurisprudencia laboral de las Cortes nacionales ha precisado la situación jurídica de los jefes, representantes y funcionarios con nivel directivo y administrativo, reiterando que no se encuentran amparados por el Código de Trabajo²⁰⁸.

Tomando el criterio establecido al inicio del Estudio dividimos el marco legal de la libertad sindical ecuatoriana en sus cuatro temas principales: la libertad sindical individual, la libertad sindical colectiva, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga.

2.1. La libertad sindical individual

El derecho de constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, sin estar condicionados o sujetos a una autorización previa, aunque con observancia de la ley, se encuentra recogida en el artículo 440 del CT para los trabajadores del sector privado. En el caso del sector público, la LOSE lo establece en términos más laxo en el artículo 23 inciso f) como un derecho irrenunciable a asociarse.

En principio, la titularidad del derecho de sindicalización de los trabajadores ecuatorianos no tiene restricciones, salvo para los miembros de las fuerzas armadas y policiales.

Así, los *trabajadores menores de edad* que legalmente pueden laborar en el país –mayores de 14 años– tienen el derecho a pertenecer a una asociación profesional o un sindicato (artículo 440 del CT).

Los *trabajadores del sector público* –las industrias del Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y las demás personas de derecho público– podrán asociarse, cumpliendo con las disposiciones del CT (artículo 457 del CT). Aunque el ejercicio de su libertad sindical se ve mermada cuando presentan su pliego de peticiones a su empleador –el Estado– porque se le exige que constituyan un comité central único que represente a la mayoría absoluta de trabajadores de la unidad de negociación (el segundo párrafo del artículo 221 del CT). Esta materia la abordaremos en profundidad en el acápite del derecho de negociación colectiva.

El derecho de los trabajadores en establecer el tipo de organización sindical que desean constituir. La legislación ecuatoriana no es uniforme sobre este derecho. En el sector privado, los trabajadores pueden constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, conforme lo señalan los artículos 221 y 440 del CT, por lo que se plasma la *pluralidad sindical* acorde al artículo 2 del Convenio 87 de la OIT. El artículo 221 regula la elección del sindicato más representativo ante una pluralidad de organizaciones sindicales en la misma unidad de negociación –la empresa–; y el primer párrafo del artículo 440 recoge este derecho al señalar que los trabajadores tienen derecho a constituir los sindicatos que estimen convenientes. Por el contrario, en el sector público se impone la *unicidad sindical* en la representación de los trabajadores y en la negociación colectiva. El mencionado artículo 326 en su numeral 9 de la Constitución establece que los trabajadores de las instituciones del Estado sólo pueden ser representados por una organización. Esta

²⁰⁸ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SEGUNDA SALA. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

imposición se ve reforzada con el segundo párrafo del artículo 221 donde obliga que se constituya un comité central único conformado por más del cincuenta por ciento de los trabajadores. Esto contraviene el artículo 2 del Convenio 87.

El Código de Trabajo ecuatoriano no clasifica a los sindicatos en función a la unidad que se constituyan: centro de labores, empresa, industria o rama de actividad, gremial, geográfica. Esto debe interpretarse que se pueden constituir cualquiera de estos tipos de sindicatos siempre que cumplan con lo establecido en el artículo 443 del CT respecto al mínimo de trabajadores exigibles para su conformación.

En efecto, el artículo 443 establece que para constituir un sindicato requiere ser fundado por un mínimo de treinta (30) trabajadores. Esta exigencia en el número mínimo de trabajadores es cuestionado por los órganos de control de la OIT. La Comisión de Expertos reiteradamente le recuerda al Gobierno ecuatoriano que modifique esta regulación que contraviene el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT²⁰⁹. El Comité de Libertad Sindical ha sido reiterativo en su llamado al Ecuador para que adecúe su legislación a las exigencias de la norma internacional del trabajo:

El número mínimo de 30 trabajadores requeridos para constituir un sindicato establecido en el Código de Trabajo debería reducirse para no obstaculizar la creación de sindicatos de empresa, en particular si se tiene en cuenta la importantísima proporción de pequeñas empresas en el país²¹⁰.

Antes de la reforma del Código de Trabajo con la Ley 133 de 21 de noviembre de 1991, la norma laboral exigía un mínimo de quince (15) trabajadores para crear una asociación de trabajadores. La continuidad de la reforma en el actual Código de Trabajo de 2005 entorpece la constitución de sindicatos en el país.

Al lado de la constitución de las asociaciones de trabajadores o sindicatos, el Código de Trabajo regula una de sus modalidades: el Comité de Empresa. Conforme a los artículos 452 y 459 del CT: En toda empresa que cuente con treinta trabajadores o más, podrá organizarse un comité de empresa por decisión de la asamblea que represente a más del cincuenta por ciento de trabajadores, pero que en ningún caso podrá constituirse con un número inferior a treinta trabajadores.

De este modo, en una empresa puede coexistir una pluralidad de asociaciones sindicales o sindicatos, en tanto tengan como mínimo treinta trabajadores agremiados cada una de ellas, pero sólo puede existir un comité de empresa porque se le exige afiliarse a la mayoría de los trabajadores, lo que impide la conformación de otro comité en la misma empresa. El comité de empresa es la

²⁰⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 100. Hay que tener presente que el órgano de control de la OIT señala el artículo 450 del CT que fue la numeración anterior al actual artículo 443 del CT.

²¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 286.

figura más cercana al *sindicato más representativo* pero con un marco regulador que lo desnaturaliza.

La Comisión de Expertos se ha pronunciado en contra de la exigencia sobre el número de trabajadores para constituir un comité de empresa en Ecuador²¹¹. Posteriormente se analiza con mayor profundidad el comité de empresa y sus funciones.

