

Aplicación de los convenios de la OIT en materia de derecho de asociación sindical y negociación colectiva en las decisiones de los operadores judiciales en Colombia*

Applicability of ILO agreements regarding union association and collective bargaining rights to the decisions of judicial operators in Colombia

Francisco Rafael Ostau de Lafont de León

Doctor en Derecho de las Universidades Javeriana, Rosario y Externado de Colombia y Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, de la Universidad Externado de Colombia. Director del grupo de investigación Protección Social y Conflicto.

Leidy Ángela Niño Chavarro

Abogada especializada en Derecho Laboral y Seguridad Social. Integrante del grupo de investigación Protección Social y Conflicto.

Artículo de investigación

Fecha de recepción: Mayo 10 de 2010

Fecha de aceptación: Junio 25 de 2010

Resumen

Este informe de investigación analiza algunas decisiones de la Corte constitucional colombiana en materia de organización sindical y negociación colectiva, a través de la metodología de casos, estableciéndose las posibles decisiones de los casos puestos a consideración a operadores judiciales en aplicación directa de los convenios de la OIT (87, 98, 154 y 135).

Palabras clave

Convenios OIT, bloque de constitucionalidad, derecho de asociación sindical, libertad sindical, negociación colectiva, operadores judiciales

Abstract

This research report reviews some decisions of the Colombian Constitutional Court on union organizing and collective bargaining through the case method. Poses potential of judicial decisions in application of ILO conventions (87, 98, 154 and 135).

* El presente artículo es producto de la investigación sobre el impacto de la OIT en la legislación laboral de Colombia, realizado dentro del grupo de investigación Protección Social y Conflicto en la línea de investigación "Impacto de la OIT en la legislación laboral colombiana", adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

Keywords

ILO conventions, constitutional block, right of union association, freedom association, collective bargaining, legal operator

Introducción

El grupo de investigación de Protección Social y Conflicto, línea de investigación “Impacto de la OIT en la legislación laboral colombiana” ha analizado los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional (año 2000 al 2010) en materia de organización sindical y negociación colectiva a partir de los nuevos estudios laborales con énfasis en la sociología jurídica y en la sociología del trabajo que se han venido impulsando en los últimos años a través de elementos teóricos y prácticos (metodología de casos). Su aplicación permitiría generar una teoría que explique algunos fenómenos concretos a partir de casos representativos desde dos momentos. El primero, con el estudio del desarrollo de los elementos constitucionales implementados por la Corte Constitucional para la aplicación de los Convenios Internacionales de la OIT¹; y el segundo, a partir de la utilización del método de casos para analizar las situaciones en las cuales los operadores judiciales colombianos tendrán que aplicar en forma directa los convenios internacionales de la OIT.

1. Problema de investigación

Al estudiar el impacto de los Convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia en las decisiones de los operadores judiciales, ¿pueden los operadores judiciales en Colombia aplicar en forma directa los convenios 87 y 98 de la OIT, en los casos que se plantean en el presente informe?

2. Metodología

El método del caso como herramienta de investigación en las ciencias sociales permite realizar un análisis sobre la base de realidades que son conceptualizadas en el campo teórico. Esta metodología permite en forma teórica dar herramientas argumentativas a los operadores judiciales para la decisión de casos concretos y reales, dentro de los lineamientos de las ciencias sociales contemporáneas² para establecer argumentos en la toma de decisión a través de la ficción del caso³.

1 International Labour Organization. *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*. Geneva, International Labour Office, 2003.

2 Feyerabend, Paul K. *For and Against Method*. The University of Chicago Press, Chicago, IL, United States. 1999

3 Watkins, John. *Methodological Individualism and Social Tendencies*. En: R. Boyd, P. Gasper y J.D. Trout (Eds). *The philosophy of science*. Cambridge: The MIT Press. P.733

3. Resultados

3.1. Bloque de constitucionalidad y convenios de OIT

La Constitución política colombiana⁴ ha establecido en su artículo 53 que “los convenios internacionales del trabajo, debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”⁵. Colombia ha ratificado sesenta convenios⁶, de los cuales cincuenta y cuatro se encuentran en vigor y seis están denunciados. La Corte Constitucional ha construido algunos elementos dentro de la teoría del bloque de constitucionalidad⁷ (sustentado en el preámbulo y los artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93⁸, 94, 102 y 214 de la Carta Política) desde dos lecturas. En *stricto sensu*⁹ se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagran derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción. En *lato sensu*¹⁰, el bloque de constitucionalidad está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, es decir, la Constitución, los tratados internacionales (artículo 93 de la Carta), las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias.

Para la Corte Constitucional, todos los convenios internacionales sobre derechos humanos son parte del bloque de constitucionalidad. En materia de convenios internacionales sobre el mundo del trabajo, la Corte ha decidido, de manera expresa, incluir algunos de los convenios ratificados o no por Colombia, en el bloque de constitucionalidad, siendo estos parte de la Constitución nacional.

La Corte Constitucional ha considerado que los convenios 87 y 98 de la OIT son parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido. Así, cualquier disposición del Código Sustantivo del Trabajo relativa a la organización sindical y la negociación colectiva que sea contraria a los convenios de la OIT, serán disposiciones inconstitucionales, sea por vía directa en aplicación del control de constitucionalidad por la Corte Constitucional, o por aplicación de la vía de excepción de inconstitucionalidad¹¹. En caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales en virtud de lo establecido en el artículo 4° de la Constitución Política. Cuando la autoridad judicial o el funcionario público estimen que las normas existentes son contrarias a

4 Legis Editores. Constitución Política de Colombia. Bogotá, 2010

5 Cavalier, Germán. Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en Colombia. 3 ed. Bogotá: Legis, 2000. P. 249

6 Ver Anexo 1

7 Corte Constitucional. Sentencias: C-401/05, C-1001/05, C-047/06, A.V. C-394/07, C-228/09, C-307/09. www.corteconstitucional.gov.co

8 Corte Constitucional. Sentencia T 568/99. Dicho pronunciamiento ha sido reiterado por la Corte en Sentencia C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia C 038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. www.corteconstitucional.gov.co

9 Corte Constitucional Sentencias S. C-617/08, S. C-228/09, S. C-307/09. www.corteconstitucional.gov.co

10 Corte Constitucional sentencia S. C-401/05, C-1001/05, C-047/06, A.V. C-394/07, C-228/09, C-307/09, (A.V. C-394/07. www.corteconstitucional.gov.co

11 Charry Urueña, Juan Manuel. La excepción de inconstitucionalidad. Ediciones Jurídica Radar, Bogotá. 1994

los preceptos constitucionales, pueden decidir su inconstitucionalidad con efectos interpartes por vía de excepción y negarse a su aplicación¹².

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha concluido que la excepción de inconstitucionalidad puede aplicarse de oficio y, como consecuencia, su utilización “no comporta un exceso en los límites materiales y personales del proceso en el cual ésta se verifica”, como tampoco el desconocimiento del valor jerárquico normativo en que se estructura el ordenamiento jurídico. La aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad no da origen, por este solo hecho, a una vía de hecho judicial. La excepción de inconstitucionalidad no exige necesariamente que su aplicación haya sido solicitada por una de las partes dentro del proceso, en tanto que es una obligación del funcionario judicial declararla si la encuentra probada.¹³

La excepción de inconstitucionalidad no es un instrumento cuya competencia solo esté en cabeza de los jueces, porque puede ser aplicada por cualquier autoridad e incluso por los particulares. Cualquier norma del ordenamiento jurídico, independientemente de su jerarquía, puede ser inaplicada si es contraria a la Constitución, siendo éste el instrumento más eficiente para la defensa de la Carta.¹⁴

Los convenios Internacionales de la OIT números 87, 95, 98, 100, 111,¹⁵ 132,¹⁶ 138, 151, 154, 169 y 182¹⁷ hacen parte del bloque de constitucionalidad por mandato expreso de la Corte Constitucional¹⁸ y como el estudio de caso en el presente informe se basará esencialmente en la aplicación directa de algunos de ellos, se establecerán a continuación unos criterios generales.

