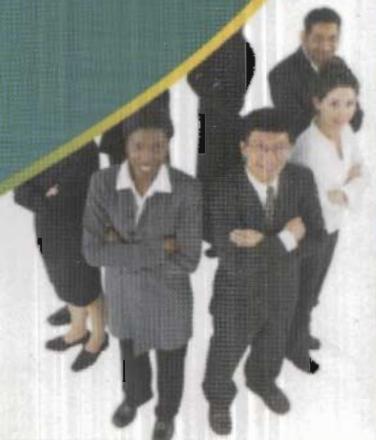




Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

PRÁCTICA JUDICIAL EN DERECHO COLECTIVO

República de Colombia



PRÁCTICA JUDICIAL
EN DERECHO COLECTIVO

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Presidente

RICARDO HERNANDO MONROY CHURCH
Vicepresidente

JESAILO ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
Magistrados

**ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”**

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

ALEJANDRO PASTRANA ORTIZ
Coordinador Académico del Área Laboral

HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ

PRÁCTICA JUDICIAL
EN DERECHO COLECTIVO

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA"



ESCUELA JUDICIAL
“Rodrigo Lara Bonilla”

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA PARA EL ÁREA LABORAL	13
INTRODUCCIÓN.....	27
UNIDAD 1	
EL DERECHO LABORAL COLECTIVO Y LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO.....	29
1.1. La constitucionalización del derecho colectivo.....	29
1.2. El derecho colectivo en la constitución política	30
1.3. Instrumentos internacionales que contienen este derecho	32
1.3. Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre libertad sindical	34
1.4. La libertad sindical en la constitución	36
Actividades de taller	38
UNIDAD 2	
ALGUNOS ASPECTOS DEL FUERO SINDICAL Y EL FUERO CIRCUNSTANCIAL	51
2.1. La protección de la libertad sindical	51
2.2. La protección sindical en las normas internacionales del trabajo	53
2.3. El fuero sindical en colombia	56
2.4. Diferencias entre el fuero sindical y el fuero circunstancial	57

ISBN 978-958-8331-62-1

© HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2008

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9A-24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co - www.ejrlb.net

Con un tiraje de 2.000 ejemplares

Diseño de carátula: Stephan Acuña Aguirre

Composición: Imprenta Nacional de Colombia

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Bogotá, D. C.

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

UNIDAD 5	
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA SEGURIDAD SOCIAL	147
5.1. Panorama constitucional y legal en colombia	147
5.2. Jurisprudencia sobre la denuncia de la convención por parte del empleador	149
5.3. El acto legislativo 01 de 2005 y la convención colectiva	154
5.4. La negociación colectiva y el régimen pensional	157
5.4. Argumentos en contra del acto legislativo en materia convencional.....	158
Actividades de taller	158
APÉNDICE	177



Actividades de taller	59
UNIDAD 3	
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	89
3.1. La negociación colectiva desde el ámbito internacional	89
3.2. Efectos jurídicos de los convenios colectivos	93
3.3. La representatividad en la negociación colectiva	94
3.4. Las etapas de la negociación colectiva	95
3.5. La negociación colectiva con entidades de segundo y tercer grado	98
3.6. La negociación colectiva de los empleados públicos en colombia	100
3.6.1. Con los convenios 151 y 154 no es necesaria reglamentación de la negociación Colectiva de los empleados públicos	102
3.6.2. Pese a la ratificación de los convenios 151 y 154 de la OIT, se requiere reglamentación de la negociación colectiva de los empleados públicos	105
Actividades de taller	110
UNIDAD 4	
EL DERECHO DE HUELGA	115
4.1. Generalidades	115
4.2. Las normas internacionales del trabajo y el derecho de huelga .	116
4.3. Prohibición de la huelga en los servicios públicos esenciales	120
4.4. Dos etapas nuevas en la negociación colectiva.....	124
4.5. Nuevas situaciones para conformar el tribunal de arbitramento	126
4.6. La ilegalidad de la huelga	127
4.6.1. Causales de ilegalidad de la huelga	127
4.6.2. Organismo que declara la ilegalidad de la huelga	131
4.7. Novedad Jurisprudencial sobre la Huelga C-349-2009	134
Actividades de taller	134

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA PARA EL ÁREA LABORAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral**, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas incorporados al **Área Laboral**, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales para la Implementación de la Oralidad de la Especialidad, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y cuyo autor **Hugo Alexander Bedoya Díaz Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín**, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el **Programa de Formación Judicial Especializada en el Área Laboral**.

El módulo **Práctica Judicial en el Derecho Colectivo** que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la Independencia del Juez o Jueza.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con magistrados, magistradas, jueces, juezas, empleados y empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos. Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una

vez escuchadas dichas reflexiones, el autor complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los Jueces y Juezas Colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejercen las Cortes.

ENFOQUE PEDAGÓGICO DE LA ESCUELA JUDICIAL

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del Juez y la Jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*, más de mil Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleadas y Empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso, como de cualificación de los servidores y las servidoras públicos.