El derecho de constituir una organización sindical sin autorización previa significa que la inscripción en el registro sindical y el otorgamiento de la personalidad jurídica no sea un obstáculo para su ejercicio.

El artículo 442 y siguientes del CT establece que los sindicatos gozan de personería jurídica por el hecho de constituirse conforme a la ley y constar en el registro de la Dirección General del Trabajo. Asimismo, la regulación señala que si el sindicato debidamente constituido ha realizado actos jurídicos antes de su inscripción en el registro y luego de la remisión de la documentación exigida para el registro, el efecto de la inscripción se retrotrae a la fecha de la celebración de dichos actos jurídicos.

El Ministerio de Relaciones Laborales debe efectuar la inscripción en el registro sindical dentro del plazo máximo de treinta días, cumplido el plazo sin mediar una negativa de registro, quedará de hecho reconocida la personería jurídica del sindicato. Sólo cabe el rechazo al registro si los estatutos del sindicato contravienen disposiciones de la Constitución o las leyes dentro del plazo prescrito. Ante esta situación se le comunicará al sindicato indicando las razones de orden legal que fundamentan la negativa.

La normativa no establece que corresponde un derecho de apelación ante los tribunales contra la decisión administrativa en materia de registro. Como sostiene el CLS, este recurso judicial constituye una garantía necesaria contra las decisiones ilegales o infundadas de las autoridades encargadas del registro de los estatutos²¹².

Una evidencia de la vulnerabilidad de este derecho se produjo con la Federación Nacional de Trabajadores de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (en adelante, FETRAPEC), quienes debidamente registrados lo perdieron porque la empresa estatal donde laboran modificó su razón social y el Gobierno le denegó su petición de reformar sus estatutos para adecuarse a la nueva situación jurídica de su empleador. El argumento del Gobierno es que al ser una nueva empresa y no una fusión de las cuatro filiales que componían las cuatro empresas, consideró que la Federación estaba extinguida como organización sindical. Esta violación se ventiló ante el Comité de Libertad Sindical en el Caso 2684, donde el órgano de control le recuerda al Gobierno ecuatoriano: “que en virtud del Convenio núm. 87, las organizaciones de trabajadores sólo pueden disolverse de manera voluntaria o por vía judicial por

²¹¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 100. Hay que tener presente que el órgano de control de la OIT señala los artículos 459 y 466 del CT que fue la numeración anterior a los actuales artículos 452 y 459 del CT.

²¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 300.

lo que el Gobierno o la empresa empleadora no pueden considerar la FETRAPEC como disuelta en consecuencia del cambio de estatuto de la empresa pública”²¹³.

Este caso retrata como el Gobierno utiliza el registro sindical como una forma de violar la libertad sindical. La arbitrariedad de la autoridad de trabajo condiciona que las organizaciones sindicales puedan obtener su personería jurídica o perderlas.

Los trabajadores tienen la libertad de afiliarse y no afiliarse, así como desafiliarse de una asociación sindical. Esta libertad se encuentra recogida en el numeral 9 del artículo 326 de la Constitución y el artículo 440 del Código de Trabajo. Lo que exige la normativa nacional es que el trabajador exprese por escrito su voluntad de afiliarse a la organización sindical (artículo 448). Asimismo, exige que el estatuto del sindicato garantice el ingreso de todos los trabajadores a las respectivas organizaciones laborales y su permanencia en ellas (artículo 447 numeral 9). Si bien es fundamental garantizar la libertad de afiliación, la norma hace prevalecer la voluntad del trabajador sobre la decisión mayoritaria en regular el ingreso de los nuevos afiliados. Los estatutos aprobados por los trabajadores son los que deben fijar los requisitos para la afiliación, conforme lo señala el numeral 5 del mismo artículo 447.

En el caso específico del comité de empresa, el CT exige que tendrán derecho a formar parte de él todos los trabajadores de la misma empresa, sin distinción alguna, sujetándose a los respectivos estatutos (artículo 460).

Las organizaciones de los trabajadores tienen el derecho de organizar sus actividades. Como hemos señalado estudiando la libertad sindical colombiana, bajo este derecho se trata de reconocer la posibilidad de llevar a cabo las acciones y los comportamientos que se encaminen a hacer efectivo la vida sindical. Por eso la amplitud de la actividad sindical tanto el plano individual y colectivo de la libertad sindical. La protección de la actividad sindical es una garantía esencial para el ejercicio de este derecho fundamental.

La legislación ecuatoriana condiciona la protección de la asociación sindical a que cumplan determinados fines, como la capacitación profesional, la cultura y la educación, el apoyo mutuo por medio de cooperativas o cajas de ahorro, etc. (artículo 441 del CT). Asimismo se obliga a la autoridad de trabajo que auspicie y fomente la organización de asociaciones de trabajadores, especialmente los sindicatos (artículo 451 del CT). Otro de los mecanismos de protección es el fuero sindical que analizamos en otro apartado.

2.2. La libertad sindical colectiva

El derecho de los trabajadores en redactar el estatuto y los reglamentos administrativos de su organización sindical se encuentran regulado en el artículo 447 del Código de Trabajo, aunque la regulación ecuatoriana impone determinadas materias que deben contener los estatutos: la mencionada sobre la afiliación de los trabajadores, la fijación de una cuota mínima sindical del 1% de la remuneración, la prohibición al sindicato de intervenir en actos de política, que son materias controversiales e interpretarse que invaden la autonomía colectiva de los trabajadores.

²¹³ COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT. *Informe número 363, Caso 2684*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, marzo 2012, párrafo 564.

