

La atomización sindical en el Ordenamiento Jurídico Colombiano: Necesidad de una corrección constitucional
Union atomization in the Colombian Legal System: Need for a constitutional correction

Manuel Santiago Padilla Carvajal¹

El Derecho del Trabajo es un derecho que capta las realidades. Por ello, la jurisprudencia sobre la materia ha sostenido que «el derecho del trabajo y de la seguridad social se construye sobre realidades y verdades», de manera que antes que permanecer pétreo y expectante frente a las transformaciones veloces del mundo, debe adaptarse a ellas para cumplir su misión de proteger a los trabajadores. (CSJ SL-462 de 2021)

RESUMEN: El presente artículo de reflexión tiene por objeto en primera medida plasmar la importancia del principio fundamental y derecho humano laboral a la libertad sindical. Luego, describir *grosso modo* el contexto colombiano frente a la libertad sindical y los distintos factores que han incidido directamente en la baja tasa de sindicalización, especialmente lo relacionado con la regulación normativa y las instituciones jurídicas del derecho del trabajo colectivo colombiano; para finalmente, a modo de reflexión proponer posibles cambios que promuevan la libertad y la unidad sindicales, con el fin de lograr una justicia social, en el marco de un Estado Social de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Atomización Sindical, Libertad Sindical, Negociación Colectiva, Multifiliación Sindical, Carrusel Sindical

¹ Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, especialista en derecho laboral y seguridad social de la Universidad ICESI, maestrante en derecho de la misma universidad y Joven Investigador 2023-2024. Integrante del Grupo de Investigación en Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales-GIEJPSO. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7080-5395>. Correo electrónico: manuel.padilla.c@uniautonoma.edu.co

ABSTRACT: *The purpose of this reflection article is, first of all, to express the importance of the fundamental principle and labor human right to freedom of association. Then, roughly outline the Colombian context regarding freedom of association and the different factors that have directly influenced the low rate of unionization, especially what is related to normative regulation and the legal institutions of Colombian collective labor law; and finally, as a reflection, propose possible changes that promote union freedom and unity, in order to achieve social justice, within the framework of a Social State of Law.*

KEYWORDS: *Union Atomization, Union Freedom, Collective Bargaining, Union Multi-affiliation, Union Carousel*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN, II. LA LIBERTAD SINDICAL COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL, III. LA DISPERSIÓN SINDICAL EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO, III.1 BREVE CONTEXTO NORMATIVO DE LA LIBERTAD SINDICAL EN COLOMBIA, III.2 LA ATOMIZACIÓN SINDICAL: MULTIAFILIACIÓN SINDICAL, PLURALIDAD DE NEGOCIACIONES COLECTIVAS Y ORGANIZACIÓN MÁS REPRESENTATIVA, IV. NECESIDAD DE UNA CORRECCIÓN CONSTITUCIONAL, V. CONCLUSIONES, VI. REFERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

I. Introducción

El nacimiento de la libertad sindical es consecuencia necesaria de la desigualdad social (Guerrero, 2011), pues a través de este principio fundamental y derecho humano laboral (Conv. 87 de 1948 OIT, Declaración Universal de los Derechos Humanos), se busca mejorar las condiciones económicas de los trabajadores, la transformación política y económica de un territorio determinado y en definitiva la justicia social que demanda un Estado Social de Derecho, como Colombia. De hecho, gran parte de las conquistas que contribuyeron a consolidar una jornada máxima de trabajo y unas condiciones dignas y equitativas en el

entorno laboral, son gracias al ejercicio de la libertad sindical. Si bien, podría pensarse que este principio y derecho humano labora, no tiene importancia, los organismos internacionales han reconocido su vocación habilitante de otros derechos humanos íntimamente ligados a la dignidad humana como la libertad de expresión, de asociación y de opinión.

A pesar de su importancia, la regulación que el ordenamiento jurídico colombiano realiza sobre la libertad sindical pone en evidencia la necesidad de una transformación del ordenamiento jurídico sustancial en materia de derecho colectivo. En primera medida porque las normas que regulan las materias son arcaicas, no se adaptan a las nuevas dinámicas sociales y económicas, que claramente afectan el derecho de trabajo, pues los nuevos modelos económicos generan grandes retos para las normas tuitivas del derecho del trabajo, siendo un instrumento trascendental para modular estas tensiones la libertad sindical.

Dado el contexto del conflicto armado en Colombia, el ejercicio de la libertad sindical se ha visto frustrada y ha sido estigmatizada, pues como bien lo ha reiterado la doctrina especializada, para poder garantizar el ejercicio de la libertad sindical se requiere garantizar la participación democrática. Además, si bien la Corte Constitucional tuvo una posición garantista al analizar la constitucionalidad de las normas inmemoriales que regulan el derecho colectivo del trabajo con el fin de acompañarlo a las exigencias sociales y económicas, sus decisiones conllevaron a potencializar la dispersión sindical y por consiguiente a generar bajas tasas de sindicalización, lo que se traduce en mayores brechas de desigualdad. Bajo este contexto, el presente artículo pretende analizar y reflexionar la importancia del derecho humano laboral a la libertad sindical en el contexto colombiano, especialmente lo relacionado con la regulación normativa y las instituciones jurídicas del derecho colectivo del trabajo.