Es *integral* en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente, y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo se basa en el respeto a la dignidad humana. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre

sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamente sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio* pues las acciones que se adelanten para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial, se hacen teniendo en la mira un mejoramiento sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior, en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos o de gestión, o de ambos, implica una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de los y las administradoras de justicia, fiscales y procuradores, quienes requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

APRENDIZAJE ACTIVO

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo* diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización; es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancian de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio, compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones, y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los Jueces, Juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

APRENDIZAJE SOCIAL

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo recorrido del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* “learning societies”, *organizaciones que aprenden* “learning organizations”, y *redes de aprendizaje* “learning networks”¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual él actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en el devenir histórico de la misma, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: (a) nivel individual, (b) nivel organizacional, (c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y (d) nivel de la sociedad. Los procesos de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la *creatividad y el espíritu innovador* de cada uno de los y las participantes, busca

¹ Teaching and Learning: Towards the Learning Society; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

convertir esa información y conocimiento personal, en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales contribuyendo al proceso de creación de “*lo público*” a través de la apropiación social del mismo, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

CURRÍCULO INTEGRADO-INTTEGRADOR

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a la solución de los mismos. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular, exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora, será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción- de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

PLANES DE ESTUDIO

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de pedagogos y pedagogas vinculados al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos, con conocimientos especializados y experiencia. Así mismo, participó la Red de

Formadores y Formadoras Judiciales constituida por Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, Empleados y Empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio, se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes fases:

Fase I. *Reunión inicial*. Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Fase II. *Estudio y Análisis Individual*. Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Así mismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los participantes y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a éstos.

Fase III. *Investigación en Subgrupo*. Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Fase IV. *Mesa de estudios o Conversatorio*. Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y a partir de éstos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Fase V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial, en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo,

etc.) bajo la orientación y evaluación de los Magistrados y Magistradas Jueces, Juezas, titulares de los respectivos cargos.

Fase VI. *Aplicación a la práctica judicial.* Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta fase en los subgrupos.

Fase VII. *Experiencias compartidas.* Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Fase VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación.* De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Fase IX. *Seguimiento y evaluación.* Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

LOS MÓDULOS

Los módulos son la columna vertebral en este proceso, en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de Magistrados y Magistradas de las Altas Cortes y de los Tribunales, de los Jueces y Juezas de la República y expertos y expertas juristas, quienes ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan determinada temática, de dispositivos didácticos flexibles que permite abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas.

Pero más allá, está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

CÓMO ABORDARLOS

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral**. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales, tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la Ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitando el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortaleciendo la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema, o acceder a diversas perspectivas.

El Plan integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el **Programa de Formación Judicial**

Especializada para el Área Laboral, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 11 No. 9A-24 piso 4, de Bogotá, o al correo electrónico escujudcendoj@.ramajudicial.gov.com, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del **Programa de Formación Judicial Especializada para el Área Laboral**.

PRÁCTICA JUDICIAL EN DERECHO COLECTIVO

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONVENCIONES

O
g

Objetivo General

C
e

Objetivos Específicos

A
p

Actividades Pedagógicas

A
t

Actividades de taller

A
e

Actoevaluación

T

Tema

C

Caso propuesto

N

Normas

P
j

Problema Jurídico

S
j

Sentencia Jurisprudencial

C
o

Comentario

ESTRUCTURA DE LAS UNIDADES

Las unidades presentan la siguiente estructura básica:

Un ensayo que introduce al lector en los conceptos clave que sirven para desarrollar su trabajo e ilustran los temas.

Un cuestionario de actividades pedagógicas (Ap) para efectos de que el discente revise lo aprendido del tema.

Una Autoevaluación (Ae) y en algunos capítulos un cuestionario de autoevaluación (Ce) con el cual se busca que el discente conozca los principales problemas jurídicos que atañen al tema y los resuelva.

Algunos capítulos se desarrollan a través de las Actividades de Taller, el cuestionario de autoevaluación, como una modalidad metodológica más del aprendizaje

INTRODUCCIÓN

Pese a la importancia que reviste para el derecho laboral colectivo, el que el derecho de asociación sindical, la negociación colectiva privada y pública y el derecho de huelga estén incluidos en la Constitución Política en los artículos 30, 55 y 56, no se ha comprendido su valor, por ello en la primera unidad del modulo, además de explicar el porqué de esta constitucionalización, demuestra la importancia que ello reviste para el derecho laboral.

La gran mayoría de los jueces y juezas fuimos formados para dar valor preponderante a la ley, más cuando la temática del derecho colectivo se encontraba inmersa en el Código Sustantivo del Trabajo y algunas normas dispersas sobre el asunto; sin embargo, a través de la acción de tutela, invocando la defensa del derecho fundamental de asociación sindical y este último en conexidad con el derecho de negociación colectiva o el derecho de huelga, ha provocado una jurisprudencia dinámica, que aunado con las providencias de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación cada vez más frecuente de los convenios de la OIT y la doctrina (o jurisprudencia) de los órganos de control de dicho organismo, estamos en presencia de un derecho renovado con mayor aplicación en la jurisdicción.

En la unidad 2 se presentan algunos aspectos del fuero sindical, protegido constitucionalmente, para efectos de evitar el desmoronamiento del movimiento sindical, que representa uno de los baluartes fundamentales para el equilibrio de la democracia. Igualmente, se diferencia del fuero circunstancial, presentando una serie de casos prácticos que permitan diferenciar las dos figuras jurídicas y muestran las diferentes situaciones en que puede demandarse para efectos de levantar el fuero sindical o para reclamarlo.