El convenio 87¹⁹ de la OIT sobre derecho de asociación ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1976 relativo a la libertad sindical, consagra entre sus principios el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a las mismas, sin autorización previa; el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades, el de formular su programa de acción, sin injerencia de las autoridades públicas y el derecho a la negociación colectiva libre y voluntaria. Este convenio está destinado a proteger el libre ejercicio del

12 Corte Constitucionalidad. Sentencia C-600/98. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

13 Corte Constitucional Sentencia T-808/07. M.P. Dra. Catalina Botero Marino. C 600/98; C 492/00

14 Corte Constitucional. Auto 035/09. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

15 Corte Constitucional. Sentencia T 1266 de 2008. www.corteconstitucional.gov.co

16 Corte Constitucional. Sentencia C 035 de 2005. www.corteconstitucional.gov.co

17 Corte Constitucional. Sentencia S. C-567/00, T-1303/01, C-035/05, S.P.V. C-177/05, C-465/08, C-466/08, C-617/08. www.corteconstitucional.gov.co

18 La Corte ha establecido que el Convenio 87 de la OIT forma parte del bloque de constitucionalidad, lo cual significa que sus normas constituyen un parámetro para el juicio de constitucionalidad de las normas legales. El Convenio 87, y los demás convenios de la OIT referidos al derecho de asociación sindical y a la libertad sindical que forman parte del bloque de constitucionalidad, constituyen un parámetro complementario del artículo 39 de la Constitución. Corte Constitucional. Sentencia C 465 de 2008. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

19 Von Potobsky, Geraldo. Freedom of association: The impact of Convention No. 87 and ILO action. In: *International Labour Review: Special Issue: Labour Rights, Human Rights*. Volume 137, Number 2. 1998/2.

derecho de asociación de las organizaciones de empleadores y trabajadores frente a las autoridades públicas²⁰.

El convenio 98 ratificado mediante la Ley 27 de 1976 y el Convenio 154 ratificado mediante la Ley 524 de 1999 junto con su recomendación 163 de 1981, sobre el fomento de la negociación colectiva, establecen como principio general que ninguna persona debe ser objeto de discriminación en el empleo a causa de su actividad o de su afiliación sindical legítimas, siendo esta protección particularmente necesaria para los dirigentes sindicales. Estipula que la protección contra los actos de discriminación antisindical debe ser efectiva, debiendo la legislación contener disposiciones que protejan de manera suficiente y consagrar la existencia de procedimientos capaces de garantizar que las quejas sean examinadas con prontitud, imparcialidad, economía y eficacia.

Estos convenios predicen la total independencia de las organizaciones de trabajadores de los empleadores y sus organizaciones en el ejercicio de sus actividades y viceversa. El convenio 154²¹ desarrolla como eje principal el fomento de la negociación colectiva que comprende todas aquellas negociaciones que tienen lugar entre empleadores o sus organizaciones y las organizaciones de trabajadores con el fin de fijar las condiciones de trabajo y empleo y/o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y/o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores. El objetivo de este convenio es estimular una negociación colectiva libre y voluntaria entre partes que representan organizaciones libres e informadas.²² En el mismo sentido, se ha producido el Convenio 135 y la recomendación 143 de 1971 sobre los representantes de los trabajadores, incluido el despido por razón de su condición de representante²³.

3.2. Comentarios del Comité de Libertad Sindical y la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones

El Comité de Libertad sindical²⁴ y la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones²⁵ han establecido criterios y principios de los Convenios

20 Otero, Alberto and Guido Horacio. ILO Law on Freedom of Association: Standards and procederes. Geneva, International Labour Office, 1995

21 Glassner, Vera; Keune, Maarten. Negotiating the crisis? collective bargaining in Europe during the economic downturn. International Labour Office. - Geneva: ILO, 2010

22 Bernard Gernigon, Alberto Otero and Horacio Guido. Collective Bargaining: ILO standards and the principles of the supervisory bodies. Geneva, International Labour Office, 2000.

23 Edited by George P. Politakis. Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision . Proceedings of the international colloquium on the 80th anniversary of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, 24-25 November 2006

24 International Labour Organization. Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Fifth (revised) edition Geneva, 2006.

25 International Labour Organization. Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), #Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 81st Session, 1994, Report III, Part 4A. Geneva, 1994.

87 y 98 que son guía obligatoria²⁶ en su aplicación. Este órgano de control confronta las situaciones de hecho que se le presentan con las normas internas de los Estados, frente a 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);²⁷ luego, formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración, que emite recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la organización²⁸. Colombia está obligada, por ser Estado parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración²⁹.

Xavier Beaudonnet³⁰ indica que los comentarios o pronunciamientos de los órganos de control internacional, en el caso de la OIT, son guía en la interpretación y aplicación de los convenios.³¹ Estos comentarios y recomendaciones son interpretaciones con valor jurídico a partir de ser una lectura respaldada por la constitución de la OIT, válida hasta tanto no se acuda a la Corte Internacional de Justicia a fin de obtener una interpretación definitiva y una aplicación de buena fe de los tratados internacionales³². El análisis que hacen los organismos de control sobre los convenios 87 y 98 de la OIT, así como la conformación de principios e interpretaciones y recomendaciones sobre la aplicación en términos generales o en términos particulares son de carácter obligatorio en su aplicación³³ por los operadores jurídicos mientras no haya un pronunciamiento contrario de la Corte Internacional de Justicia.

El anterior criterio está avalado por la propia constitución de la OIT, por la Convención de Viena y por las decisiones de la Corte Constitucional que se han mencionado. Caso contrario, sería generar una libre interpretación de los convenios que no pueden ser comparados a una ley interna y dada su naturaleza, la interpretación de sus órganos de control son parte de ellos y por lo tanto, de carácter obligatorio. Es así como el derecho de huelga, que no aparece en ninguno de los dos convenios, surge de la interpretación de los organismos de control sobre el artículo 3° del Convenio 87³⁴ (El comité de Libertad Sindical es un organismo tripartito).

26 Las decisiones del Comité de Libertad Sindical no son recomendaciones en sí mismas, sino principios orientadores de la interpretación de los Convenios de la OIT. Sentencia C 465 de 2008. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

27 OIT. Aplicación del Convenio No. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una recopilación de casos. Programa para promover el convenio No. 169 de la OIT (PRO 169) Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009

28 Gerry Rodgers; Lee Swepston; Eddy Lee and Jasmien van Daele. The International Labour Organization and the quest for social justice, 1919-2009. International Labour Organization, Geneva, 2009

29 Corte Constitucional. Sentencia 568/99. M.P. Carlos Gaviria Díaz

30 Xavier Beaudonnet. : International labour law and domestic law Subtitle: Training manual for judges, lawyers and legal educators. OIT Turin, 2009. P, 92

31 International Labour Conference, 77th Session 1990. Report III (Parts 1, 2 and 3): Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations. Summary of Reports (Articles 19, 22 and 35 of the Constitution). International Labour Office Geneva 1990.

32 *Ibidem*. P. 93 y 94

33 Servais, Jean-Michel. International labour law. Kluwer Law International B.V, The Netherlands, 2009. P 71

34 Esta posición en contraría a lo expresado por los autores Fanny Ramírez en su obra: Cartilla guía Utilización NIT en decisiones judiciales: Proyecto Promoción de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo - OIT. Bogotá OIT 2010. p 28. Y Molina Monsalve, Carlos Ernesto. La utilización del Derecho Internacional por los jueces colombianos, en la solución de litigios laborales. En: VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

La Corte Constitucional ha reiterado, siguiendo los lineamientos de la carta de la OIT, que las recomendaciones no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países,³⁵ pero en algunas ocasiones las recomendaciones que emiten los órganos de control sí son vinculantes.³⁶

Los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (artículo 93 Constitución Política) por lo que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar los tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer e interpretar su alcance y el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales³⁷ (en el caso de los convenios 87 y 98 de la OIT precisamente desarrolla el ejercicio del derecho de asociación sindical).