II. La libertad sindical como derecho humano fundamental

Cuando de derechos laborales se trata, existe cierto paradigma en relación con su connotación social, de segunda categoría y por tanto no fundamental, sin embargo,

solo basta con remitirse al Tratado de Versalles (1919), para encontrar en la Parte XIII Sección I, un apartado exclusivo para el trabajo humano, la creación de la OIT y el reconocimiento de la construcción de una paz total a través de la justicia social. En efecto, si bien es cierto, en un primer momento se consideraron los derechos civil y políticos y los derechos sociales como independientes y divisables, actualmente se unifica a nivel doméstico (Corte Constitucional) y regional (Corte IDH), la consolidación de una teoría que concibe tanto los derechos Civiles y Políticos como los Derechos Sociales, Económicos, Culturales y Ambientales como interdependientes e indivisibles, posición dogmática que ha conllevado a la justiciabilidad de los DESCAs por parte de la Corte IDH² y de la Corte Constitucional³. Por otra parte, también emerge, una teoría que concibe los derechos laborales como humanos, reivindicando preceptos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIH), que consagran derechos subjetivos laborales y que se encuentran íntimamente ligados con la dignidad humana, sin desconocer, claramente, los Convenios y Recomendaciones de la OIT que hacen parte de las Normas Internacionales del Trabajo.

Actualmente, gran parte de la doctrina especializada ha optado por cambiar la dimensión clásica y restringida del Derecho Internacional del Trabajo (DIT), en el sentido de mirar como instrumentos principales los de la OIT, dejando de lado otros instrumentos que también recogen derechos laborales y que se han excluido por hacer parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en adelante DIDH. Paradójicamente, para Cannessa (2020) el Derecho Internacional del Trabajo (DIT) ha tenido una gran influencia sobre el DIDH, desde sus comienzos, como se evidencia con la inclusión dentro de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y sus pactos, derechos laborales.

² Véase entre otras, Poblete Vilches y otros vs. Chile y Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.

³ Las decisiones C-377 de 2011[28], C-288 de 2012[29], C-313 de 2014[30] indicaron algunos elementos de los derechos fundamentales, que se dirigen a destacar su carácter interdependiente e indivisible, y llevan a matizar la distinción conceptual entre derechos fundamentales y derechos sociales, o entre derechos de abstención y de prestación.

En estos términos, los derechos humanos laborales hacen referencia a “aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona humana” (Cannesa, 2020, p. 24). Es a partir de este nuevo paradigma en donde el DIT y el DIDH, convergen para dar lugar a una interpretación amplia y sistemática con un alcance universal a los derechos laborales, sumado a que adquiere un mayor peso su aplicación de acuerdo con el bloque de constitucionalidad contenido en el artículo 93 de la Constitución Política de 1991. Además, su carácter universal implica que su titularidad corresponda “a todos los seres humanos con independencia de su nacionalidad” (p. 24) o modalidad contractual, autónomos o subordinados. Finalmente, no sobra agregar, que los derechos humanos laborales “participan de las características propias de los derechos humanos, esto es, son universales, indivisibles e interdependientes, inalienables y progresivos”. (Defensoría del Pueblo, Sala de Casación Laboral, 2023, p. 26)

Así las cosas, los derechos humanos laborales hacen parte del bloque de constitucional, pues los instrumentos que los contienen han sido ratificados y reconocen derechos humanos laborales, sumado a que restringen su suspensión en estados de excepción conforme al inciso primero del artículo 93 supralegal, siendo su incorporación en dichos instrumentos del DIDH justificada por la dignidad humana y la justicia social.

Ahora bien, tanto la doctrina especializada como los historiadores coinciden en que el nacimiento de la libertad sindical es consecuencia necesaria de la desigualdad social (Guerrero, 2011), pues a través de este principio fundamental y derecho humano laboral,⁴se busca mejorar las condiciones económicas de los trabajadores, la transformación política y económica de un territorio determinado y en definitiva la justicia social que demanda un Estado Social de Derecho, como Colombia.

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, establece dentro de los principios relativos a los derechos fundamentales, la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del

⁴ Conv. 87 de 1948 OIT, Declaración Universal de los Derechos Humanos art. 23, Pacto Internacional de Derechos Económicos sociales y Culturales art. 22, art. 8, Carta de la OEA art. 45, Carta Americana de Garantías Sociales art. 26, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 16, Protocolo de San Salvador art. 8.

derecho de negociación colectiva. Frente a este derecho humano, Mario de la Cueva (1954) ha promovido la teoría de la unidad indisociable o triangular del derecho colectivo, afirmando que la libertad sindical está compuesta por 3 derechos: (i) derecho de asociación, (ii) derecho de negociación colectiva y (iii) la huelga⁵, de tal forma que, si faltare alguno de estos tres, sería ineficaz la libertad sindical.

La doctrina ha definido la libertad sindical de los trabajadores como:

un derecho humano, de carácter fundamental, que tiene por objeto la defensa y la promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores, a través de la creación, afiliación, no afiliación y retiro de una organización sindical y que debe ser ejercido dentro de los límites del orden público, de las libertades y de los derechos de los demás. (Sánchez, 2022, pp. 14-15)

Por su parte, los instrumentos internacionales del trabajo, e incluso los instrumentos que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y los distintos pronunciamientos de los organismos internacionales⁶ han dado cuenta de la importancia de la libertad sindical, como un derecho habilitante, que permite la creación de nuevas prerrogativas en pro de mejorar las condiciones de los trabajadores, una equidad social y económica y, por consiguiente, la consecución de una justicia social. En consecuencia, este derecho humano fundamental es un instrumento que permite materializar, en el marco de una relación contractual asimétrica en la que colisionan el capital y el trabajo humano, el valor o principio medular del derecho del trabajo, la igualdad. En estos términos, Oscar Ermido Urriarte (2012) sostiene que, de elegir un derecho, este sería la libertad sindical, pues, con ella concurre la posibilidad de crear otros derechos.