La unidad 3 trata de la negociación colectiva, describiendo las etapas que deben practicarse, además de integrar la Ley 1210 de 2008, que señala nuevas figuras a desarrollar en este proceso iniciado por las partes y que puede terminar con la presencia del Estado. Así mismo, se hace un análisis sobre la negociación colectiva de los empleados públicos, las presiones de organismos internacionales, las diferentes posiciones de la Jurisprudencia y la actualidad del tema en nuestro país.

La unidad 4 se refiere al derecho de huelga, dada su importancia como mecanismo coercitivo del movimiento sindical, para que sus peticiones puedan hacerse efectivas. Se dará un repaso por la normatividad que la contiene, las consecuencias jurídicas del ejercicio de este derecho y los conceptos de organismos internacionales. Así mismo, se analizará la prohibición de la huelga en los servicios públicos esenciales, la ilegalidad de la huelga, analizando sus causas y la declaración de la misma por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial en primera instancia, al tenor de la Ley 1210 de 2008.

Por último, la unidad 5 versará sobre la negociación colectiva y la seguridad social, en especial sobre la limitación que la Ley 100 de 1993 y el acto legislativo 01 de 2005 han impuesto, así como también las posiciones de las diferentes Cortes sobre el asunto. Dentro de los ejercicios que se proponen se hará un estudio sobre la compatibilidad y la compatibilidad entre la pensión de jubilación o de vejez y la pensión convencional.

La construcción del módulo se basó en los ejes problemáticos propuestos por los jueces y magistrados, en los diferentes talleres realizados en todo el país.

Por lo anterior, se plasman, de manera didáctica y con casos prácticos, los conceptos fundamentales sobre los temas propuestos, algunas veces sobre temas polémicos, otras no tanto, pero que son necesarios para el afianzamiento del derecho laboral colectivo mirado desde una perspectiva internacional, constitucional y legal.

UNIDAD 1

EL DERECHO COLECTIVO LABORAL Y LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

Og

Conocer cuáles normas constitucionales e instrumentos internacionales contienen normas relativas al derecho colectivo del trabajo y su importancia en Colombia, para que el discente pueda en su labor cotidiana aplicarlos al caso concreto.

Oe

Con el presente capítulo se pretende:

1. Establecer cuáles son las normas constitucionales que contienen el derecho laboral colectivo.
2. Identificar qué tratados, convenios y recomendaciones regulan la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga.
3. Determinar cuáles derechos colectivos son fundamentales y cuáles no y la incidencia de ello en las decisiones de los jueces y juezas.

1.1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COLECTIVO

La razón fundamental para que el derecho laboral colectivo tuviese presencia en la Constitución de Colombia a partir de 1991 y dejar de ser un derecho legal, se basa en la preponderancia que las organizaciones internacionales le han dado al tema, en especial la Organización Internacional del Trabajo, por el impacto político social y económico que tiene frente al Estado y la comunidad. Tal como lo afirma el preámbulo de la Constitución de la OIT:

“Considerando que la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social; Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;

Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países:

Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo”.

El primer bastión del derecho colectivo es la libertad sindical, la que ha sido promovida por la OIT desde su fundación con el tratado de Versalles en 1919, entendiendo que una parte fundamental de la democracia es la participación de los trabajadores en las decisiones que afectan al Estado, más si se trata de un Estado social de derecho.

1.2. EL DERECHO COLECTIVO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En la Sentencia C-009/94¹ la Corte Constitucional sintetizó los fundamentos constitucionales del derecho colectivo del trabajo, de la siguiente manera:

El derecho colectivo de trabajo se presenta en el ámbito constitucional, como el derecho regulador de una esfera de libertad en cabeza de los patronos y los trabajadores, originada especialmente en el reconocimiento constitucional de los derechos al trabajo, a la asociación sindical, a la

¹ M.P. Antonio Barrera Carbonell. Sobre estos mismos aspectos, ver también la sentencia C-385/00 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

negociación colectiva y a la huelga, para que unos y otros, en forma organizada, contribuyan a la solución pacífica de los conflictos laborales, y promuevan y realicen la defensa de los derechos e intereses que le son comunes, según la particular situación que ocupan en la empresa, y las relaciones que surgen de sus condiciones de dadores o prestadores de trabajo.

El derecho colectivo del trabajo dentro de la perspectiva constitucional analizada comprende:

a) La libertad de asociación sindical, esto es el derecho de unirse en defensa de los intereses comunes de la respectiva profesión u oficio, que en el art. 39 de la C.P., tiene una regulación autónoma diferente a la libertad de asociación que, de modo general, consagra el art. 38 de la misma obra (...).

El derecho de sindicalización se reconoce a los patronos y a todos los trabajadores, sean públicos, en sus diferentes modalidades, o privados, con excepción de los miembros de la Fuerza Pública. (Arts. 39 inciso final y 219 de la C.P.).

b) La institución de la asociación profesional que actúa en defensa de los referidos intereses comunes, y se reconoce no solo en el texto constitucional antes trascrito, sino a nivel legal, en la regulación que de ella se hace en los arts. 353 y siguientes del C.S.T.