Todo tratado de derechos humanos ratificados por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales³⁸, por ello, si las normas sobre derecho de asociación sindical y negociación colectiva del Código Sustantivo del Trabajo, son contradictorias con los convenios 87 y 98 de la OIT, estos convenios se aplicarían de forma directa sobre el mismo código.

La contradicción jurídica entre la constitución política, los convenios 87 y 98 de la OIT y el Código Sustantivo del Trabajo (Decretos 2663 y 3743 de 1950 adoptado por la Ley 141 de 1961 como legislación permanente), es por la existencia de dos modelos jurídicos de organización sindical y de negociación colectiva. El modelo del código se caracterizaba por ser un modelo interventor de las estructuras orgánicas y funcionales de las organizaciones sindicales, creando un control de aplicación obligatoria como fue el caso de la Resolución 4ª de 1952 que establecía la obligatoriedad de acogerse a la proforma de los estatutos sindicales. Este Código establecía un control de reconocimiento jurídico y una intervención por parte del ejecutivo en la solución de los conflictos colectivos por medio de tribunales de arbitramento obligatorios, creando formalismos en la negociación colectiva y en la declaratoria de ilegalidad o legalidad de los ceses de actividades. Este modelo, desde 1991 con la expedición de la Constitución política comenzó a ser transformado por la Corte Constitucional en las decisiones de declaratoria de inconstitucionalidad o de constitucionalidad condicionada en algunos casos, para llegar a establecer el nuevo modelo jurídico sindical colombiano y de negociación colectiva, a partir de

VIII Américas Regional Congress of Labor and Social Security Laws. XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Memorias. Cartagena de Indias, Mayo 25 al 28 de 2010 que consideran que las recomendaciones de los organismos de control sobre los convenios 87 y 98 de la OIT no son de carácter obligatorio para operadores judiciales sino como fuentes interpretativas.

35 Corte Constitucional. Sentencia T 568/99. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C 200/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

36 *Ibidem*

37 Corte Constitucional. Sentencia C 010/00. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T 1319/01 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

38 Corte Constitucional. Sentencia C 038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

los convenios 87 y 98 de la OIT, que tienen como característica el ser un modelo autónomo a partir de la voluntad de las partes.

3.3. Decisiones de la Corte Constitucional en aplicación de los convenios de OIT en materia de derecho laboral colectivo

Algunas de las decisiones de inconstitucionalidad o constitucionalidad condicionada se contemplan en casos como los de las sentencias: SU - 342/95, C 096/93, C - 593/93, C - 009/94, C - 110/94, C - 473/94, C 548/94, C 085/95, C - 450/95, C - 075/97, C 432/96, C - 542/97, C - 271/99, C - 385/00, C - 569/00, C 1491/00, C 201/02, C - 063/08, C - 567/00, C - 797/00, C - 1050/01, C - 449/05, C - 1188/05, C - 311/07, C - 349/09, C - 674/08, C - 280/07, C - 695/08, C - 734/08, C - 466/08, C - 467/08, C - 621/08, C - 627/08, C - 672/08, C - 674/08, C - 732/08, C - 465/08, C - 466/08, y C - 1234/05.

La sentencia C 465/08³⁹ declaró la exequibilidad del artículo 370 del Código Sustantivo del Trabajo al entender que el depósito de la modificación de los estatutos sindicales cumple exclusivamente funciones de publicidad, sin que ello autorice al ministerio de la Protección Social para realizar un control previo sobre el contenido de la reforma. La comunicación de los cambios aprobados por un sindicato en su junta directiva ante el Ministerio equivale al depósito de una información ante él, por lo que la administración no puede negarse a inscribir a los miembros de la junta directiva que han sido nombrados con el cumplimiento de los requisitos exigidos, porque constituiría una injerencia indebida de la administración en la vida interna de las organizaciones sindicales. La Corte Constitucional ha señalado que en caso de conflictividad interna de una organización sindical sobre estatutos sindicales o nombramiento de representantes de trabajadores, debe acudirse a la justicia laboral para que sea quien decida sobre el asunto.

La Sentencia C - 858/08⁴⁰ de la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 3° del Convenio 87 de la OIT en el cual las organizaciones sindicales establecerán sus planes de acción en defensa de los intereses de sus afiliados, de conformidad con el artículo 10 del mismo convenio, ha señalado varios tipos de huelga como defensa de sus intereses. En esta decisión, la Corte Constitucional declara exequible el artículo 429 literal e) en la expresión “con fines económicos y profesionales propuestas a sus patronos” y “cuando persiga fines distintos de los profesionales o económicos” contenida en el literal b) del artículo 450 de la misma norma, en el entendido de que tales fines no excluyen la huelga atinente a la expresión de posiciones sobre políticas sociales, económicos o sectoriales que incidan directamente en el ejercicio de la correspondiente actividad, ocupación, oficio o profesión.

La Corte Constitucional ha aplicado los convenios 87 y 98 de la OIT, en algunos casos en forma directa⁴¹ para resolver la inconstitucionalidad o no de una norma

39 www.corteconstitucional.gov.co. Corte Constitucional. Sentencia C 465/08. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

40 Corte Constitucional. Sentencia C 858/08 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

41 La Corte Constitucional ha aplicado de manera directa los Convenios de la OIT. Al respecto véase: Corte Constitucional. Sentencia C 381 de 2000.

del Código Sustantivo del Trabajo, en otros casos, los ha utilizado para interpretar o desarrollar principios empleándolos como argumentos para la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas del Código.

En los casos planteados en este informe se aplican de manera directa los convenios 87 y 98 de la OIT y las recomendaciones de los órganos de control en preferencia a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, en uso de la excepción de inconstitucionalidad.

4. Metodología de casos

Hoja Caso Número 1: Ejercicio del derecho de asociación sindical. Aplicación del artículo 2° del Convenio 87 de la OIT en forma directa frente a la conformación de un sindicato compuesto por trabajadores con contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios y contratos de trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que prestan su servicio en una misma empresa.

Caso: En una empresa X, un grupo de personas compuesto por quince trabajadores con contrato de prestación de servicios⁴², quince personas que prestan sus servicios a través de una cooperativa de trabajo asociado⁴³ (no vinculados laboralmente en la empresa) y quince trabajadores con contrato de trabajo fundan una organización sindical. En sus estatutos sindicales establecen que puede ser afiliado a su organización cualquier persona natural que preste sus servicios en la empresa X. Fundada la organización sindical, el ministerio de la Protección Social procede a realizar la inscripción, de conformidad con el artículo 365 del Código Sustantivo del Trabajo y la Sentencia C 465/08.

Frente a esta situación, se solicita ante la jurisdicción laboral la nulidad del estatuto sindical en relación con la cláusula de los afiliados y, como consecuencia, la cancelación del registro sindical de la nueva organización sindical por no reunir el número mínimo de afiliados con fundamento en los artículos 12, 353, 356 y 359 del Código Sustantivo del Trabajo.