Así las cosas, la libertad sindical es un derecho habilitante porque permite la creación de nuevos derechos y es esencial para la búsqueda de la justicia social, asimismo, es un derecho igualador, porque, en el marco de una relación asimétrica,

⁵ La Corte Suprema de Justicia ha establecido la huelga como derecho fundamental, mientras que la Corte Constitucional no. (CSJ SL 1680 de 2020).

⁶ CEACR (2012) La libertad sindical es esencial para la búsqueda de la justicia social en el proceso de globalización y está estrechamente vinculada con todos los demás derechos fundamentales a los que se refiere este Estudio General. Se trata de un derecho humano fundamental de alcance universal, indispensable para el ejercicio de otros derechos. (...) La libertad sindical está en la esencia de la democracia, desde la base hasta lo más alto de la cúspide del poder. (párr. 49) (véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC-27/21, de 5 de mayo de 2021).

como es la relación laboral, a través de ella se nivela al empleador y trabajador (organización), para que este pueda ejercer una autotutela de sus intereses y exigir condiciones dignas de trabajo, al igual que acceder a salarios justos.

III. La dispersión sindical en el sistema jurídico colombiano

III.1 Breve contexto normativo de la libertad sindical en Colombia

Normalmente, cuando se habla de derecho laboral colectivo y libertad sindical, la mayoría de la doctrina especializada trae a colación al sindicato. Sin embargo, de entrada, resulta necesario precisar que el artículo 10 del Convenio 87 de la OIT el término organización significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores, sin que se refiera exclusivamente a un sindicato.

Empero, el sindicato a nivel histórico ha sido una forma de organización privilegiada que por su estabilidad ha permitido fomentar y defender los intereses de los trabajadores, lo que, en Colombia se ha traducido en su regulación y reglamentación. El artículo 39 de la Carta Política establece que “los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado”.

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo, en la segunda parte, del título I al título II, regula lo concerniente a la libertad de asociación sindical, la negociación colectiva y la huelga contractual, la huelga de solidaridad, la huelga imputable al empleador y la huelga socio profesional.⁷ Sin embargo, en relación con el primer tópico, esto es, la constitución de sindicatos, el legislador colombiano ha tenido una conducta eminentemente celosa y regulatoria, que condiciona o restringe el derecho a la libertad sindical, desconociendo la posición jurídica internacional adoptada por el Comité de Experto en aplicación de Convenio y Recomendaciones, a saber:

Las disposiciones legislativas que regulan detalladamente el funcionamiento interno de las organizaciones de trabajadores y de empleadores entrañan

⁷ Véase Corte Constitucional, Sentencia C-024 de 2020.

graves riesgos de injerencia por parte de las autoridades públicas, lo que resulta incompatible con el Convenio. (OIT, 2011, párr. 215)

III.2 La atomización sindical: multifiliación sindical, pluralidad de negociaciones colectivas y organización más representativa

La libertad sindical en el contexto colombiano ha dejado en evidencia que no solamente es un derecho humano fundamental, sino también que es interdependiente de otros derechos como la vida, la libertad de opinión, expresión, asociación, entre otros. Por ello, la libertad sindical sólo puede ejercerse en un contexto democrático, que respete los derechos civiles y políticos del ciudadano.⁸ Sin embargo, Colombia ha tenido un conflicto armado interno por más de 50 años que ha dejado en entredicho la materialización de una democracia y el respeto por los Derechos Humanos, lo que definitivamente ha contribuido a generalizar un sesgo antisindical y perjuicios sociopolíticos frente a la libertad sindical. Según datos del Sistema de Información en Derechos Humanos, Sinderh-ENS, este conflicto ha asistido a que se cometan más de 14.842 violaciones a la vida, la libertad e integridad personal de sindicalistas, entre el 1 de enero de 1973 y el 31 de diciembre de 2018 (Colorado, et al. 2019); lo que deja ver un plano del ejercicio a la libertad sindical, restringido y maltratado.

Además, distintos factores adicionales como la cuarta revolución industrial o la transformación del modelo productivo, la tercerización laboral, la arcaica normatividad sustancial que regula el derecho laboral colectivo, las nuevas formas de contratación temporal, la multifiliación sindical y la pluralidad de convenciones colectivas de trabajo en una misma empresa de base, entre otros factores, han favorecido a que Colombia tenga unos niveles muy bajos de sindicalización y de cobertura de las negociaciones colectivas, situación que se ve reflejada en un nivel alto de desigualdad social. (Collective bargaining - OECD, s. f.).

⁸ CLS (2018). La libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en que se respeten y garanticen los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida, la seguridad de la persona, al debido proceso y a la protección de los locales y las propiedades de las organizaciones de trabajadores y de empleadores. (párr. 83).