El derecho de los trabajadores en elegir libremente a los representantes de su organización sindical viene mermada en la legislación ecuatoriana. Conforme al artículo 449 del CT las directivas de las asociaciones de trabajadores deberán estar integradas únicamente por trabajadores propios de la empresa a la cual pertenezcan con independencia del cargo. En el caso del comité de empresa, además se exige que los miembros de la directiva deben ser ecuatorianos (artículo 459 numeral 4). A esto debemos agregar que se encuentra prohibido por la Constitución la reelección de la dirigencia sindical.

La primera restricción que exige la pertenencia a la empresa para poder ser dirigente sindical es contrario al derecho de los trabajadores a elegir libremente sus representantes²¹⁴. La segunda restricción que exige la nacionalidad ecuatoriana para ser un dirigente sindical del comité de empresa es una discriminación en razón a la nacionalidad, por lo que la Comisión de Expertos solicita su derogación²¹⁵. La tercera restricción proveniente de la Constitución sobre la reelección de los dirigentes, la Comisión de Expertos ha recordado que lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio 87 le corresponde únicamente a la organización de trabajadores con sus miembros la decisión sobre la alternabilidad de los miembros de las directivas²¹⁶.

El derecho de las organizaciones sindicales en constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones tanto nacionales como internacionales es uno de los derechos componentes de la libertad sindical. El segundo párrafo del artículo 440 del CT reconoce este derecho en los siguientes términos: “Las asociaciones profesionales o sindicatos tienen derecho de constituirse en federaciones, confederaciones o cualesquiera otras agrupaciones sindicales, así como afiliarse o retirarse de las mismas o de las organizaciones internacionales de trabajadores o de empleadores”. Sin embargo, la legislación no le atribuye expresamente las mismas atribuciones de los sindicatos, pero tampoco existe una prohibición que se los impida.

Lo que ha fijado la legislación complementaria al Código de Trabajo es el financiamiento de las confederaciones nacionales de trabajadores por medio de la fijación de una cuota sindical obligatoria de sus asociaciones afiliadas (Ley 180 de 1984).

La libertad de disolución del sindicato y la liquidación de los bienes le corresponde definirla a la propia organización sindical conforme lo establezca su estatuto (artículo 447 numeral 12 del CT).

Sólo puede ser suspendida o disuelta una organización de trabajadores mediante un procedimiento oral establecido en el Código. Si la suspensión o disolución fuera propuesta por los trabajadores, éstos deberán acreditar su personería (artículo 440 del CT). De este modo se cumple con la exigencia mencionada por el artículo 4 del Convenio 87 de la OIT que prohíbe la disolución administrativa.

²¹⁴ Ídem., párrafo 407.

²¹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte IA)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 100. Hay que tener presente que el órgano de control de la OIT señala el artículo 466 numeral 4 del CT que fue la numeración anterior al actual artículo 459 del CT.

²¹⁶ *Ibidem*.

Si bien no hay un listado de supuestos para solicitar la disolución de un sindicato, en el caso del comité de empresa la regulación legal señala que se puede producir cuando el número de miembros sea inferior al 25% del total de trabajadores, con lo que no es una causa de disolución que se pierda la mayoría de los trabajadores como era exigible para su constitución (artículos 464 y 465 del CT).

La Corte Suprema de Justicia resuelve en una casación laboral que el empleador está legitimado para demandar en un proceso judicial la disolución del comité de su empresa al interpretar que el artículo 440 le concede esta potestad²¹⁷. Aunque dicha demanda solo procedería en el supuesto que el comité haya perdido a la cuarta parte del personal de la empresa.

El derecho de los sindicatos en organizar su administración para su funcionamiento interno y formular su programa de acción respaldado en el artículo 3 del Convenio 87. Como señalamos, esto significa la administración interna del sindicato y la formulación de su programa de acción dirigido hacia la acción externa sindical, donde se ubican el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga.

En el plano legal nacional, expresamente se señala que el comité de empresa entre sus funciones destacan: celebrar contratos colectivos, intervenir en los conflictos colectivos de trabajo, defender los derechos de sus afiliados, representar a sus afiliados (artículo 461 del CT). Aunque el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga no es una atribución exclusiva de los comités de empresa.

2.3. La protección de la libertad sindical

La protección de la libertad sindical se logra bajo dos modalidades: la protección contra los actos de discriminación sindical y la protección contra los actos de injerencia. La primera protección se dirige en favor de los trabajadores por su actividad sindical y la segunda protección se dirige en favor de la propia organización sindical.

En Ecuador la legislación se ha centrado en proteger a los trabajadores del sector privado contra los actos de discriminación sindical, mientras hay una completa ausencia respecto a los trabajadores del sector público. A esto debemos agregar que tampoco hay una regulación que proteja a los sindicatos contra los actos de injerencia.

La protección contra los actos de discriminación antisindical en el sector privado se centra en la etapa de la constitución de la asociación sindical, en el proceso de la negociación colectiva y el fuero sindical en favor de los dirigentes durante su período de gestión.

Durante la constitución de la asociación sindical, el artículo 452 del CT establece que el empleador no puede desahuciar o despedir a los trabajadores que vienen constituyendo el sindicato o el comité de empresa desde que notificaron al inspector de trabajo que se han reunido en asamblea general para conformarlo hasta la integración de la primera junta directiva. La prohibición del desahucio o despido protege a todos los trabajadores de la

²¹⁷ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SEGUNDA SALA DE LO LABORAL. Sentencia 2 de enero de 2009.

empresa. El empleador sólo puede despedir dentro de este período si el trabajador comete una falta grave tipificada en el artículo 172 del Código de Trabajo (causa por las que el empleador puede dar por terminado el contrato). La regulación ecuatoriana no incluye, como en el caso colombiano, que antes del despido se solicite la autorización judicial para implementarlo, esto garantiza una mayor protección contra un acto antisindical. En el caso ecuatoriano, el empleador despide al trabajador promotor de la organización sindical y éste en el proceso judicial demostrará que el despido esconde un acto antisindical.