*c) El derecho a la “negociación colectiva para regular las relaciones laborales”, que se hace efectivo y adquiere vigencia y operatividad, a través de la celebración de los “acuerdos y convenios de trabajo”, denominados en nuestra legislación **Pactos Colectivos o Convenciones Colectivas de Trabajo**, que constituyen los mecanismos ideados, además de la concertación, para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo (art. 53, inciso final, 55 y 56, inciso final C.P.).*

La participación de los trabajadores o de los empresarios en Colombia, está signada esencialmente en la mejora de sus condiciones de trabajo, por ello el colectivo de estos puede incidir en la economía empresarial, local o nacional, a través de los sindicatos o de un grupo de trabajadores con intereses comunes solicitando las mejoras salariales y de empleo.

Esta lucha entre la clase trabajadora y la clase capitalista, para hacer prevalecer sus derechos, a nivel mundial ha hecho que a través de convenios, tratados, pactos, etc., aparezca no solo el trabajo, sino la libertad sindical (incluida la negociación colectiva y la huelga) como derechos humanos fundamentales, dado que es de la esencia de la supervivencia del hombre su trabajo en la medida que con base en él, se sostiene una familia que podrá con el poder adquisitivo de la remuneración, mejorar las condiciones de educación, vivienda, salud, recreación, etc.

1.3. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE CONTIENEN ESTE DERECHO

Si bien en el módulo de “Las Normas Internacionales del Trabajo” se presentó el tema de la libertad sindical sólo en el derecho de sindicación y no en el derecho de negociación colectiva, ni la huelga, allí se señalaron los instrumentos internacionales que la consideran como derecho fundamental, por ello nuevamente se presenta en este módulo, estos son:

LA CARTA DE NACIONES UNIDAS (1945), en cuanto se refiere a los derechos humanos en general y la protección de las libertades fundamentales, entre ellas la libertad de asociación.

LA DECLARACIÓN DE FILADELFIA (1944) que redefinió los objetivos y fines de la OIT, allí se hace un especial énfasis en el derecho de los seres humanos a procurarse un bienestar laboral, entre otras maneras de alcanzarlo a través de la negociación colectiva.

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, que consagran el derecho a la libre elección del trabajo, protección al desempleo, el descanso remunerado, las vacaciones y el derecho de asociación y la fundación de sindicatos (1948).

EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, que en su artículo 22, se refiere al derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos (1966).

EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC) que en sus artículos 6, 8 y 9 retoman los derechos humanos (1966).

LA CARTA DE LA OEA, con sus protocolos adicionales, que proclama los derechos fundamentales de las personas para la erradicación de la pobreza (1948, 1967, 1985 y 1993).

LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE en su artículo XVII señala:

“Toda persona tiene derecho a asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o cualquier otro orden” (1948).

EL PROTOCOLO DE BUENOS AIRES, reformatorio de la carta de la OEA en el artículo 43, literal C, señala:

“Los empleadores y trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva. (1967).

LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (también llamada Pacto de San José) se refiere a los derechos humanos de carácter civil y político, en el artículo 16 reza:

“1. Todas las personas tienen el derecho de asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier índole.

2. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas en la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide las restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía.”

EL PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (también llamado Protocolo de San Salvador), siendo el principal instrumento contentivo de las NIT en el sistema interamericano, en su artículo 8 trata de los derechos sindicales.

“Los Estados-partes garantizarán:

“a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones, nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la elección. Los Estados –partes también permitirán que los sindicatos, federaciones o confederaciones funcionen libremente.

b. El derecho a la huelga.

“2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente solo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que estos sean propios de una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas Armadas y de la Policía, al igual que los otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.”

“3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.

1.3. LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES DE LA OIT SOBRE LIBERTAD SINDICAL

La fuente principal de la libertad sindical se encuentra en la misma Constitución de la OIT y en algunos convenios:

El convenio 11, aprobado en 1921 se basó en el derecho de asociación en la agricultura.

En 1948, la OIT aprueba la primera gran norma sobre el tema, esto es, el CONVENIO 87 relativo a *la libertad sindical y a la protección del derecho de asociación*. El segundo gran convenio sobre libertad sindical se aprueba en el año 1949, el CONVENIO 98 relativo a *la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva*. Pese a lo anterior y la obligación de Colombia de presentarlos a su aprobación al año siguiente, solo se presentaron al Congreso Nacional en el año de 1975, siendo aprobados en el mismo año, pero fueron sancionados mediante las Leyes 26 y 27 respectivamente, por el gobierno y siendo radicados ante la OIT a finales de dicho año. A partir del 16 de noviembre de 1977, estos convenios tuvieron obligatoriedad para Colombia.

Como Colombia consideraba que en materia internacional prevalecía la tesis dualista, estos convenios debían plasmarse en leyes laborales para poder ser aplicados y por ello algunas normas de la Ley 50 de 1990 (algunas otras estaban en contra de estos²) tiene su fundamento en los convenios referidos.

La Constitución Política de 1991, consagró la teoría monista con relación a los tratados y convenios, esto es, consideró que con la promulgación de la ley y la revisión automática de la Corte Constitucional, las normas internacionales entraban a

² Verbiérgacia se exigía el registro sindical, para que un sindicato pudiera actuar.

ser parte de la legislación interna, si la norma de reenvío era el artículo 53 inciso 4 o si se trataba de normas relativas a derechos humanos, que no podían ser suspendidos en estado de excepción, tenían el mismo rango que las normas constitucionales, conforme el artículo 93, lo anterior por efectos del Bloque de Constitucionalidad.