En estos términos, la normatividad que regula el derecho laboral colectivo conduce a una indebida regulación de la libertad sindical y su consecuencia directa con la desconfianza social y las bajas tasas de sindicalización que se presentan en el país, producen la necesidad de una reflexión constructiva en relación con las posibles soluciones regulatorias en el marco del derecho colectivo del trabajo, a la luz de los distintos instrumentos internacionales del trabajo y los pronunciamientos de los órganos internacionales que componen la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En primera medida es indispensable precisar, porque en este escrito se hace uso del adjetivo arcaico en relación con la normatividad laboral colectiva vigente, y esto se debe a que el Código Sustantivo del Trabajo se remonta a 1950⁹, esto es, se expidió hace más de 70 años y aunque, en el año 1990 el legislador efectuó algunas modificaciones en materia colectiva¹⁰ e incluso, producto de la constitucionalización e internacionalización del derecho con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, la normatividad en materia de derecho laboral colectivo aún conserva rasgos propios del modelo industrial del siglo anterior y no se adecua al dinamismo social propio de las relaciones que protege el derecho de trabajo. Vale la pena precisar, además, que a pesar de la función de control de constitucionalidad que la Constitución otorgó a la Corte Constitucional y el ejercicio activo de esta, entorno a las normas del derecho colectivo, no se ha logrado dirimir algunos factores jurídicos que azotan la libertad sindical, que se expondrán a continuación.

La indebida y arcaica regulación de las relaciones colectivas de trabajo, encuentra una imprecisión que afecta directamente la tasa de sindicalización en Colombia, la exigencia de un número mínimo de 25 afiliados para la constitución de un sindicato. A la luz del Convenio 87 de la OIT, que establece la posibilidad de constituir sindicatos sin ningún tipo de distinción y autorización previa, los trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, siendo

⁹ La edición oficial del Código Sustantivo del Trabajo, con sus modificaciones, fue ordenada por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, la cual fue publicada en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, compilando los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951.

¹⁰ Ley 50 de 1990, “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.”

inconstitucional limitar el derecho de asociación a un número determinado de afiliados, en un país donde la mayoría de las empresas son pequeñas y muchas de ellas no cuentan con 25 trabajadores. De acuerdo con el DANE, las también llamadas MiPymes¹¹, “representan más de 90% del sector productivo nacional y generan el 35% del PIB y el 80% del empleo de toda Colombia.” (Ministerio de Trabajo, s.f).

El Comité de Libertad Sindical (2018), órgano que pertenece a la OIT, encargado de examinar las quejas sobre violaciones de la libertad sindical, conformado por representantes de empleadores, Estados y trabajadores, se pronunció frente al tema, indicado que el derecho de sindicación no debe depender del tamaño de la empresa ni del número de trabajadores que emplea. (p. 76).¹² En estos términos, en el contexto colombiano actual en el que las pequeñas y medianas empresas representan la mayor parte del músculo productivo del país, limitar el derecho de asociación sindical a un número de 25 personas contraría los principios establecidos en el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, pues el artículo 359 del C.S.T en lugar de promover la libertad sindical, impide su ejecución y materialización, al colocar como barrera un número de afiliados imposible de conseguir. En efecto, la libertad de configuración legislativa debe limitarse a promover el ejercicio de la libertad sindical y establecer de forma expresa medidas de protección contra conductas intervencionistas y de discriminación sindical, más no incrustar barreras que impidan el ejercicio de un derecho humano fundamental.

Otro punto tangencial que es de suma relevancia abarcar, se encuentra en que el ordenamiento jurídico colombiano motiva o incentiva la dispersión sindical. Inicialmente, el artículo 357 del CST, prohibía que en una misma empresa pudieran cuestionar más de un sindicato de base, es decir avalara el monopolio sindical. Asimismo, establecía que, cuando en una misma empresa coexistieran un sindicato de empresa y un sindicato de industria, quien tendría la representación sería el sindicato que agrupe un mayor número de trabajadores.

¹¹ Término que hace referencia al grupo de empresas pequeñas y medianas empresas con activos totales superiores a 500 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (S.M.M.L.V.) y hasta 30.000 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (S.M.M.L.V.)

¹² véase 371 informe, Caso núm. 2988, párrafo 845.

En principio esta disposición no se ajusta a los Convenios 87 y 98 de la OIT ni a los lineamientos del CEACR y el CLS, lo anterior por cuanto que, *“el derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes implica, en particular, la posibilidad efectiva de crear – si los trabajadores así lo desean – más de una organización de trabajadores por empresa.* (OIT, 2018, párr. 479).

En consecuencia, si bien es cierto a través del control de constitucionalidad abstracto que realizó la Corte Constitucional como máxima intérprete de la constitución al artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo, declaró la inexecutable total de la norma en cita, lo que permitió que en Colombia se hable de la pluralidad sindical, pasando del monopolio sindical radical a un régimen de pluralidad sindical radical.

Empero, en este momento, la Corte Constitucional no evidenció las malas prácticas sindicales que dicha decisión podría ocasionar, sumado a que, a la luz de los instrumentos internacionales y la doctrina especializada internacional, otorgar la capacidad negocial a la organización más representativa no es contraria a los principios internacionales en la materia, es decir, que la pluralidad sindical no implica necesariamente que todas las organizaciones deban tener los mismos derechos y privilegios. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical afirmó:

El hecho de reconocer la posibilidad de un pluralismo sindical no impediría que se concedieran ciertos derechos y ventajas a las organizaciones más representativas. Siempre y cuando la determinación de la organización más representativa se base en criterios objetivos, establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar toda decisión parcial o abusiva, y las ventajas se limiten 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 organismos internacionales. (OIT, 2018, párr. 540).