Durante el proceso de negociación colectiva la protección se materializa con la prohibición del desahucio o despido de los trabajadores estables o permanentes desde el inicio de la negociación colectiva (con la presentación del proyecto de contrato colectivo al inspector de trabajo) hasta su culminación (artículo 233 del CT). La regulación ecuatoriana solo protege a los trabajadores estables, a pesar que los trabajadores eventuales pueden estar afiliados al sindicato o al comité de empresa. Esto evidencia que el diseño normativo se centra solo en un segmento de los trabajadores.

La misma regulación le permite al empleador despedir a los trabajadores estables, estando obligado a reparar el daño con una indemnización especial, además de las otras indemnizaciones previstas por el Código. Lo que significa que la protección durante el proceso de negociación colectiva solo es parcial.

El fuero sindical se establece en el artículo 187 de CT donde se prohíbe que el empleador pueda despedir intempestivamente ni desahuciar al trabajador miembro de la junta directiva de la organización sindical. Este período de protección se inicia desde la asunción de sus funciones directivas hasta un año después de concluidas sus labores en la junta directiva. La protección de los dirigentes incluye a las organizaciones constituidas por trabajadores de una misma empresa o las constituidas por trabajadores de diferentes empresas (sindicatos de industria o rama de actividad, sindicatos de oficios o gremiales, las federaciones, etc.). En este último tipo de organización se exige que el empleador haya sido debidamente notificado por la inspección de trabajo de la elección del trabajador que labora en su empresa.

Al igual que en el anterior supuesto, el fuero sindical ecuatoriano se encuentra mermado porque se le permite al empleador despedir al dirigente sindical si cumple con pagar una indemnización especial, con independencia de las otras indemnizaciones que le corresponda por el despido arbitrario. El despido no le impide al trabajador continuar con sus labores de dirigente hasta concluir su período en la directiva. Asimismo, el empleador puede despedir dentro de este período si el dirigente sindical comete una falta grave tipificada en el artículo 172 del CT.

Como sostiene el propio Gobierno ecuatoriano:

[N]ingún despido es antisindical ya que el Código de Trabajo se aplica a todos los trabajadores por igual, no teniendo los miembros o dirigentes sindicales privilegios por encima de los demás trabajadores, al igual que no se utiliza la figura del despido intempestivo para perjudicar a miembros de movimientos sindicales. La legislación ecuatoriana no

establece como ilegal la terminación unilateral de una relación laboral, siempre y cuando se indemnice debidamente al trabajador²¹⁸.

En realidad, lo que verdaderamente afirma el Gobierno ecuatoriano es que no existe una protección en favor de los trabajadores sindicalizados o los dirigentes sindicales, como tampoco existe sobre los trabajadores en general. La única protección frente al despido arbitrario es la indemnización, con independencia si la causa sea un motivo antisindical. Por ello, la protección contra los actos antisindicales en el sector privado es solo parcial. La reparación del daño no es garantizar que los trabajadores y los dirigentes puedan reintegrarse a sus labores por el despido o el desahucio, simplemente el pago de una indemnización especial resulta suficiente.

Si bien el CLS considera que “las indemnizaciones impuestas a título de reparación deberán ser apropiadas, teniendo en cuenta de que por ese medio se tratará de impedir que tales situaciones se produzcan en el futuro”²¹⁹. El propio CLS también señala:

En ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición que paguen la indemnización prevista por la ley en todos los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador, si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical cubiertos por el Convenio núm. 98²²⁰.

La Comisión de Expertos ha llamado la atención al Gobierno ecuatoriano por la ausencia de la protección contra los actos antisindicales en el momento de la contratación, por lo que le solicita incluirlo en la legislación nacional²²¹.

También la ausencia de una protección legal contra actos antisindicales y actos de injerencia en el sector público llama la atención de la Comisión de Expertos de la OIT, más aún cuando la nueva Ley Orgánica de Servicio Público (LOSE) promulgada en octubre de 2010 no prevé sanciones al respecto²²².

Ilustra la grave situación del sindicalismo ecuatoriano en el sector público con el Caso 2926 que se sigue ventilando ante el Comité de Libertad Sindical²²³. Las organizaciones sindicales presentan una queja contra el Gobierno ecuatoriano por la adopción del Decreto Ejecutivo 813 de 12 de julio de 2011 que reforma el reglamento general a la LOSE. Conforme al artículo 47 de la LOSE sobre casos de cesión definitiva en el empleo público: “La servidora o

²¹⁸ COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT. *Informe número 372, Caso 2684*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, junio 2014, párrafo 270.

²¹⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 844.

²²⁰ Ídem., párrafo 791.

²²¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 101º. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2012, p. 142.

²²² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103º. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 101.

²²³ COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT. *Informe número 370, Caso 2926*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, octubre 2013, párrafos 364-391.

servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos: (...) k) Por compra de renuncias con indemnización”.

Recurriendo a esta figura jurídica el gobierno ecuatoriano reconoció ante el CLS que entre 28 de octubre de 2011 y el 19 de junio de 2012 se desvincularon por medio del pago de una indemnización 4,624 servidores públicos. Los querellantes sostienen que el cese de servidores públicos se realiza de manera arbitraria y especialmente va dirigida contra los trabajadores sindicalizados y los dirigentes sindicales, violando las cláusulas de varios convenios colectivos.