Al respecto como se trató en extenso en el módulo de las “normas Internacionales del Trabajo”³, en la actualidad el Bloque de constitucionalidad, conforme la sentencia C-401 de 2005, lo conforman aquellos convenios en que la Corte Constitucional se ha pronunciado señalándolos como integrantes del Bloque mencionado. De no haber pronunciamiento, se entenderán que forman parte del bloque de legalidad, por la vía del artículo 53 de la C.P.

Pues bien, la Corte Constitucional en varias providencias ha señalado que el convenio 87 y el convenio 98, forman parte del bloque de constitucionalidad por tratarse de derechos fundamentales, que no pueden ser suspendidos en estados de excepción⁴.

Continuando con esta breve génesis de los convenios relativos al derecho colectivo laboral, posteriormente se adoptan los CONVENIOS 135 y 151, el primero, aprobado en el seno de la OIT en 1951, relativo a *la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores de las empresas*, que aunque no ha sido ratificado por Colombia ha sido utilizado en varias jurisprudencias de las altas Cortes colombianas, y el segundo sobre *la protección de los derechos de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública*, aprobado en 1958 y ratificado por Colombia. Este último es una fusión de los convenios 87 y 98 para esta clase de servidor público.

Posteriormente, surge el CONVENIO 154, aprobado en 1981 por la OIT, aún no ratificado por Colombia, relativo al *fomento de la negociación colectiva*.

El desarrollo de estos convenios ha exigido que se aprueben varias RECOMENDACIONES complementarias, como la 51 sobre “contratos colectivos”, la recomendación 92 sobre “conciliación y arbitrajes voluntarios”. La 143 sobre “la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa”. La 159 sobre “los procedimientos para determinar las condiciones

3 Ver capítulo 2º y 3º del módulo mencionado.

4 C-096 de 1993, C-593 de 1993, C-265 de 1994, SU 342 de 1995, T-568 de 1999, SU-995 de 1999, C-567 de 2000, C-797 de 2000, C-1491 de 2000, T-1301 de 2001, C-201 de 2002, C-551 de 2003, sentencia de homologación de octubre 26 de 1993, radicado 6407, entre otras.

de empleo en la administración pública y la 163 sobre “fomento de la negociación colectiva”, reglamentados por los convenios 151 y 154⁵.

Igualmente, es necesario indicar que los órganos de control de la OIT han producido jurisprudencia (llamada por algunos mera doctrina) en casos concretos, respecto del contenido de la libertad sindical, que debe ser tenida en cuenta al momento de fallar, como guía de interpretación, para llenar un vacío legal, o como argumento inspirador de principios y derechos para los casos objeto de estudio de la jurisdicción colombiana.

1.4. LA LIBERTAD SINDICAL EN LA CONSTITUCIÓN

Si bien los convenios 87 y 98 fueron ratificados con anterioridad a la Constitución de 1991, el artículo 39, que se encuentra en el capítulo de los derechos fundamentales, incorporó el derecho de asociación sindical para todos los trabajadores, públicos y privados⁶:

“Art. 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

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

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica solo proceden por vía judicial.

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

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

Aunque es un derecho fundamental, no aparece en el artículo 85 de la Constitución, como de aplicación inmediata, pero mediante la figura de la conexidad, este derecho se ha vuelto fundamental, en unión por ejemplo con el derecho a la igualdad, a la libertad, a la dignidad. Esta tendencia jurisprudencial, se ha mantenido

5 Dos instrumentos de la OIT remarcan adicionalmente la libertad sindical: La resolución de 1970 y la declaración de 1998 relativos a los principios y derechos fundamentales del trabajo.

6 Recordemos que el artículo 2 del convenio 87, señala que el derecho de sindicación los tienen sin distingo todos los trabajadores, los de periodo de prueba, los de modalidad de contrato de trabajo a término fijo y por obra, los menores, etc.

desde la sentencia SU-342 de 1995, que además de reafirmar que la acción de tutela es un mecanismo para garantizar la efectividad de los mencionados derechos, realiza un listado de los actos que se consideran violatorios del derecho de asociación sindical.

En cuanto a los otros derechos que componen la libertad sindical, esto es el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga, los artículos 55 y 56, respectivamente señalan:

“Art. 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”.

“Art. 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

La ley reglamentará este derecho.

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

Si bien estos derechos entronizados en la Constitución no se encuentran en el capítulo de los derechos fundamentales, cuando se encuentran en conexidad con derechos fundamentales, como el derecho de libertad sindical o la igualdad, si pueden ser objeto de acciones de tutela.

En conclusión, el hecho de haberse erigido la libertad sindical como norma constitucional implica, de un lado, que los derechos que la contienen se pusieron a tono con los instrumentos internacionales que lo consideran derechos humanos y por ende tienen fuerza vinculante constitucional, esto es, un valor supralegal, en especial para el derecho de sindicación, por ser un derecho fundamental.