En este contexto, si bien es cierto que la Corte Constitucional otorgó un alcance a través del principio de igualdad muy amplio al derecho de negociación colectiva e interpreto el convenio 87 a la luz del principio de igualdad, lo cierto es que el control

de constitucionalidad abstracto realizado en las Sentencias C-567 de 2000 y C-063 de 2008, motivó a la atomización o dispersión sindical en el país.

Lo anterior por cuanto que, si bien es cierto, es viable la coexistencia de varios sindicatos de base en una misma empresa, la doctrina especializada internacional y los Órganos técnicos e imparciales adscritos a la OIT han coincidido en que no es contrario al Convenio 87 de la OIT otorgar ciertas facultades, derechos y prerrogativas¹³ a los sindicatos más representativos con el fin de promover la unidad sindical¹⁴, siempre y cuando, claro está, que la distinción de la organización más representativa se funde en criterios objetivos. En este sentido, conforme a la normatividad internacional del trabajo, es viable limitar o restringir el derecho de negociación colectiva con el fin de incentivar y promover la unidad sindical, sin que en ningún caso ello implique la imposibilidad que coexistan dos sindicatos en una empresa, tesis que se encuentra ajustada a los instrumentos internacionales del trabajo.

Nótese que, actualmente en Colombia, al existir la posibilidad de que en una misma empresa coexistan varios sindicatos de base y que todos ellos puedan adelantar un conflicto colectivo de trabajo, a fin de suscribir una convención colectiva de trabajo, contribuye a la dispersión sindical, toda vez que cada sindicato tendrá como objetivo realizar actuaciones en pro de sus intereses particulares; mientras que, si se modulara la facultad de negociación colectiva al sindicato más representativo, se incentivaría la unidad sindical, lo que conllevaría a forjar consensos y por consiguiente mejores condiciones laborales para los afiliados, sumado a que, la unidad conllevaría a contribuir en la materialización de mejores condiciones laborales.

Por otra parte, en este mismo tenor, es importante resaltar que el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT establece que los trabajadores podrán afiliarse a las organizaciones con la sola condición de observar los estatutos de estas. En relación con lo anterior, el Comité de Libertad Sindical (2018) ha establecido que los

¹³ Tales como negociación colectiva, consulta ante las autoridades y delegación de representantes ante los organismos internacionales.

¹⁴ El hecho de reconocer la posibilidad de un pluralismo sindical no impediría que se concedieran ciertos derechos y ventajas a las organizaciones más representativas. (CLS, 2018, p.100).

trabajadores deberían poder, si así lo desean, afiliarse al mismo tiempo a un sindicato de empresa y a un sindicato de industria, bajo el entendido de que son campos de acción diferentes.

También, el Comité de Libertad Sindical (CLS) ha sido enfático en indicar que prohibir a un trabajador que labora para dos empresas distintas pertenezca a los sindicatos de estas dos empresas simultáneamente, es contrario a los principios del convenio 87 de la OIT, por lo que un trabajador que, por ejemplo, labora para la empresa x en la mañana y en la z en la tarde, debería poder afiliarse a los dos, pues de no ser así, la norma obstaculizaría indebidamente el derecho de los trabajadores de afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes (art. 2 C87 OIT). En efecto, en el control abstracto de constitucionalidad realizado en la sentencia C-797 de 2000, la Corte Constitucional debió ceñirse a declarar la exequibilidad condicionada del artículo 360 del C.S.T, en el entendido de que el trabajador que labora en dos empresas podrá pertenecer a los dos sindicatos, pues constituyen un campo de acción distinto.

Sin embargo, esta Corporación declaró la inexecuibilidad total, sustentándose en que como en sentencia C-567 de 2000, la Corte había determinado que, si podían coexistir dos o más sindicatos de base en una misma empresa, de acuerdo con la libertad positiva de asociación, puede afiliarse a los sindicatos de base existentes en ellas y, por consiguiente, también lo puede hacer en el caso de dos o más empresas y si se presenta la coexistencia de contratos. (C-567 de 2000). La anterior decisión, conlleva a que se incentivará aún más la “atomización sindical”, ya que si ya se otorgaban los mismos derechos y prerrogativas a todos los sindicatos que coexisten en una misma empresa, a pesar de que era posible otorgar mejores derechos que incentivaran la unidad sindical, a partir de la sentencia C-797 de 2000 los trabajadores pueden afiliarse a varios sindicatos (multiafiliación sindical), lo que abre una puerta a lo que coloquialmente se ha denominado el “carrusel sindical”, práctica que incentiva aún más la creación desproporcionada de sindicatos para la obtención del fuero sindical, restringido por nuestro ordenamiento jurídico para los fundadores y la junta directiva de la organización, materializándose así aún más la descomposición de la unidad sindical, que se ve reflejada en las bajas tasas de

sindicalización y la baja cobertura de las convenciones colectivas. (arts. 405 y ss. C.S.T)