El Gobierno sostiene que las desvinculaciones tienen como única finalidad reestructurar los servicios del Estado para mejorar su eficacia y se implementan bajo nuevos parámetros de clasificación de los servidores públicos. Además, afirma el Gobierno:

[L]a compra de renuncia obligatoria no puede ser utilizada con fines antisindicales ya que los servidores públicos a quienes es aplicable dicha figura gozan de la libertad de asociación pero no de la libertad sindical y que, en cuanto a los dirigentes sindicales del sector público abarcados por el Código de Trabajo, si bien las normas que regulan el despido intempestivo no prevén una protección especial para los afiliados y los dirigentes sindicales, dicha figura no está siendo utilizada en contra del movimiento sindical²²⁴.

La respuesta del Gobierno ecuatoriano es ilustrativa sobre su valoración de la libertad sindical de los trabajadores del sector público: ni gozan de ese derecho ni cuentan con una protección legal contra los actos antisindicales que el propio Estado puede cometer contra ellos.

La primera afirmación del Gobierno está en contradicción con el artículo 326 numerales 7 y 9 de la Constitución, y el artículo 457 del Código de Trabajo, donde expresamente se reconoce la libertad sindical a favor de los trabajadores del Estado. También el Comité de Libertad Sindical se pronuncia sobre esta afirmación en los siguientes términos:

[E]l Comité quiere enfatizar primero que las normas contenidas en el Convenio núm. 87 de la OIT se aplican a todos los trabajadores «sin ninguna distinción» y, por consiguiente, amparan a los empleados del Estado. En efecto, se ha considerado que no era equitativo establecer una distinción en materia sindical entre los trabajadores del sector privado y los agentes públicos, ya que, unos y otros, deben gozar del derecho a organizarse para defender sus intereses (...). En este sentido, el Comité espera firmemente que el goce de todos los derechos reconocidos en el Convenio núm. 87 esté plenamente garantizado a las organizaciones de servidores públicos. Adicionalmente, el Comité recuerda que la discriminación antisindical, representa una de las más graves violaciones de la libertad sindical, ya que puede poner en peligro la propia existencia de los sindicatos²²⁵.

La segunda afirmación del Gobierno ecuatoriano termina respaldando el pronunciamiento de la Comisión de Expertos sobre la ausencia de protección contra actos antisindicales y actos de injerencia en el sector público.

²²⁴ Ídem., párrafo 382.

²²⁵ Ídem., párrafo 385.

El Caso 2926 se encuentra en seguimiento por el CLS, habiendo llamado la atención al Gobierno subrayando la plena aplicabilidad del principio de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical a los servidores y trabajadores del sector público, por lo que le pide “al Gobierno que lleve a cabo sin demora investigaciones independientes sobre el alegado carácter antisindical de los distintos despidos y desvinculaciones especificados en la queja. Si se comprueba la veracidad de esos alegatos, el Comité solicita al Gobierno que tome las medidas necesarias para corregir la discriminación antisindical y que proceda al reintegro de las personas perjudicadas; el Comité pide al Gobierno que le mantenga informado de las acciones tomadas a este respecto así como de sus resultados”²²⁶.

3. El derecho de negociación colectiva

La titularidad del derecho de negociación colectiva debería corresponder a todas las organizaciones sindicales sin discriminación. Sin embargo, la regulación legal es muy restringida sobre este derecho esencial de la libertad sindical. La legislación ecuatoriana establece que la titularidad de la negociación colectiva le corresponde a la organización sindical que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores de la unidad de negociación.

En efecto, el artículo 221 del CT establece que en el sector privado, el contrato colectivo sólo será celebrado con el comité de empresa, en tanto cuenta con la afiliación de más del 50% de los trabajadores de la empresa (artículo 452 del CT). En el caso de no existir un comité de empresa, se puede celebrar un contrato colectivo con la asociación que tenga el mayor número de trabajadores afiliados, siempre que ésta cuente con más del 50% de los trabajadores de la empresa.

De este modo, si en una empresa no existe un comité de empresa ni tampoco el sindicato afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores, en esa empresa no es posible ejercitar el derecho de negociación colectiva a pesar de que pueda existir un sindicato.

El mismo artículo 221 en su segundo párrafo regula la titularidad de la negociación en el sector público, señalando que en las instituciones del Estado, entidades y empresas del sector público o en las del sector privado con finalidad social o pública, el contrato público se celebra con un comité central único conformado por más del 50% de dichos trabajadores.

Esta regulación restrictiva ha conducido que la Comisión de Expertos se pronuncie solicitando la modificación de la norma por violar el artículo 4 del Convenio 98: “de manera que las organizaciones sindicales minoritarias que no reúnan más del cincuenta por ciento de los trabajadores sujetos al Código de Trabajo puedan, por sí solas o en forma conjunta (cuando no exista una organización mayoritaria que represente a todos los trabajadores) negociar en nombre de sus propios miembros”²²⁷.

Las restricciones son mayores en el sector público donde la legislación no reconoce el derecho de negociación colectiva a una serie de colectivos de

²²⁶ Ídem., párrafo 391.

²²⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte IA)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2014, p. 101.

trabajadores. El criterio legal sobre el que sustenta la exclusión es considerar que solo los obreros que laboran en el sector público gozan del derecho. La legislación amplía la noción de servidor público, lo que le permite excluirlo del ámbito del Código de Trabajo.

Por ejemplo, en el artículo 26 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP) se establece que:

[E]n las empresas públicas o en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos están excluidos de la contratación colectiva el talento humano que no tenga la calidad de obreros en los términos señalados en la ley, es decir, los servidores públicos de libre designación y remoción, en general quienes ocupen cargos ejecutivos, de dirección, de representación, gerencia, asesoría, de confianza, apoderados generales, consultores y los servidores públicos de carrera.