42 Corte Constitucional. Sentencia C – 739/02. www.corteconstitucional.gov.co. Igualmente pueden ejercer el derecho de asociación sindical todos los trabajadores en una empresa, ya sean contratistas independientes, intermediarios, trabajadores ocasionales o transitorios, trabajadores con contrato de trabajo a domicilio, teletrabajadores, trabajadores remitidos por agencia de colocación de empleo o trabajadores en misión, trabajadores de outsourcing,

43 Sobre el caso de los trabajadores cooperativos, la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones en el año 2008 en su informe recomienda “la Comisión pide al Gobierno [de Colombia] que tome las medidas necesarias para garantizar explícitamente que todos los trabajadores sin distinción, incluidos los trabajadores de las cooperativas y de otras figuras contractuales, independientemente de la existencia de un vínculo laboral, pueden gozar de las garantías del convenio”. Así mismo, el Comité de Libertad Sindical de la OIT en tratándose del Caso 2051 de Colombia pide al Gobierno que vele por garantizar que la figura de las cooperativas de trabajo asociado no se utilice para encubrir la realidad de la empresa y auténticas relaciones de trabajo con la finalidad de perjudicar a las organizaciones sindicales o a sus afiliados. Sin embargo, el concepto emitido por el Ministerio de la Protección Social en la ofician Jurídica y de apoyo legislativo el 24 de Julio de 2008, en contra de la OIT, ha señalado que “los asociados a una cooperativa no pueden ejercer el derecho de negociación colectiva ni votar la huelga, entre otras cosas por cuanto al ser el asociado a la vez dueño de la empresa, no existe posibilidad legal de presentar un pliego de peticiones”. En el 2009 en la 88° reunión, la comisión nuevamente pide al gobierno de Colombia se analice la situación de los trabajadores de las cooperativas asociadas sobre el derecho de sindicalización.

Antecedentes para la decisión del operador judicial

Constitucionales. Artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93⁴⁴, 94, 102 y 214 de la Constitución Política

Legales. Ley 26 de 1976, por medio de la cual se ratifica el Convenio 87, Ley 27 de 1976 por medio de la cual se ratifica el convenio 97 en su artículo 1° de la OIT, Código Sustantivo del trabajo, artículo 353, 356 y Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social artículos 2° y 13. Ley 79/88 decreto 468/90 y Decretos 4588/06 y Ley 1233/08

Jurisprudencia nacional aplicable: Sentencias C465/08, T 1328/01, C 211/00, T 445/06, C 154/96, C-674/08⁴⁵. Decisiones del comité de libertad sindical y de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones. Recomendación 169 de la OIT y la Declaración de principios de 1968 de la OIT.

Otras leyes internacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos Artículos 20.1 y 23.4⁴⁶, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Artículo XXII⁴⁷, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 22.1, 22.2, y 22.3⁴⁸; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículos 8 a) y d)⁴⁹ ratificado Mediante La Ley 74 de 1968; Protocolo adicional a

44 Corte Constitucional. Sentencia T 568/99. Dicho pronunciamiento ha sido reiterado por la Corte en Sentencia C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia C 038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. www.corteconstitucional.gov.co

45 "es bueno recordar que entre la libertad sindical y la democracia existe una dependencia mutua que, incluso, puede verse como una relación circular, pues es evidente que sólo en Estados democráticos puede garantizarse la verdadera eficacia del derecho a constituir organizaciones sindicales para la defensa de los derechos comunes de un oficio o profesión y que el ejercicio del derecho a la libertad sindical contribuye a afianzar y consolidar la democracia en una sociedad" www.corte.constitucional.gov.co

46 Art. 20.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. Art. 23.4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses.

47 Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

48 Artículo 22. 22.1) Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 22.2) El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía. 22.3) Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

49 Artículo 8. 1. 1. The States Parties to the present Covenant undertake to ensure: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: (a) The right of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice, subject only to the rules of the organization concerned, for the promotion and protection of his economic and social interests. (A) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y afiliarse al sindicato de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para la promoción y protección de sus intereses económicos y sociales. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public order or for the protection of the rights and freedoms of others; No se impondrán restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o el orden público o para la protección de los derechos y libertades de los demás; (b) The right of trade unions to establish national federations or confederations and the right of the latter to form or join international trade-union organizations; (B) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el derecho de éstas a

la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales (Protocolo de San Salvador); Convención Americana de derechos humanos artículo 16.1, 16.2 y 16.3⁵⁰ ratificado mediante la Ley 16 1972.

Análisis del operador judicial

El operador judicial laboral debe analizar su competencia para anular una cláusula de un estatuto sindical contradictorio de la Constitución nacional y las leyes para ordenar la cancelación del registro sindical. El artículo 2° del Código Procesal Laboral, modificado por la Ley 712/01 dispone que los jueces laborales son competentes del análisis de los estatutos sindicales porque el ejercicio del derecho de asociación sindical está vinculado al mundo del trabajo (no necesariamente a la formalidad de vinculación por contrato de trabajo, sino también por otro tipo de vinculación que determine una actividad laboral en la empresa). Cualquier conflictividad que se origine de la actividad laboral debe ser solucionada ante la jurisdicción especial laboral, de conformidad con la decisión de la Corte Constitucional. El juez laboral decidirá la legalidad o ilegalidad de los estatutos sindicales. Si los estatutos son ilegales por permitir la afiliación de trabajadores no vinculados laboralmente a la empresa mediante contrato de trabajo, ordenará, la cancelación del registro sindical. Es necesario resaltar que el operador judicial deberá tramitar este asunto por el proceso ordinario laboral y no por aplicación del artículo 380 del Código Sustantivo del Trabajo sobre disolución, liquidación y cancelación de la inscripción del registro sindical que se debe usar exclusivamente para las violaciones de las prohibiciones del sindicato del artículo 379 del Código, como una sanción determinada judicialmente.

Frente a la legalidad o ilegalidad de las cláusulas del estatuto sindical se debe tener en cuenta que el artículo 2° del convenio 87⁵¹ de la OIT ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1976, establece que “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 éstas con la

fundar o afiliarse a organizaciones sindicales internacionales; (c) The right of trade unions to function freely subject to no limitations other than those prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public order or for the protection of the rights and freedoms of others; (C) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para la protección de los derechos y libertades de los demás; ...

50 Artículo 16. Libertad de asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.
2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.
3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

51 Dunning, Harold. The origins of Convention No. 87 on freedom of association and the right to organize. In: *International Labour Review: Special Issue: Labour Rights, Human Rights*. Volume 137, number 2. 1998/2.

condición de observar los estatutos de las mismas”. El artículo 3º establece que “las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus representantes, el de organizar sus actividades y el de formular su programa de acción. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”

Al respecto, el Comité de Libertad sindical en sus notas 216, 209, 254, 255, 258, 260, 261, 262, 263⁵² al interpretar el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT reitera el derecho que tienen todos los trabajadores, sin ninguna distinción, de constituir libremente las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas. La comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones⁵³ de la OIT en sus notas 45

52 International Labour Organization. Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Fifth (revised) edition Geneva, 2006.

209. Article 2 of Convention No. 87 is designed to give expression to the principle of non-discrimination in trade union matters, and the words “without distinction whatsoever” used in this Article mean that freedom of association should be guaranteed without discrimination of any kind based on occupation, sex, colour, race, beliefs, nationality, political opinion, etc., not only to workers in the private sector of the economy, but also to civil servants and public service employees in general. **216.** All workers, without distinction whatsoever, including without discrimination in regard to occupation, should have the right to establish and join organizations of their own choosing. **254.** By virtue of the principles of freedom of association, all workers – with the sole exception of members of the armed forces and the police – should have the right to establish and join organizations of their own choosing. The criterion for determining the persons covered by that right, therefore, is not based on the existence of an employment relationship, which is often non-existent, for example in the case of agricultural workers, self-employed workers in general or those who practise liberal professions, who should nevertheless enjoy the right to organize. **255.** All workers, without distinction whatsoever, whether they are employed on a permanent basis, for a fixed term or as contract employees, should have the right to establish and join organizations of their own choosing. **258.** Persons hired under training agreements should have the right to organize. **260.** Persons working under community participation programmes intended to combat unemployment are workers within the meaning of Convention No. 87 and they must have the right to organize, given that they undeniably have collective interests which must be promoted and defended. **261.** The Promotion of Cooperatives Recommendation, 2002 (No. 193), calls on governments to ensure that cooperatives are not set up or used for non-compliance with labour law or used to establish disguised employment relationships. **262.** Mindful of the particular characteristics of cooperatives, the Committee considers that associated labour cooperatives (whose members are their own bosses) cannot be considered, in law or in fact, as “workers’ organizations” within the meaning of Convention No. 87, that is organizations that have as their objective to promote and defend workers’ interests. That being so, referring to Article 2 of Convention No. 87 and recalling that the concept of worker means not only salaried worker, but also independent or autonomous worker, the Committee has considered that workers associated in cooperatives should have the right to establish and join organizations of their own choosing. **263.** The Committee does not have the competence to express an opinion concerning the legal relationship (labour or commercial) of certain distributors and sales agents of an enterprise including on the question of whether the absence of a recognized employment relationship implies that they are not covered by the Labour Act. Nevertheless, in view of the fact that Convention No. 87 permits the exclusion only of the armed forces and the police, the sales agents in question should be able to establish organizations of their own choosing (Convention No. 87, Article 2)

53 International Labour Organization. Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 81st Session, 1994, Report III, Part 4A. Geneva, 1994.