No obstante, frente a este punto, es menester anotar que, si bien es cierto tanto jurídica como socialmente se ha aceptado que el “carrusel sindical” es una práctica ilegítima, no es menos cierto que, esta conducta a la que apelan los trabajadores se produce como una forma de mitigar la flexibilización e inestabilidad laboral que se origina por las distintas formas de contratación, como lo es el contrato a término fijo, la intermediación laboral y las conductas antisindicales desplegadas por el empleador, para extinguir la organización sindical, como sucede cuando no se prorroga un contrato a término fijo por la condición de sindicalista del trabajador, se realiza una intermediación ilegal a través de una Cooperativa o Empresa Temporal para encubrir una verdadera relación laboral e impedir el surgimiento de organizaciones de trabajadores. En efecto, a juicio del suscrito, la solución a esta problemática es concientizar a la sociedad colombiana de la asociación sindical como forma de consecución de mejores condiciones económicas, sociales e incluso políticas y como un mecanismo de equilibrio económico y por consiguiente un instrumento para alcanzar la justicia social, fin último de las Normas Internacionales del Trabajo (NIT) y de un Estado Social de Derecho.

De igual manera, es indispensable que el legislador extienda la estabilidad laboral, estableciendo que todo despido sin motivación alguna de un trabajador sindicalizado sea injusto, esto es, que la regla general es que haya que motivar el despido, con el fin de incrementar la seguridad jurídica y protección a los afiliados a una asociación profesional y proteger su estabilidad en el empleo, presupuesto indispensable para la ejecución, materialización y eficacia de la libertad sindical, puesto que el derecho a la libertad sindical es interdependiente al derecho a la estabilidad laboral.

Lo anterior, en tanto que, no solamente basta con la protección establecida por el legislador en los artículos 405 y ss. en favor los fundadores de un sindicato y los miembros de la junta directiva y subdirectivas de la organización, sino también, de todos los trabajadores que hacen parte del sindicato. Ni tampoco la que tiene como ámbito de protección a todos los trabajadores implicados en un conflicto colectivo

de trabajo, denominada fuero circunstancial, la cual tiene asidero en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, que establece:

Protección en conflictos colectivos. Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.

De la norma descrita anteriormente, se desprende que esta protección únicamente cubija a los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones y solamente durante el término comprendido entre la fecha de presentación del pliego y la finalización del conflicto colectivo de trabajo.

Esta prerrogativa, sin embargo, sólo es aplicable actualmente conforme a la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa a los trabajadores del sector privado, toda vez que, el artículo 416 establece que los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas. Esta posición, ha imperado a pesar de que mediante la sentencia C-1234 de 2005, se declaró condicionalmente exequible esta norma, bajo el entendido de que “las organizaciones de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, mientras el Congreso de la República regula el procedimiento”. Al respecto el Consejo de Estado reiteró que esta prerrogativa se dirige a aquellos trabajadores que hubieren presentado un pliego de peticiones, momento a partir del cual, inicia el conflicto colectivo de trabajo. En consecuencia, la facultad de presentar un pliego de esta naturaleza, para el Consejo de Estado, no se encuentra en cabeza de los integrantes de las organizaciones de trabajadores de empleados públicos (art. 416 CST).

Ha sido consistente la jurisprudencia del Consejo de Estado en sostener que los empleados públicos carecen del derecho a la negociación colectiva por la naturaleza legal y reglamentaria de su vinculación. Mientras que los trabajadores oficiales y los del sector privado pueden negociar las condiciones de su contratación, los empleados públicos carecen de tal

posibilidad en tanto los términos de su vinculación se encuentran predeterminados en la ley o reglamento.

Existe diferencia entre trabajadores oficiales y empleados públicos, en lo relacionado con el ejercicio del derecho de negociación colectiva, pues si bien los primeros gozan del derecho en forma plena, para los segundos se encuentra restringida, ya que no se puede afectar la facultad de las autoridades de fijar autónomamente las condiciones del empleo. Por lo anterior, los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones, ni pueden beneficiarse del fuero circunstancial y tampoco de los acuerdos contenidos en las convenciones colectivas. Razón por la cual el cargo estudiado no prospera. (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección b, Sentencia 9 de junio de 2022, Rad. 2015-00878-01, C.P César Palomino Cortés)¹⁵

En efecto, adicionalmente a las medidas sustanciales de protección al derecho humano fundamental de la libertad sindical, tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical (CLS) han establecido que la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación es una medida adecuada para asegurar una protección eficaz contra la discriminación en materia de empleo y ocupación, tal como lo establecen los convenios de la OIT relativos a la igualdad y la libertad sindical, a saber:

Cuando se alega que el despido de un representante de los trabajadores o la modificación en su detrimento de las condiciones de empleo fuesen discriminatorios, se adopten disposiciones que impongan al empleador la obligación de probar que su acto estaba justificado (CLS, 2018, párr. 1154).

En suma, es claro que Colombia afronta un contexto difícil y hostil respecto de la libertad sindical, sumado a que el ordenamiento jurídico vigente es excesivamente regulatorio, incorpora una prevención frente a la autonomía sindical y, los distintos pronunciamientos en sede de control abstracto de constitucionalidad han incentivado la separación o la fragmentación de la unidad sindical, situación que ha

¹⁵ Véase Consejo de Estado mediante sentencia del 10 de febrero de 2011, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón —Radicación número: 15001-23-31-000-2002-01304- 02(0546-10)

contribuido a la baja tasa de afiliación sindical reportada por la OCDE. Además, el modelo de negociación colectiva presupuestado por el legislador impide extender los efectos de la convención colectiva, pues solamente son de base y se dificulta ante la falta de regulación, promover el contrato colectivo por industria o por ramo.