Así, solo los obreros de las empresas públicas que se rigen por el CT tienen el derecho de negociación colectiva, mientras los demás trabajadores lo tienen prohibido.

En palabras de la CEACR, la legislación ecuatoriana califica como servidores públicos a la gran mayoría de los trabajadores del sector, denegándoles de ese modo su derecho a la negociación colectiva²²⁸.

La legislación ecuatoriana regula el procedimiento de negociación colectiva que se inicia con la presentación del proyecto del contrato colectivo al inspector de trabajo por la asociación de trabajadores facultada por la ley (la que afilia a la mayoría de los trabajadores de la unidad de negociación). La autoridad de trabajo lo notifica al empleador o a su representante en el término de dos días. Transcurrido el plazo de 15 días de la notificación, las partes deberán iniciar la negociación directa que debe concluir en el plazo máximo de treinta (30) días, pudiendo las partes prorrogarlo por un plazo determinado para concluir la negociación. La prórroga debe ser comunicada al inspector de trabajo.

Si fracasa la negociación directa de manera total o parcial, la negociación debe ser sometida de manera obligatoria a conocimiento y resolución del Tribunal de Conciliación y Arbitraje (artículo 225 del CT). Este arbitraje obligatorio tiene su sustento por lo establecido en el artículo 326 numeral 12 de la Constitución. Como se ha señalado previamente, la Comisión de Expertos considera que el arbitraje obligatorio contraviene la norma internacional del trabajo.

Al final del arbitraje, el Tribunal emite una resolución luego de cumplir las diversas etapas y actuaciones establecidas por el Código de Trabajo. Dicha resolución tiene los mismos efectos obligatorios que el contrato colectivo de trabajo (artículo 232 del CT).

El contrato o pacto colectivo es el convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación

²²⁸ *Ibidem*.

contratante, los contratos individuales de trabajo determinados por el pacto, lo establece el artículo 220.

De este modo la negociación colectiva ecuatoriana no se reduce solo a la unidad o nivel de negociación de empresa, sino puede desenvolverse en otros niveles como la industria o rama de actividad, gremial, geográfica, etc.

Hay una serie de formalidades exigidas por el CT que debe cumplir el contrato colectivo de trabajo. En primer lugar, debe celebrarse por escrito. En segundo lugar, debe suscribirse ante el Director Regional del Trabajo o el inspector del ramo. En tercer lugar, debe extenderse por triplicado, bajo pena de nulidad. Asimismo, el CT señala las materias que debe contener el contrato colectivo de trabajo: la jornada laboral, las remuneraciones, la intensidad y la calidad del trabajo, los descansos y las vacaciones, el subsidio familiar, y las demás condiciones que estipulen las partes. Finalmente, se exige que el contrato colectivo indique la empresa o empresas, establecimientos o dependencias que comprenda y la circunscripción territorial en que haya de aplicarse.

La excesiva regulación e intervencionismo del CT sobre la negociación colectiva queda evidenciada con estos tres ejemplos sobre el formalismo del contrato colectivo de trabajo.

La suscripción del contrato colectivo tiene como objetivo regular las relaciones laborales en la unidad de negociación, de modo que tenga efectos jurídicos sobre ellas. La importancia de los contratos colectivos reside en asegurar que sus efectos se produzcan entre las partes que lo celebran y eventualmente se extienda al resto de la planilla de trabajadores de la empresa o de la rama de actividad.

La legislación ecuatoriana establece como obligatorio que el contrato colectivo señale el número de trabajadores miembros del comité de empresa o de la asociación contratante y se indique el número total de los que presten sus servicios al empleador en el momento que se celebre el contrato (artículo 240). Esta regulación no solo debería interpretarse como un criterio para asegurar que la organización sindical negociadora supera el número exigido que lo legitima como negociador, sino también como una eventual extensión del contrato colectivo de trabajo sobre los trabajadores no afiliados. En apoyo a esta argumentación lo podemos encontrar en el numeral 7 del artículo 447 del CT que regula las cuotas sindicales establece que los trabajadores no sindicalizados estarán obligados a pagar la cuota mínima sindical. En general, las legislaciones nacionales vinculan la extensión de los convenios colectivos a los trabajadores no sindicalizados y éstos son obligados a pagar las cuotas sindicales por el beneficio obtenido aunque no están afiliados.

Sin embargo, esta interpretación sobre la eventual extensión del contrato colectivo a los trabajadores no sindicalizados perdería asidero por la redacción del artículo 244 del CT, donde establece: "Las condiciones del contrato colectivo se entenderán incorporados a los contratos individuales celebrados entre el empleador o los empleadores y los trabajadores que intervienen en el colectivo (...)". Por lo que el legislador nacional se habría inclinado por reducir los efectos del contrato colectivo solo a los firmantes y a las personas en cuyo nombre se celebra.

No obstante esto, la legislación ecuatoriana expresamente extiende el contrato colectivo de trabajo en determinadas negociaciones colectivas. En efecto, el contrato colectivo se vuelve obligatorio cuando éste se haya celebrado por las dos terceras partes tanto de empleadores como de trabajadores organizados dentro de una misma rama de la industria y en determinada provincia, siendo obligatorio para todos los empleadores y los trabajadores de la industria y la provincia que se trate (artículo 252 del CT)²²⁹. Si seguimos este criterio resultaría difícil plantear que un contrato colectivo de rama de actividad se extiende a otras empresas porque las partes representan las dos terceras partes del sector y que no se produzcan similares efectos en una situación similar dentro de la misma empresa donde se celebra el contrato colectivo. En otras palabras, cuando el contrato colectivo de la empresa es celebrado por una asociación que representa a dos terceras partes de su planilla de trabajadores, el contrato colectivo se extiende a todos los trabajadores de la empresa.