Igualmente, estas normas constitucionales sirven de referente obligado para su reglamentación en la ley, en sentido positivo y en sentido negativo, toda norma legal que se encuentre en contradicción no solo de la Constitución sino de los convenios ratificados por Colombia, debe ser excluida. Así mismo, en caso de un vacío legal o antinomia, este deberá resolverse aplicando directamente los preceptos constitucionales citados aunados a las Normas Internacionales del Trabajo derivadas del bloque de constitucionalidad o de legalidad.

Ap

1. ¿Cuál es la importancia del derecho colectivo constitucional?
2. ¿Cuáles son los instrumentos internacionales que se refieren específicamente a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga?
3. ¿Qué incidencia tiene para usted como juez, que la figura jurídica de la asociación sindical, sea un derecho fundamental?
4. ¿Qué incidencia tiene para usted como juez que el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga no sean derechos fundamentales?

Este cuestionario de autoevaluación será muy útil para medir sus conocimientos respecto de las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. Responda las preguntas antes de analizar los casos, y saque sus conclusiones, antes de leer las guías prácticas de los casos.

Ca

- a) Si un trabajador alega en una demanda la aplicación de una norma de un convenio ratificado por Colombia, que le es más favorable que la legislación interna, debe usted como juez aplicarla o ¿no?
- b) ¿Puede el Estado colombiano, con posterioridad a la ratificación de un convenio, expedir una ley interna que vaya en contravía del mismo?
- c) ¿Puede resultar vulnerado el derecho de libertad sindical de un trabajador de un sindicato minoritario cuando el empleador decide unilateralmente aplicarle la convención colectiva de trabajo celebrada con otro sindicato de minoritario, pese a obtener aumentos salariales y prestacionales y pago de cuota sindical?

At

Guías de casos típicos

T

La jerarquía de las normas

C

José Paz, trabajador de una empresa textilera, demanda por el reajuste de su salario, señalando la aplicación de la definición de salario del artículo 1º del convenio 95, ratificado por Colombia y el artículo 1º del convenio 100 por cuanto es una definición más amplia.

Pj

¿A pesar de que los artículos 127 y 128 del C.S.T. definen el salario, se debe aplicar indefectiblemente el convenio 95 o el convenio 100 de la OIT? ¿Puede la ley interna contradecir lo normado en un convenio ratificado?

N

El Convenio 95 de la OIT relativo a la protección del salario, en su artículo 1º reza:

“El término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”

El convenio 100 de la OIT en el artículo 1º señala: “A los efectos del presente Convenio:

a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último

El artículo 127 del C.S.T., subrogado por la L. 50/90, art. 14 reza:

“Elementos integrantes. Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

El artículo 128 del C.S.T., subrogado por la L. 50/90, art. 15, preceptúa:

“Pagos que no constituyen salario. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales

acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

En cuanto al primer problema jurídico relativo a si se debe aplicar la norma nacional o la internacional, al examinar la Corte Constitucional la exequibilidad de los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, en la sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell, en cuanto a los elementos constitutivos y no constitutivos de trabajo, señaló:

“La Constitución no ha señalado reglas expresas y precisas que permitan definir el concepto de salario, los elementos que lo integran ni sus efectos en la liquidación de prestaciones sociales. Por consiguiente, dichos aspectos corresponden a una materia que debe ser regulada por el legislador dentro de los criterios de justicia, equidad, racionalidad y razonabilidad, que necesariamente deben consultar los principios básicos que aquella contiene, como son, entre otros, la igualdad, la garantía de una remuneración mínima, vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, y la primacía de la realidad sobre la formalidad”.

(...)

Estima la Sala que es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter.

Igualmente, dicha competencia se extiende a la determinación expresa, respetando los referidos criterios y principios, o deferida a la voluntad de las partes, de los pagos o remuneraciones que no constituyen salario para los efectos de la liquidación de prestaciones sociales. Esto último es particularmente admisible, dado que la existencia del contrato y de los acuerdos y convenios de trabajo como reguladores de las relaciones de trabajo es reconocida por la propia Constitución (art. 53), en cuanto no menoscaben la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

La regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tienen plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por éstas y la ley.

A pesar de no aplicar los artículos 127 y 128 del C.S.T., la sentencia SU-995⁷ mediante la cual se resolvieron varias acciones de tutela, interpuestas por profesores vinculados a la Secretaría de Educación del Departamento -planta de personal- por atrasos en pagos y primas, aplica la definición de salario del convenio 95:

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no solo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestado. En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República “fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo –relativo a la protección del salario–, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1...

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar

⁷ SU-995 de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no solo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado –sentido restringido y común del vocablo–, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras –entre otras denominaciones–, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado. En cuanto al segundo problema jurídico, relativo a si puede la ley interna contradecir lo normado en un convenio ratificado, la Corte Constitucional mediante sentencia C-400 de 1998⁸ estudiando la Ley 406 de 1997, *“por medio de la cual se aprueba la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales”* afirmó que el sistema constitucional colombiano se inscribe en el llamado “monismo moderado” en el que las normas internacionales no invalidan automáticamente las leyes internas vigentes que traten el mismo tema y que le sean contrarias, afirmó:

(...)