IV. Necesidad de una corrección constitucional

La doctrina especializada, ha establecido que “corrección constitucional del derecho significa concebir y aplicar la Constitución como norma primera del orden jurídico” (Moreno & Restrepo, 2020, p. 372). La Corte Constitucional a través de un juicio de constitucionalidad abstracto tiene la potestad encomendada por el artículo 241 de la Constitución Política, de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Luego, dado que las sentencias de la Corte Constitucional declararon inexecutable los numerales del artículo 357 del CST, ocasionan la materialización de una cosa juzgada constitucional absoluta¹⁶, dado que los cargos de la demanda de constitucionalidad prosperaron y al declarar la inexecutable de la norma, esta deja de existir en el mundo jurídico (C-245 de 2009). De ahí que ante una eventual demanda posterior, la Corte debería darse a lo resuelto por el principio de cosa juzgada constitucional absoluta.

Sin embargo, la Corte Constitucional de vieja data, para abordar la remisión del artículo 93 suprallegal a los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, que prohíban su suspensión en estados de excepción, como parte de la constitución, en tanto priman sobre el orden interno, ha establecido la noción de bloque de constitucionalidad en sentido lato y en sentido estricto, determinado que el Convenio 87 hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y por consiguiente, tiene aplicación directa y prevalencia sobre el orden interno (C- 617 de 2008).

¹⁶ “el principio de cosa juzgada constitucional absoluta cobra mayor relevancia cuando se trata de decisiones de inexecutable, por cuanto en estos casos las normas analizadas y encontradas contrarias a la Carta Política son expulsadas del ordenamiento jurídico, no pudiendo sobre ellas volver a presentarse demanda de inconstitucionalidad o ser objeto de nueva discusión o debate.” (C-245 de 2009) En esa misma dirección se encuentra, por ejemplo, la sentencia C-255 de 2014.

Así las cosas, es claro que Colombia debe replantear la normatividad vigente en torno a la libertad sindical, buscando cumplir con los compromisos internacionales en relación con su promoción y su expresa protección frente a las conductas de injerencia sindical y de discriminación antisindical. En estos términos, hasta tanto no haya una regulación de fondo que transforme el estado jurídico actual, es fundamental que los operadores jurídicos se adapten a las necesidades sociales, es decir, que no solamente apliquen un texto incorporado en una norma positiva al caso en concreto, sino también que usen los Convenios 87 y 98 de la OIT, los distintos instrumentos internacionales de orden universal y regional de los derechos humanos que contienen el derecho humano laboral a la libertad sindical y los criterios de naturaleza internacional de la CEACR¹⁷ y CLS; y que dado el caso, en virtud de la autonomía judicial, se aparten del precedente constitucional, bajo una carga argumentativa suficiente que demuestre las falencias en relación con la eficacia de la libertad sindical que han producido los pronunciamientos de la Corte Constitucional, esto con el fin de adecuar el ordenamiento jurídico a las necesidades sociales, máxime cuando existe un ordenamiento jurídico obsoleto de hace más de 70 años y en el campo del derecho del trabajo las relaciones colectivas cambian constantemente, a la par con los modelos productivos.¹⁸

V. Conclusiones

Dado el contexto de conflicto armado, Colombia afronta un contexto difícil y hostil respecto de la libertad sindical, el ordenamiento jurídico vigente es excesivamente regulatorio, incorpora una prevención frente a la autonomía sindical y, los distintos pronunciamientos en sede de control abstracto de constitucionalidad, si bien tuvieron una posición garantista, su efecto práctico ha sido incentivado la separación

¹⁷ Comisión de expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones.

¹⁸ “(...) “El Derecho del Trabajo es un derecho que capta las realidades. Por ello, la jurisprudencia sobre la materia ha sostenido que «el derecho del trabajo y de la seguridad social se construye sobre realidades y verdades» (CSJ SL4360-2019), de manera que antes que permanecer pétreo y expectante frente a las transformaciones veloces del mundo, debe adaptarse a ellas para cumplir su misión de proteger a los trabajadores.” (subrayado y negritas fuera de texto) (CSJ SL-462 de 2021).

o la fragmentación de la unidad sindical, situación que ha contribuido a la baja tasa de afiliación sindical reportada por la OCDE.

Resulta indispensable que el legislador, extienda la protección a la estabilidad laboral no solamente a los miembros de la junta directiva y subdirectivas del sindicato, o a los trabajadores que hacen parte de un conflicto colectivo de trabajo, sino también estableciendo medidas adecuadas que garanticen la estabilidad en el empleo, de tal manera que a través de una presunción *iuris tantum*, se entienda que todo despido sin motivación alguna de un trabajador sindicalizado es discriminatorio e injusto y por tanto ineficaz.

Colombia debe replantear la normatividad vigente en torno a la libertad sindical, buscando cumplir con los compromisos internacionales en relación con su promoción y su expresa protección frente a las conductas de injerencia sindical y de discriminación antisindical. De lo contrario, es fundamental que los operadores jurídicos se adapten a las necesidades sociales, es decir, que no solamente apliquen un texto incorporado en una norma positiva al caso en concreto, sino también que usen criterios de naturaleza internacional de la CEACR¹⁹ y CLS; buscando dinamizar la normatividad a las dinámicas sociales y económicas actuales, máxime cuando de derechos humanos laborales se trata.