En el mencionado artículo 244 del CT el legislador ecuatoriano incorpora uno de los efectos de los convenios colectivos, su aplicación sobre los contratos individuales de los trabajadores del ámbito de negociación. La regulación señala: “(...) Por consiguiente, si las estipulaciones de dichos contratos individuales contravinieren las bases fijadas en el colectivo, regirán estas últimas, cualesquiera que fueran las condiciones convenidas en los individuales”. La interpretación literal nos llevaría a sostener que el contrato colectivo de trabajo prevalece sobre el contrato individual aunque éste otorgue mejores condiciones laborales al trabajador. Sin embargo, esa interpretación está en oposición al principio de norma más favorable recogido en el numeral 3 del artículo 326 de la Constitución donde señala: “El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”. Para reforzar esta argumentación, el artículo 257 del CT que regula la armonización de la aplicación entre contratos colectivos de trabajo de diferentes niveles de negociación establece que: “El contrato declarado obligatorio se aplicará no obstante cualquier estipulación en contrario, contenida en los contratos individuales o colectivos que la empresa tenga celebrados, salvo en aquellos puntos en que las estipulaciones sean más favorables al trabajador”.

De este modo, el contrato colectivo de trabajo, con independencia de su unidad de negociación, regula los contratos individuales de los trabajadores, con excepción de aquellas cláusulas que resulten más favorable al trabajador.

Otro de los efectos del contrato colectivo de trabajo es la exclusión de los representantes y funcionarios con nivel directivo o administrativo de las entidades con finalidad social o pública o de aquellas, que total o parcialmente, se financien con impuestos, tasas o subvenciones fiscales o municipales (artículo 247). La Corte Suprema de Justicia ha precisado que este artículo no

²²⁹ La extensión del contrato colectivo de industria o rama de actividad se materializa con un Decreto Ejecutivo expedido por el Presidente de la República.

es aplicable a los empleados que gozan de nivel directivo o administrativo de las entidades privadas con finalidad social o pública²³⁰.

Ante el incumplimiento del contrato colectivo de trabajo, la parte afectada podrá optar en dar por terminado el contrato o exigir su cumplimiento, corresponde una indemnización en ambas situaciones por el perjuicio ocasionado (artículo 251 del CT). En el caso del incumplimiento del contrato colectivo obligatorio se genera una acción de daños y perjuicios a favor de la parte perjudicada (artículo 261 del CT).

La vigencia del contrato colectivo de trabajo puede celebrarse bajo tres modalidades: por tiempo indefinido; por un tiempo fijo; o, por el tiempo de duración de una empresa o de una obra determinada. En el caso del convenio colectivo obligatorio de rama, la vigencia establecida por el Presidente de la República no superará los dos años.

A esto se une que el contrato colectivo de trabajo puede ser revisado parcial o totalmente por las partes al finalizar la vigencia convenida. Si el contrato colectivo es por tiempo indefinido, cada dos años, cualquiera de las partes puede solicitar su revisión.

La revisión del contrato colectivo de industria o rama de actividad tiene la singularidad en que debe ser exigida por la asociación de trabajadores que represente a más de la mitad de los trabajadores que afecte el contrato, y en el caso de los empleadores, el pedido debe ser formulado por empresas que acojan a más de la mitad de los trabajadores que afecte el contrato.

Con la revisión del contrato colectivo se abre un procedimiento de negociación directa y ante su fracaso se le somete a la Dirección Regional de Trabajo para que lo resuelva. Mientras dura este período de revisión, el contrato colectivo de trabajo mantiene su vigencia (artículo 248).

Si bien la revisión del contrato colectivo de trabajo es una iniciativa de una de las partes a la conclusión de su vigencia o luego de transcurridos dos años, esta situación no se cumple con los contratos colectivos en el sector público.

La Asamblea Constituyente emitió los Mandatos Constituyentes Nos. 001, 002, 004 y 008 de 2008, que entre sus diversas disposiciones ordenó la revisión de los contratos colectivos de trabajo del sector público a cargo del Ministerio de Trabajo²³¹ con la participación a los empleadores y los trabajadores, justificando la revisión en que algunas de sus cláusulas son abusivas y significan un gasto injustificado para el erario nacional. La participación de las organizaciones sindicales en la revisión fue meramente formal porque la decisión fue adoptada de manera unilateral por la autoridad administrativa de trabajo. El propio Ministerio en sus decisiones administrativas de revisión de los contratos colectivos incluye la prohibición de que los afectados puedan presentar cualquier recurso administrativo o judicial contra la decisión adoptada.

Las organizaciones sindicales del sector público recurrieron simultáneamente a la Corte Constitucional por medio de una acción de inconstitucionalidad contra

²³⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 6 de abril de 1990.

²³¹ Posteriormente, el Ministerio de Trabajo fue sustituido por el Ministerio de Relaciones Laborales.

los decretos administrativos y al Comité de Libertad Sindical por medio de una queja.

La Corte Constitucional se pronuncia con su Sentencia de 9 de septiembre de 2010 señalando que tanto los mandatos constituyentes como los decretos administrativos buscan eliminar las cláusulas leoninas contenidas en los contratos colectivos, estas cláusulas que son tipificadas por la Corte como “prebendas”, consagran privilegios injustificables en favor de cierto grupo de trabajadores amparados bajo un contrato colectivo. La Corte argumenta que estos privilegios no forman parte del núcleo duro del derecho al trabajo, núcleo que se fundamenta en los principios constitucionales: la libertad de trabajo, al de igual trabajo, igual remuneración, la estabilidad laboral, el salario mínimo, las prestaciones sociales.