45. Article 2 of Convention No. 87 provides that “Workers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and ... to join organizations of their own choosing ...”. In adopting the terms “without distinction whatsoever”, which it considered a more suitable way in which to express the universal scope of the principle of freedom of association than a list of prohibited forms of distinction, the International Labour Conference emphasized

y 46, ha interpretado como principio general que todos los trabajadores, sin importar su forma de vinculación, pueden ejercer el derecho de asociación sindical.

No obstante la aplicación directa del artículo 2 del convenio 87 de la OIT, en necesario resaltar que el artículo 39 de la Constitución nacional así como los artículos 353 y 356 del C.S.T. no establecen como condición para el ejercicio del derecho de asociación sindical estar vinculado mediante contrato de trabajo en una empresa

El operador judicial se encuentra así ante la situación de que las normas sustantivas del trabajo han establecido que las organizaciones sindicales son organizaciones de trabajadores, utilizando este término para las personas naturales vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo, siendo normas contrarias al convenio 87 de la OIT. A este efecto, pueden ejercer el derecho de asociación sindical todos los trabajadores en una empresa, ya sean contratistas independientes, intermediarios, trabajadores ocasionales o transitorios, trabajadores con contrato de trabajo a domicilio, teletrabajadores, trabajadores remitidos por agencia de colocación de empleo o trabajadores en misión y trabajadores de outsourcing.

En el caso planteado, el operador debe darle preferencia al convenio de la OIT frente a las normas del código y declarar los estatutos sindicales de la organización sindical conformes a lo consagrado en la Constitución, las leyes y el bloque de constitucionalidad.

Hoja de caso Número 2⁵⁴: Conflictividad interna sindical. Aplicación del artículo 3° del Convenio 87 de la OIT en forma directa, frente a la autonomía de las organizaciones sindicales en la redacción de los estatutos sindicales.

Caso: Un grupo de trabajadores funda una organización sindical y establece en sus estatutos lo siguiente: “el periodo de la junta directiva será de diez años y será designada por el presidente de la organización sindical”. En una organización sindical hay cambio en su junta directiva y los nombramientos se producen, según algunos miembros de la organización, contrariando los estatutos sindicales. Los trabajadores acuden ante el operador judicial porque la organización sindical ha nombrado dos juntas directivas y existe duda acerca de la legalidad de algunas de ellas, lo que contraría los estatutos sindicales. Algunos trabajadores solicitan ante el juez laboral la nulidad de las cláusulas de los estatutos sindicales por contradecir el artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo sobre la elección de la junta directiva de conformidad con la sentencia C 466/08. Esta

that the right to organize should be guaranteed without distinction or discrimination of any kind as to occupation, sex, colour, race, creed, nationality or political opinion. The right to organize should therefore be considered as the general principle, the only exception to which is that stipulated in Article 9 of the Convention, which permits States to determine the extent to which the guarantees provided for in the Convention apply to the armed forces and the police.⁴⁶ The use of the terms “employers” and “workers” in Convention No. 87 underscores the fact that that instrument guarantees the right of association for trade union purposes - a subject which comes directly and unquestionably within the competence of the International Labour Organization - and not the right of association in general, which falls within the competence of other international agencies. Consequently, the various terms used in the present survey, which are often based on those used in national legislation, all refer, unless otherwise stated, to the right to organize or associate for occupational purposes with the aim of furthering and defending the interests of workers or employers.

54 Téngase en cuenta todos los elementos utilizados sobre competencia y la aplicación directa del convenio 87 y 98 de la OIT para los casos que a continuación se plantean.

sentencia declara inexecutable la norma “en papeleta escrita y aplicando el sistema de cociente electoral”, por lo tanto, la organización sindical debe aplicar algún sistema de elección democrática, esto es, con la participación de sus afiliados y los periodos de los representantes sindicales estarán de conformidad con este principio.

Antecedentes para la decisión del operador judicial

Constitucionales: Artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93⁵⁵, 94, 102 y 214 de la Constitución

Legales: Ley 26 de 1976 por medio de la cual se ratifica el Convenio 87 de la OIT, artículo 3°

Jurisprudencia nacional aplicable Sentencia C 466/08, C-674/08. Decisiones del comité de libertad sindical y comisión de expertos. Recomendación 169 de la OIT, la declaración de principios de 1968 de la OIT

Análisis del operador judicial Una vez analizada la competencia del operador judicial⁵⁶, el convenio 87 de la OIT en su artículo 3°, se permite a las organizaciones de trabajadores y empleadores constituir las organizaciones que estimen convenientes y el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos dentro del principio de democracia sindical. Al respecto, el comité de libertad sindical en sus notas 369 a 383⁵⁷ y la co-

55 Corte Constitucional. Sentencia T 568/99. Dicho pronunciamiento ha sido reiterado por la Corte en Sentencia C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia C 038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. www.corteconstitucional.gov.co

56 Son sujetos procesales activos para poner en conocimiento de los operadores jurídicos la conflictividad interna (estatutos sindicales, elecciones de representantes sindicales,) los trabajadores afiliados al sindicato y no los empleadores o trabajadores no afiliados al sindicato.

57 International Labour Organization. Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Fifth (revised) edition Geneva, 2006.

369. Legislative provisions which regulate in detail the internal functioning of workers' and employers' organizations pose a serious risk of interference by the public authorities. Where such provisions are deemed necessary by the public authorities, they should simply establish an overall framework in which the greatest possible autonomy is left to the organizations in their functioning and administration. Restrictions on this principle should have the sole objective of protecting the interests of members and guaranteeing the democratic functioning of organizations. Furthermore, there should be a procedure for appeal to an impartial and independent judicial body so as to avoid any risk of excessive or arbitrary interference in the free functioning of organizations. 370. In the Committee's opinion, the mere existence of legislation concerning trade unions in itself does not constitute a violation of trade union rights, since the State may legitimately take measures to ensure that the constitutions and rules of trade unions are drawn up in accordance with the law. On the other hand, any legislation adopted in this area should not undermine the rights of workers as defined by the principles of freedom of association. Overly detailed or restrictive legal provisions in this area may in practice hinder the creation and development of trade union organizations. 371. To guarantee the right of workers' organizations to draw up their constitutions and rules in full freedom, national legislation should only lay down formal requirements as regards trade union constitutions, and the constitutions and rules should not be subject to prior approval by the public authorities. 372. Requirements regarding territorial competence and number of union members should be left for trade unions to determine in their own by-laws. In fact, any legislative provisions that go beyond formal requirements may hinder the establishment and development of organizations and constitute interference contrary to Article 3, paragraph 2, of the Convention. 373. A provision that union rules shall comply with national statutory requirements is not in violation of the principle that workers' organizations shall have the right to draw up their constitutions and rules in full freedom, provided that such statutory requirements in themselves do not infringe the principle of freedom of association and provided that approval of the rules by the competent authority is not within the discretionary powers of such authorities. 374. The drafting by the public authorities themselves of the constitutions of central workers' organizations constitutes a violation of the principles of freedom of association. 375. Where the approval of trade union rules is within the discretionary powers of a competent authority, this is not compatible with the generally accepted principle that workers' organizations shall have the right to draw up their constitutions and rules in full freedom. 376. The existence of a right to appeal to the courts in connection