“Esta tesis intermedia, que Verdross califica de ‘monismo moderado’, y que otros autores denominan de otras maneras, es defendida por numerosos teóricos como la doctrina que mejor refleja la práctica jurídica contemporánea. Así, por no citar sino otro ejemplo, Manuel Díez de Velasco acoge esta misma perspectiva de un monismo moderado, que en el fondo tiene ciertas connotaciones dualistas moderadas, puesto que defiende una primacía indirecta del derecho internacional, la cual opera no por la vía de la nulidad de las normas internas contrarias a un tratado sino de la responsabilidad internacional de aquel Estado que invoca su derecho interno para incumplir las obligaciones derivadas de un tratado. Este autor señala que si bien la actuación de normas internas contrarias a un tratado vigente engendran responsabilidad internacional, ello no quiere decir que ‘las normas internas contrarias al DI y las decisiones judiciales y administrativas que en ellas se hacen incurran en un vicio de nulidad automático’ puesto que en la gran mayoría de los casos ‘y salvo disposición expresa en contrario, son plenamente eficaces y aplicables por los tribunales y autoridades internos, aunque engendren responsabilidad internacional’. (...)

⁸ Sentencia C-400 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

46- Sin embargo, a pesar de lo anterior, para el juez internacional rige el principio de la prevalencia del derecho internacional, por lo cual un Estado puede comprometer su responsabilidad internacional si sus jueces aplican normas internas contrarias a las cláusulas insertas en un tratado. Por ende, cuando un Estado enfrenta una contradicción entre un tratado y una norma constitucional, los órganos competentes en materia de relaciones exteriores y de reforma de la constitución -esto es, el presidente y el Congreso en el caso colombiano- tienen la obligación de modificar, ya sea el orden interno, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, ya sea sus compromisos internacionales, a fin de no comprometer su responsabilidad constitucional. De esa manera, si bien las contradicciones entre el derecho internacional y el derecho interno son inevitables en un determinado momento histórico, la evolución jurídica permite una armonización dinámica entre ambos órdenes jurídicos.

El magistrado José Gregorio Hernández, en salvamento de voto, se pronunció de la siguiente manera:

Vuelve ahora la Corte a transitar los peligrosos caminos de la confrontación entre obligaciones de carácter internacional ya contraídas por Colombia y las reglas del orden interno, haciendo suya una competencia que, de conformidad con el sistema instaurado en la Carta de 1991, no le corresponde, pues las posibilidades de utilizar instrumentos del Derecho Internacional –como la denuncia de los tratados– deben ser evaluadas y usadas solo por el Presidente de la República, en su carácter de supremo director de las relaciones exteriores de Colombia (artículo 189, numeral 2, C.P.) (...)

Lamento que la decisión ahora tomada se produzca precisamente cuando la Corte examina la Convención de Viena II, sobre Derecho de los tratados, que paradójicamente, en normas declaradas exequibles, ratifica el principio según el cual “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (artículo 26) y el que estipula que “un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado” (artículo 27-1).

El magistrado Hernando Herrera Vergara, en salvamento de voto señaló:

“No queda duda que con fundamento en los antecedentes constitucionales mencionados y de acuerdo al texto en referencia, la Corte Constitucional tiene competencia para

revisar los tratados internacionales y las leyes aprobatorias de estos, a efecto de que previamente a la ratificación, decida sobre su exequibilidad. De tal manera que si ya el tratado está perfeccionado debidamente y se ha producido el canje de notas, no es posible ejercer el control de constitucionalidad por carencia de objeto, pues se repite, si el propósito del constituyente es la adscripción de la competencia de la Corte, previamente a la celebración del canje de notas, a fin de que el tratado no sea ratificado en el evento de no encontrarse ajustado a los preceptos constitucionales, es claro que al haberse configurado el fenómeno jurídico mencionado, es decir, el canje de notas, no puede realizarse el referido control constitucional, posteriormente".

Igualmente, salvó parcialmente el voto el magistrado Vladimiro Naranjo Mesa señalando:

*"Es de advertir entonces que el principio *Pacta Sunt Servanda*, que propende a la seguridad y estabilidad jurídica dentro del orden internacional, no puede ser desconocido unilateralmente por un Estado, bajo ningún pretexto. Por ello, pretender atenuarlo acudiendo como lo hace la Sentencia, a la llamada teoría "monista moderada" o "de la integración dinámica del derecho", no solo va en contravía de las disposiciones constitucionales y supranacionales que regulan la materia, sino que además le resta validez, y de manera grave, a los compromisos adquiridos internacionalmente por Colombia, los cuales, en adelante, podrían ser desconocidos o modificados por vía judicial, generando como consecuencia la responsabilidad del Estado y su des prestigio ante la comunidad internacional.*

A partir de la sentencia 405 de 2001, el convenio 95 no hace parte del bloque de constitucionalidad, por tanto tiene la misma jerarquía que la ley nacional, si ello es así, existirían dos normas de igual valor jurídico.

A partir de ello surge un interrogante: en caso de que exista una contradicción entre un convenio que forme parte del bloque de constitucionalidad, que tiene valor supralegal, como por ejemplo el 87 y el 98 y la ley interna vigente, ¿cuál se aplica? Quedarían sin efecto las disposiciones legales contrarias a esta y si están vigentes se podría presentar la excepción de inconstitucionalidad. Pero igualmente, el tratado no podría contradecir a la Constitución. Si ya se ha pronunciado sobre el asunto en particular la Corte Constitucional, debe acogerse lo señalado por la guardiana de la Constitución.