Esto lleva a la Corte Constitucional a sostener que:

Los privilegios excesivos anotados, al no ser parte del núcleo central del derecho, se encuentran en la periferia, es decir, su eliminación no implica violencia en contra de los derechos laborales de los trabajadores, por lo tanto, las prebendas al no ser parte sustancial del derecho protegido, su aniquilación no implica un perjuicio para la existencia misma de los derechos laborales, y por lo tanto, no se constituye su revisión en factor de regresividad para el ejercicio de sus derechos²³².

Desde la visión de la Corte Constitucional la supresión de las cláusulas acordadas en un contrato colectivo de trabajo pueden ser eliminadas unilateralmente por el Estado en tanto no formen parte del núcleo de derechos laborales vinculados a los principios constitucionales (artículo 326 de la Constitución). Aunque en la propia sentencia no se analizan las cláusulas eliminadas, solo se les generaliza como prebendas.

Lo que sí reconoce la Corte es que los decretos administrativos del Ministerio infringen aspectos formales dispuestos por los mandatos constituyentes y son atentatorios a los principios constitucionales que salvaguardan el debido proceso al prohibir presentar cualquier recurso administrativo o judicial, por lo que declara inconstitucional esas normas pero de forma diferida, es decir, le otorga un plazo de doce meses a la Asamblea Nacional para que expida la normativa que establezca el procedimiento y plazo para el proceso de revisión de contratos colectivos²³³.

A lo largo de la sentencia constitucional no hay ninguna mención a las normas internacionales del trabajo –Convenios 87 y 98– ni a su carácter suprallegal dentro del ordenamiento ecuatoriano. Tampoco hay una mención en establecer el contenido esencial del derecho de negociación colectiva, de modo que valore si una revisión unilateral de los contratos colectivos lo viola. La única referencia es a un fragmento del pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical sobre el caso que se ventila en el órgano de control de la OIT²³⁴.

²³² CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR. Sentencia N.º 009-10-SIN.CC. Magistrado Ponente: Edgar Zárate Zárate.

²³³ Sentencia Ibídem.

²³⁴ La Corte Constitucional valora de manera positiva cuando el CLS señala que toma nota de los excesos de algunas cláusulas puestas de relieve por el Gobierno. Cfr. Sentencia Ibídem, p. 33-34.

Justamente la queja se ventila en el Caso 2684 ante el CLS. A diferencia de la Corte, el Comité se centra en valorar si las medidas adoptadas por Ecuador son acordes a las obligaciones internacionales establecidas en el Convenio 98 de la OIT.

El Comité valora que los mandatos constituyentes que buscan atender el interés general, evitar los excesos desmedidos en los contratos colectivos y asegurar los equilibrios financieros y presupuestarios, pero el CLS subraya que las medidas son limitaciones permanentes e inalterables al derecho de negociación colectiva que son incompatibles con el Convenio 98²³⁵. Por ello, el Comité le muestra al Gobierno que esos objetivos pueden ser alcanzados por medio de la negociación con las organizaciones sindicales del sector público. A su vez, el Comité le señala al Gobierno que el control de las cláusulas de los contratos colectivos en el sector público por su eventual carácter abusivo no le corresponde a la autoridad administrativa –no puede ser juez y parte– sino a la autoridad judicial, de esta manera se garantiza la imparcialidad, el derecho de defensa y el debido proceso.

Finalmente, el Comité le recuerda que:

[E]l derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical, y los sindicatos deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. Tal intervención violaría el principio de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberían tener el derecho de organizar sus actividades y formular su programa²³⁶.

Es claro que para el Comité de Libertad Sindical las medidas adoptadas por el Gobierno ecuatoriano son una violación al Convenio 98 de la OIT. Por eso le solicita que anule los decretos ministeriales y sus efectos²³⁷.

Sin embargo, el Gobierno ecuatoriano no cumple con la recomendación del CLS, por lo que el órgano de control se los reitera nuevamente, pidiendo que anule los acuerdos ministeriales y sus efectos ya que violan gravemente el principio de negociación colectiva libre y voluntaria consagrado en el Convenio 98²³⁸.

La respuesta del Gobierno es que el país es respetuoso de los principios del Convenio 98, que no prohíbe la libre negociación, sino que la ha regularizado, de modo que los pisos y techos establecidos se encuentren armonizados con las limitaciones del Estado, su presupuesto y los principios constitucionales²³⁹. El Gobierno alude a la promulgación de la LOSE y la LOEP. En esta última

²³⁵ COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT. *Informe número 354, Caso 2684*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, junio 2009, párrafo 830.

²³⁶ Ídem., párrafo 831.

²³⁷ Ídem., párrafo 835.

²³⁸ COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT. *Informe número 363, Caso 2684*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, marzo 2012, párrafo 567.

²³⁹ COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT. *Informe número 372, Caso 2684*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, junio 2014, párrafo 282.

norma inclusive se sanciona a los representantes de los obreros –los únicos titulares del derecho de negociación colectiva– si suscriben cláusulas en sus contratos colectivos que contravengan lo establecido en la LOEP²⁴⁰.

Esto conduce a que el Comité lamente profundamente que a pesar de los años transcurridos desde el inicio de la queja, el Gobierno no haya tomado las medidas necesarias que se le ha venido solicitando²⁴¹.

En realidad, la revisión de los contratos colectivos en el sector público es un instrumento para controlar el ejercicio de la libertad sindical por medio de restricciones legales y administrativas.

Se puede postular que el derecho de negociación colectiva es restrictivo para los trabajadores del sector público, ya sea que laboren en la administración o en empresas. Las prohibiciones se centran en la titularidad del derecho y en restringir los efectos del contrato colectivo, asegurando que el control estatal esté presente.

²⁴⁰ Cfr. Artículo 26 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

²⁴¹ *Ibidem*.