VI. Referencias de investigación

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia. (1991, 20 de julio). Gaceta Constitucional No. 116.

Canessa, M (2015) “Colombia: La Negociación Colectiva Sectorial o por rama de actividad” Documento preparado para el Foro Negociación Colectiva por rama de actividad de la CUT, Central Unitaria de Trabajadores por pedido de OIT-ACTRAV.

¹⁹ Comisión de expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Cannesa, M. (2020) *“Derechos Humanos Laborales en el Seno de la Organización Internacional del Trabajo”* Colombia: Universidad Externado, 3a edición.

Código Sustantivo del Trabajo (7 de junio de 1951), Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, compilando los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951.

Collective bargaining - OECD. (s. f.). Recuperado 1 de noviembre de 2022, tomado de: <https://www.oecd.org/employment/collective-bargaining.htm>

Colorado, et al. (2019) “Informe sobre violaciones a los derechos humanos de los y las sindicalistas en Colombia, 2016-2018” Cuaderno de Derechos Humanos No. 26, tomado de: <https://www.ens.org.co/tag/violencia-antisindical/>

Comité de Libertad Sindical (2018) “La libertad sindical: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical” Sexta edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección b, Sentencia 9 de junio de 2022, Rad. 2015-00878-01, C.P César Palomino Cortés

Corte Constitucional (2005, 29 de noviembre) Sala Plena, Sentencia C-1234 de 2005. M.P Alfredo Beltrán Sierra. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1234-05.htm>

Corte Constitucional (29 de junio de 2000) Sala Plena, Sentencia C-797, M.P Antonio Barrera Carbonell. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-797-00.htm>

Corte Constitucional, (17 de mayo de 2000) Sala Plena, Sentencia C-567, M.P
Alfredo Beltrán Sierra.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-567-00.htm>

Corte Constitucional, (2008, 25 de julio) Sala Plena, Sentencia C-617 de 2008, M.P
Rodrigo Escobar Gil.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-617-08.htm>

Corte Constitucional, (2009, 1 de abril) Sala Plena, Sentencia, C-245 de 2009, M.P
Juan Carlos Henao Pérez.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-245-09.htm>

Corte Constitucional, (30 de enero de 2008), Sala Plena, Sentencia C-063, M.P
Clara Inés Vargas Hernández.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-063-08.htm>

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-27/21, de 5 de mayo de 2021.

Corte Suprema de Justicia, (10 de febrero de 2021) Sala de Casación Laboral,
Sentencia SL-462 de 2021, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

De la Cueva, M. (1954) “Derecho Mexicano del Trabajo” Editorial Porrúa S.A,
Segunda Edición, México.

Defensoría del Pueblo, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.
(2023). “*Derechos humanos laborales. Una mirada desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.*” Edición: Defensoría del Pueblo, Bogotá, Colombia. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/publicaciones/CARTILLA%20DERECHOS%20HUMANOS%20LABORALES%2024-01-2023.pdf>

Guerrero, G (2011) “Derecho Colectivo de Trabajo” Editorial Leyer, Decima Primera Edición, Bogotá, Colombia.

Ley 50 de 1990, (28 de diciembre) “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.” Congreso de la República.

Ministerio del Trabajo. (s. f.). “MiPymes representan más de 90% del sector productivo nacional y generan el 80% del empleo en Colombia”. www.mintrabajo.gov.co. Recuperado 1 de noviembre de 2022, de <https://www.mintrabajo.gov.co/prensa/comunicados/2019/septiembre/mipymes-representan-mas-de-90-del-sector-productivo-nacional-y-generan-el-80-del-empleo-en-colombia-ministra-alicia-arango>

Moreno Mosquera, Víctor Julián, & Restrepo Tamayo, John Fernando. (2020). Análisis jurisprudencial de la sentencia stc-1976 de 2019 de la corte suprema de justicia de Colombia: Un caso de corrección constitucional en la filiación de crianza. *Estudios constitucionales*, 18(2), 363-381. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000200363>

Naciones Unidas (1948): Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948.

OIT (1988) “Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento” Adoptada en la 86.a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1998) y enmendada en la 110.a reunión (2022). Tomado de: <https://www.ilo.org/declaration/lang--es/index.htm>

OIT (2011) Informe No. 321, en el marco de la 278° Reunión de la OIT celebrada en Ginebra en junio de 2000. Caso 2011, párrafo 215.

OIT (2018) “La libertad sindical: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical” Sexta edición. Ginebra, Suiza. Tomado de: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70001:0::NO::>

Organización Internacional del Trabajo (1948) “C087 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación”

Organización Internacional del Trabajo (1949) “C098 - Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva”

Presidencia de la República (1965, 4 de septiembre) Decreto 2351 de 1965 “*Por el cual se hacen unas reformas al Código Sustantivo del Trabajo*”

Sánchez Acero, D. A. (2022). *El carrusel sindical y la autocracia sindical* (una invitación al diálogo social). U. Externado de Colombia.

Tratado de Versalles (1919) Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2012. Tomado de: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb28g7>

Urriarte, O. (2012) “Crítica de la libertad sindical” Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, N° 68, 2012, pp. 33-61.