misión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones⁵⁸, han establecido que las organizaciones sindicales gozan de plena autonomía para redactar sus estatutos sindicales y son libres de elegir a sus representantes. Adicionalmente, estas representaciones deben ser designadas de conformidad con el principio de democracia sindical, donde pueden participar todos los afiliados. Un periodo de diez años es contrario al principio de democracia sindical, sin que esto se oponga a la posibilidad de reelección de los representantes de los trabajadores, de conformidad con sus estatutos. El operador judicial aplicará directamente el principio de democracia sindical consagrado como elemento esencial del convenio 87 de la OIT, desarrollado en las notas 30 y siguientes

with the approval of by-laws does not in itself constitute a sufficient guarantee. This would not change the nature of the powers conferred on the administrative authorities and the courts would only be able to ensure that the legislation had been correctly applied. The courts should, therefore, be entitled to re-examine the substance of the case, as well as the grounds on which an administrative decision is based. 377. A legal provision which authorizes the government in certain circumstances to object to the setting up of a trade union within a period of three months from the date of registration of its by-laws is in contradiction with the basic principle that employers and workers should have the right to establish organizations of their own choosing without previous authorization. 378. The existence of legislation which is designed to promote democratic principles within trade union organizations is acceptable. Secret and direct voting is certainly a democratic process and cannot be criticized as such. 379. The listing in the legislation of the particulars that must be contained in a union's constitution is not in itself an infringement of the right of workers' organizations to draw up their internal rules in full freedom. 380. A mandatory list of functions and aims that associations must have that is excessively extensive and detailed may in practice hinder the establishment and development of organizations. 381. Amendments to the constitution of a trade union should be debated and adopted by the union members themselves. 382. In some countries the law requires that the majority of the members of a trade union – at least at a first vote – decide on certain questions which affect the very existence or structure of the organization (adoption and amendments of the constitution, dissolution, etc.). In such cases involving basic matters relating to the existence and structure of a union or the fundamental rights of its members, the regulation by law of majority votes for the adoption of the decisions involved does not imply interference contrary to the Convention, provided that this regulation is not such as to seriously impede the running of a trade union, thereby making it practically impossible to adopt the required decisions in the prevailing circumstances, and provided that the purpose is to guarantee the members' right to participate democratically in the organization. 383. The insertion in the constitution of a trade union, on the decision of the public authorities, of a clause whereby the trade union must forward annually to the ministry a series of documents – namely a copy of the minutes of the last general assembly indicating precisely the names of the members present, a copy of the general secretary's report, as approved by the assembly, a copy of the treasurer's report, etc. – and where failure to do so within a prescribed period will result in the union being considered as having ceased to exist – is incompatible with the principles of freedom of association.

- 58 International Labour Organization. Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 81st Session, 1994, Report III, Part 4A. Geneva, 1994.

108. Article 3 of Convention No. 87 guarantees the free functioning of workers' and employers' organizations by recognizing four basic rights: to draw up their constitutions and rules, to elect their representatives in full freedom, to organize their administration and activities and to formulate their programmes without interference by the public authorities. Article 8 of the Convention provides that in exercising these rights, organizations shall respect the law of the land, but stipulates that the law of the land shall not be such as to impair, nor shall it be so applied as to impair, the guarantees provided for in the Convention. During the preparatory work on the Convention, several Government members, although they accepted complete trade union autonomy, pointed out that the State could not refrain from all intervention since it must at least ensure that trade unions carried on their activities within the limits of the law. In an attempt to achieve this twofold objective, the International Labour Conference finally decided to word the second paragraph of Article 3 as follows: "the public authorities shall refrain from any interference which would restrict this right or impede the lawful exercise thereof"¹⁰⁹. In order for this right to be fully guaranteed, the Committee believes that two basic conditions must be met: firstly, national legislation should only lay down formal requirements as regards trade union constitutions; secondly, the constitutions and rules should not be subject to prior approval at the discretion of the public authorities

del comité de libertad sindical donde se insiste en que el sistema democrático es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales.

El operador judicial deberá analizar si las elecciones se produjeron de conformidad con los estatutos sindicales, aplicando las notas 440 al 453 del comité de libertad sindical⁵⁹ y las notas 112 a la 121⁶⁰ de la comisión de expertos en aplicación de

59 International Labour Organization. Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Fifth (revised) edition Geneva, 2006

440. Measures taken by the administrative authorities when election results are challenged run the risk of being arbitrary. Hence, and in order to ensure an impartial and objective procedure, matters of this kind should be examined by the judicial authorities.441. In order to avoid the danger of serious limitation on the right of workers to elect their representatives in full freedom, complaints brought before labour courts by an administrative authority challenging the results of trade union elections should not – pending the final outcome of the judicial proceedings – have the effect of suspending the validity of such elections.442. In cases where the results of trade union elections are challenged, such questions should be referred to the judicial authorities in order to guarantee an impartial, objective and expeditious procedure. 443. In order to avoid the danger of serious limitations on the right of workers to elect their representatives in full freedom, cases brought before the courts by the administrative authorities involving a challenge to the results of trade union elections should not – pending the final outcome of the proceedings – have the effect of paralysing the operations of trade unions.444. The removal by the Government of trade union leaders from office is a serious infringement of the free exercise of trade union rights. 445. The appointment by the government of persons to administer the central national trade union on the ground that such a measure was rendered necessary by the corrupt administration of the unions would seem to be incompatible with freedom of association in a normal period.446. In a case where an administrator of trade union affairs had been appointed by the government so as to ensure, on behalf of the trade unions, the functions normally carried out by a central workers' organization, the Committee considered that any reorganization of the trade union movement should be left to the trade union organizations themselves and that the administrator should confine himself to coordinating the efforts made by the unions to bring this about. The prerogatives conferred on the administrator should not be such as to restrict the rights guaranteed by Article 3, paragraph 1, of Convention No. 87.447. Legislation which confers on the public authorities the power to remove the management committee of a union whenever, in their discretion, they consider that they have "serious and justified reasons", and which empowers the government to appoint executive committees to replace the elected committees of trade unions, is not compatible with the principle of freedom of association. Such provisions can in no way be compared with those which, in some countries, make it possible for the courts to declare an election invalid for specific reasons defined by law.448. The setting up by the government, following a change of regime, of a provisional consultative committee of a trade union confederation and the refusal to recognize the executive committee which has been elected at the congress of that organization constitutes a breach of the principle that the public authorities should refrain from any interference which would restrict the right of workers' organizations to elect their representatives in full freedom and to organize their administration and activities..449. With regard to the placing of certain unions under control, the Committee has drawn attention to the importance which it attaches to the principle that the public authorities should refrain from any interference which would restrict the right of workers' organizations to elect their representatives in full freedom and to organize their administration and activities.450. The placing of trade union organizations under control involves a serious danger of restricting the rights of workers' organizations to elect their representatives in full freedom and to organize their administration and activities. 451. While recognizing that certain events were of an exceptional kind and may have warranted intervention by the authorities, the Committee considered that, in order to be admissible, the taking over of a trade union must be temporary and aimed solely at permitting the organization of free elections. 452. Measures taken by the administrative authorities, such as the placing of organizations under control, are liable to appear arbitrary, even if they are temporary and may be challenged before the courts.453. The power conferred on a person with a view to facilitating the normal functioning of a trade union organization should not be such as to lead to limitations on the right of trade union organizations to draw up their constitutions, elect their representatives, organize their administration and formulate their programmes.

60 International Labour Organization. Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 81st Session, 1994, Report III, Part 4A. Geneva, 1994 121. Provisions restricting or prohibiting the

convenios y recomendaciones, en la cual se recomienda que la decisión debe estar rodeada de la garantía del derecho de defensa y objetividad a fin que se preserve el derecho de los trabajadores a elegir libremente a sus representantes conforme lo dispuesto en el artículo 3° del Convenio 87 de la OIT. Con fundamento en el artículo 39 de la Constitución Política el operador deberá decretar la nulidad de las cláusulas de los estatutos por ser violatorias del artículo 3° del convenio 87.

Hoja de caso Número 3: Garantía del fuero sindical

Caso: Un trabajador que presta su servicio en la empresa X por medio de un contrato de prestación de servicios es presidente de la junta directiva de la organización sindical de esa empresa. La empresa X da por terminado el contrato de prestación de servicios antes de su vencimiento por la actividad sindical con el argumento de que el trabajador no puede gozar de fuero sindical por no ser trabajador vinculado directamente con la empresa. El trabajador acude ante el operador judicial en la acción de reintegro de acción sindical.

Antecedentes para la decisión del operador judicial

Constitucionales: Artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93⁶¹, 94, 102 y 214 de la Constitución

Legales: Convenio 87, 98 y 135 de la OIT. Artículos 406 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo

Análisis del operador judicial: En este caso, ¿puede o no ejercer el derecho de asociación sindical un trabajador vinculado a una empresa mediante contrato de prestación de servicios? De conformidad con el artículo 2° del Convenio 87 de la OIT, todos los trabajadores, sin ninguna distinción, pueden ejercer el derecho de asociación sindical. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical en sus notas 262, 785, 799, 804 y siguientes⁶² y la comisión de expertos en aplicación de convenios

re-election of trade union officers are a serious obstacle to the right of organizations to elect their representatives in full freedom, irrespective of the scope and form of the provision: absolute prohibition, or prohibition of re-election where previous terms or a certain number of consecutive terms have been served in the view of the Committee, any provision, irrespective of its form, which restricts or prohibits re-election to trade union office is incompatible with the Convention. Such provisions may entail particularly serious consequences for organizations which do not have a sufficient number of persons capable of carrying out the duties of a trade union officer. The same principle is applicable to provisions fixing the maximum length of terms of trade union office.¹²² Any removal or suspension of trade union officers which is not the result of an internal decision of the trade union, a vote by members or normal judicial proceedings, seriously interferes in the exercise of the trade union office to which the officers have been freely elected by the members of their trade unions. Provisions which permit the suspension and removal of trade union officers or the appointment of temporary administrators by the administrative authorities, by the executive board of a single central organization or under the provisions of legislation or a decree promulgated for the purpose are incompatible with the Convention.

61 Corte Constitucional. Sentencia T 568/99. Dicho pronunciamiento ha sido reiterado por la Corte en Sentencia C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia C 038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. www.corteconstitucional.gov.co

62 International Labour Organization. Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Fifth (revised) edition Geneva, 2006.

262. Mindful of the particular characteristics of cooperatives, the Committee considers that associated labour cooperatives (whose members are their own bosses) cannot be considered, in law or in fact, as “workers’ organizations”

y recomendaciones⁶³, reitera que los trabajadores, sin distinción por su manera de vinculación, pueden formar y hacer parte de las organizaciones sindicales, de conformidad con el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT.

El Convenio 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores, que también es parte del bloque de constitucionalidad, establece en su artículo 1° que *Workers' representatives in the undertaking shall enjoy effective protection against any act prejudicial to them, including dismissal, based on their status or activities as a workers' representative or on union membership or participation in union activities, in so far as they act in conformity with existing laws or collective agreements or other jointly agreed arrangements. Igualmente la recomendación No. 143 sobre los representantes de los trabajadores en su aparte 3° num. 5 que Workers' representatives in the undertaking should enjoy effective protection against any act prejudicial to them, including dismissal, based on their status or activities as a workers' representative or on union membership or participation in union activities, in so far as they act in conformity with existing laws or collective agreements or other jointly agreed arrangements.*

El artículo 1° del Convenio 98 de la OIT reitera que *Workers shall enjoy adequate protection against acts of anti-union discrimination in respect of their employment*, aplicando en el caso planteado de manera directa la estabilidad laboral del trabajador frente al empleador que le presta sus servicios. La aplicación del artículo 406 y 407 del Código Sustantivo del Trabajo al establecer en su literal C) que los miembros de la junta directiva y subdirectiva de todo sindicato en un número de diez están amparados por el fuero sindical, por lo tanto, no podrán ser desvinculados sin que previamente un juez laboral califique la justa causa correspondiente.

within the meaning of Convention No. 87, that is organizations that have as their objective to promote and defend workers' interests. That being so, referring to Article 2 of Convention No. 87 and recalling that the concept of worker means not only salaried worker, but also independent or autonomous worker, the Committee has considered that workers associated in cooperatives should have the right to establish and join organizations of their own choosing.

785. The non-renewal of a contract for anti-union reasons constitutes a prejudicial act within the meaning of Article 1 of Convention No. 98.

799. One of the fundamental principles of freedom of association is that workers should enjoy adequate protection against all acts of anti-union discrimination in respect of their employment, such as dismissal, demotion, transfer or other prejudicial measures. This protection is particularly desirable in the case of trade union officials because, in order to be able to perform their trade union duties in full independence, they should have a guarantee that they will not be prejudiced on account of the mandate which they hold from their trade unions. The Committee has considered that the guarantee of such protection in the case of trade union officials is also necessary in order to ensure that effect is given to the fundamental principle that workers' organizations shall have the right to elect their representatives in full freedom.

804. The Committee has pointed out that one way of ensuring the protection of trade union officials is to provide that these officials may not be dismissed, either during their period of office or for a certain time thereafter except, of course, for serious misconduct.

63 International Labour Organization. Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 81st Session, 1994, Report III, Part 4A. Geneva, 1994

Las estipulaciones de los artículos 405, 406 y 407 del Código Sustantivo del Trabajo sobre fuero sindical, no establecen que dicha garantía sea exclusiva para los trabajadores con contrato de trabajo, sino por el contrario, lo es para todos los trabajadores, como lo establece la Constitución nacional en su artículo 39, cuando reconoce a los representantes sindicales el fuero y demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. El operador jurídico, en aplicación directa de los Convenios de la OIT, ordenará el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir.

5. Conclusiones

El grupo de investigación de Protección Social y Conflicto ha concluido que por los efectos producidos por las decisiones de la Corte constitucional, con fundamento en la Constitución de 1991, en lo relacionado con el mundo de las organizaciones sindicales y la negociación colectiva en Colombia, no es necesario establecer reglamentaciones o producir nuevas normas en estas materias⁶⁴ por la aplicación directa en ellas de los convenios 87 y 98 de la OIT en la solución de los conflictos jurídicos en ellas. Basta que los operadores conozcan, profundicen la aplicabilidad de los convenios 87 y 98 de la OIT y las decisiones de los organismos de control para actuar de conformidad con estos criterios en la toma de decisiones, bien sea por las decisiones de la Corte Constitucional, en las declaraciones de inconstitucional en algunos casos, o en la declaratoria de constitucionalidad condicionada en otros, o aplicando la excepción de inconstitucionalidad.

Bibliografía

1. Arcand Sébastien, Muñoz Grisales, Rodrigo, Facal, Joseph, Dupuis Jean-Pierre. *Sociología de la empresa. Del marco histórico a las dinámicas internas*. 2010.
2. Archila Neira, Mauricio. *Idas y venidas, vueltas y revueltas, Protestas sociales en Colombia. 1858-1990*. Bogotá, D.C., 2003.
3. Castaño, López Hugo. *Ensayos sobre economía laboral colombiana*. Bogotá, 1996.
4. Cuéllar, María Mercedes. *Los sindicatos y la asignación del ingreso en Colombia. Un Siglo de Historia Laboral*. Bogotá, 2009.

64 Este criterio no es compartido por Miguel Urrutia Montoya, Diana Rodríguez Franco, Cesar Rodríguez Garavito y Cesar Sánchez Oviedo que en su libro *Reformas de Derechos Sindicales y Desarrollo*. Universidad de los Andes, 2010, proponen una reforma laboral para adaptar la legislación colombiana a las normas de la OIT en cuanto a la declaración de huelga por parte de las Federaciones y Confederaciones, permitir el derecho de huelga en los servicios públicos no esenciales y permitir la negociación colectiva en el sector público. En cuanto a estos temas el grupo de protección social y conflicto considera que no es necesario producir una reforma por cuanto los convenios 87 y 98 de la OIT son aplicables directamente en todos los aspectos relacionados con la negociación colectiva en materia de huelga de federaciones y confederaciones, hay suficientes criterios de los organismos de control sobre los derechos de huelga en los servicios públicos esenciales y no esenciales (comité de libertas sindical, Notas : derecho de federaciones y confederaciones 730 y 731; derecho de huelga en los servicios esenciales y no esenciales 581 a 584; de la comisión de normas notas 136 a 179)

5. Castillo, Juan José. *La Soledad del Trabajador Globalizado. Memoria, Presente y Futuro*. Editorial Catarata. 2008.
6. Correa Henao, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*, Editorial Universidad Externado de Colombia. 2008.
7. Delgado Salazar, Ricardo. *Acción colectiva y sujetos sociales. Análisis de los marcos de justificación éticos-políticos de las organizaciones sociales de mujeres, jóvenes y trabajadores*. Bogotá D. C. 2009.
8. González Herazo, Edgardo Rafael. *La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia. Estudio de derecho comparado*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010.
9. Homenaje al doctor López Guerra, Guillermo. *Evolución y tendencias de las relaciones laborales en Colombia*. Colegio de abogados del trabajo. 2006.
10. Medina Castillo, José Enrique. *Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo*. Editorial Comares. 1999.
11. Melano Matiz, Jorge, Sarkis, Bassam. *Administración de los conflictos laborales, la negociación colectiva en Colombia y la región andina*. Colombia. Editorial Legis. 2004.
12. Pérez García, Miguel. *El servicio temporal y otras formas de contratación*. Bogotá. Editorial Carrera 7. 2009.
13. Ramírez, Fanny. *Cartilla guía para la utilización del NIT en decisiones judiciales. Proyecto Promoción de principios y derechos fundamentales en el trabajo – OIT*, Bogotá, 2010.
14. Sánchez Ángel, Ricardo. *¡Huelga! Lucha de la clase trabajadora en Colombia. 1975-1981*. Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá. 2009.
15. Taboada Ibarra, Eunice L. *Hacia una nueva teoría de la empresa. Elementos desde la economía institucional contemporánea*. 2007.
16. Tarello, Giovanni. *Teorías e ideologías en el derechos sindical, la experiencias italiana después de la Constitución*. Editorial Comares. 2002.
17. Valdés dal- Ré, Fernando. *Libertad de asociación y empresarios en los países de la unión*. 2006.
18. Valdeolivas García, Yolanda. *Antisindicalidad y relaciones de trabajo (un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*. Editorial Universidad Autónoma de Madrid. 1994.

ANEXO 1

CONVENIOS RATIFICADOS POR COLOMBIA

C1 Convenio sobre las horas de trabajo (industria), ratificado mediante la Ley 129 de 1931; C2 Convenio sobre el desempleo, ratificado mediante la Ley 1931; C3 Convenio sobre la protección a la maternidad, ratificado mediante la Ley 1931; C4 Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), ratificado mediante la Ley 1931; C5 Convenio sobre la edad mínima (industria), ratificado mediante la Ley 1931, denunciado el 02:02:2001; C6 Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), ratificado mediante la Ley 1931; C7 Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), ratificado mediante la Ley 1931, denunciado el 02:02:2001; C8 Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), ratificado mediante la Ley 1931, C9 Convenio sobre la colocación de la gente de mar, ratificado mediante la Ley 1931; C10 Convenio sobre la edad mínima (agricultura), ratificado mediante la Ley 1931, denunciado el 02:02:2001; C11 Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), ratificado mediante la Ley 1931; C12 Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), ratificado mediante la Ley 1931; C13 Convenio sobre la cerusa (pintura), ratificado mediante la Ley 1931; C14 Convenio sobre el descanso semanal (industria), ratificado mediante la Ley 1931; C15 Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), ratificado mediante la Ley 1931, denunciado el 02:02:2001; C16 Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), ratificado mediante la Ley 1931; C17 Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, ratificado mediante la Ley 1931; C18 Convenio sobre las enfermedades profesionales, ratificado mediante la Ley 1931; C19 Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), ratificado mediante la Ley 1931; C20 Convenio sobre el trabajo nocturno (panaderías), ratificado mediante la Ley 1931; C21 Convenio sobre la inspección de los emigrantes, ratificado mediante la Ley 1931; C22 Convenio sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, ratificado mediante la Ley 1931; C23 Convenio sobre la repatriación de la gente de mar, ratificado mediante la Ley 1931; C24 Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), ratificado mediante la Ley 1931; C25 Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), ratificado mediante la Ley 1931; C26 Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, ratificado mediante la Ley 1931; C29 Convenio sobre el trabajo forzoso, ratificado mediante la Ley 23 de 1967; C30 Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), ratificado mediante la Ley 23 de 1967; C52 Convenio sobre las vacaciones pagadas, ratificado mediante la Ley 54 de 1962; C62 Convenio sobre las prescripciones de seguridad (edificación), ratificado mediante la Ley 23 de 1967, denunciado el 06:09:1994; C80 Convenio sobre la revisión de los artículos finales, 1946 10:06:1947 ratificado; C81 Convenio sobre la inspección del trabajo, ratificado mediante la Ley 23 de 1967; C87 Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, ratificado mediante la Ley 26 de 1976; C88 Convenio sobre el servicio del empleo, ratificado mediante la Ley 37 de 1967; C95 Convenio sobre la protección

del salario, ratificado mediante la Ley 54 de 1962; C98 Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, ratificado mediante la Ley 27 de 1976; C99 Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), ratificado mediante la Ley 18 de 1968; C100 Convenio sobre igualdad de remuneración, ratificado mediante la Ley 54 de 1962; C101 Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), ratificado mediante la Ley 21 de 1967; C104 Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), ratificado mediante la Ley 20 de 1967; C105 Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, ratificado mediante la Ley 54 de 1962; C106 Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas ratificado mediante la Ley 23 de 1967; C107 Convenio sobre poblaciones indígenas y tribunales, ratificado mediante la Ley 31 de 1967; C 111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), ratificado mediante la Ley 22 de 1967; C116 Convenio sobre la revisión de los artículos finales, ratificado mediante la Ley 23 de 1967; C129 Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), ratificado mediante la Ley 47 de 1975 ; C136 Convenio sobre el benceno, ratificado mediante la Ley 44 de 1975; C138 Convenio sobre la edad mínima, ratificado mediante la Ley 515 de 1999; C144 Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), ratificado mediante la Ley 410 de 1997; C151 Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, ratificado mediante la Ley 411 de 1997; C154 Convenio sobre la negociación colectiva, ratificado mediante la Ley 524 de 1999; C159 Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), ratificado mediante la Ley 82 de 1988; C160 Convenio sobre estadísticas del trabajo, ratificado mediante la Ley 66 de 1988; C161 Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, ratificado mediante la Ley 378 de 1997 ;C162 Convenio sobre el asbesto, 1986 25:01:2001; C167 Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, ratificado mediante la Ley 52 de 1993; C169 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado mediante la Ley 21 de 1991; C170 Convenio sobre los productos químicos, ratificado mediante la Ley 55 de 1993; C174 Convenio sobre la prevención de accidentes industriales mayores, ratificado mediante la Ley 320 de 1997; C182 Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, ratificado mediante la Ley 704 de 2001