Según los organismos de control de la OIT, se debe preferir al convenio ratificado, pues de lo contrario existiría un incumplimiento internacional.

Ahora ¿qué pasaría si surge una Ley posterior que contradiga el convenio?, el doctor Von Potobsky⁹ responde: "No se trata de una derogación del convenio, porque solo su denuncia puede desligar a un país de las obligaciones frente a la comunidad internacional. Estas obligaciones siguen subsistiendo, pero en el orden interno la Ley posterior prevalecerá sobre el Convenio anterior".

Al respecto NO ha sido unánime la jurisprudencia. Con relación a esta última posición, en la sentencia C-1647 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández dijo: la Corte Constitucional; el Estado colombiano puede promulgar una Ley que contradiga un Tratado, sin que dé lugar a que se declare la inexequibilidad de la ley y sin perjuicio de la responsabilidad que le acarrearía a nivel internacional tal comportamiento violatorio del principio de *Pacta Sunt Servanda*¹⁰.

Contrario sensu, en la sentencia C-568 de 1999, la Corte Constitucional señaló:

"Como refuerzo de esta obligación, está el hecho de que, obviamente, la regla jurídica ley posterior deroga ley anterior no opera en este caso, pues no tiene efectos en el poder vinculante de un tratado, el que un Estado legisle internamente a su antojo, en contra de las obligaciones internacionales que adquirió, –menos aun si las nuevas leyes son un retroceso en materia de derechos humanos–; la única forma aceptable en que un Estado puede deshacerse de sus compromisos internacionales es utilizando los mecanismos dispuestos por el derecho internacional: la terminación o la denuncia del tratado".

La Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones (CEACR) ha señalado que si se trata de convenios supralegales, toda decisión legislativa, decisión administrativa o práctica contraria tanto a las normas promocionales y programáticas, como a las de aplicación directa, constituye una violación del convenio respectivo y por tanto

⁹ Geraldo Von Potobsky, en la conferencia "Eficacia Jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional", México, 2005.

¹⁰ Se exige a los estados el cumplimiento de los compromisos internacionales, sin poder justificar su incumplimiento invocando disposiciones internas contrarias a lo pactado.

el Estado incurrirá en responsabilidad por omisión, si no derogara oportunamente las disposiciones cuestionadas¹¹.

T

Violación de la libertad sindical por el empleador

C

Un trabajador de un sindicato minoritario solicita al Juez constitucional la protección de los derechos fundamentales de asociación sindical y negociación colectiva, por cuanto la empresa les está aplicando la convención colectiva de trabajo (aumentos salariales y prestacionales), celebrada con otro sindicato minoritario al que no está afiliado, por cuanto la negociación con este último fue exitosa, mientras la de su sindicato está en la etapa de Tribunal de arbitramento y que por dicha presión, se han retirado varios sindicalistas de este.

Pj

¿Resultan vulnerados los derechos fundamentales de un trabajador que pertenece a un sindicato minoritario cuando el empleador decide unilateralmente aplicarle la convención colectiva de trabajo celebrada con otro sindicato minoritario, a pesar de estar actual el conflicto colectivo de trabajo entre la empresa y su organización sindical?

N

Artículo 2º del convenio 87 ratificado por Colombia, se refiere a:

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

El artículo 1º del convenio 98 reza:

“1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o,

¹¹ Geraldo Von Potobsky, en la conferencia “Eficacia Jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional”, En La conferencia de Normas Internacionales del Trabajo, México, 2005.

con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo" (subrayas fuera de texto).

El artículo 55 de la C.P. reza:

Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo".

Art. 444, del C.S.T., subrogado por la Ley 50/90, art. 61. Preceptúa:

"Decisión de los trabajadores. Concluida la etapa de arreglo directo sin que las partes hubieren logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral, los trabajadores podrán optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un tribunal de arbitramento.

La huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de arreglo directo, mediante votación secreta, personal e indelegable, por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, o de la asamblea general de los afiliados al sindicato o sindicatos que agrupen más de la mitad de aquellos trabajadores.

Para este efecto, si los afiliados al sindicato o sindicatos mayoritarios o los demás trabajadores de la empresa, laboran en más de un municipio, se celebrarán asambleas en cada uno de ellos, en las cuales se ejercerá la votación en la forma prevista en este artículo y, el resultado final de esta lo constituirá la sumatoria de los votos emitidos en cada una de las asambleas.

Artículo 461 del C.S.T. reza:

"Efecto jurídico y vigencia de los fallos. 1., 2.,

3. No puede haber suspensión colectiva de trabajo durante el tiempo en que rija el fallo arbitral."

El Artículo 39 del Decreto 2351 de 1965, subrogado por el artículo 68 de la Ley 50 de 1990, señala:

"Los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la convención colectiva, deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato".

El artículo 357 del C. S. T. subrogado por el Decreto 2351 de 1965 se transcribe, pese a que en enero de 2008 fue totalmente declarado inexistente, pero por su importancia para los fines de este módulo, es necesario transcribir:

Artículo 26. Representación Sindical. 1. En una misma empresa no pueden coexistir dos o más sindicatos de base. Si por cualquier motivo llegaren a coexistir subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir al personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión (inexequible sentencia C- 567 de 2000).

2. Cuando en una misma empresa coexistiere un sindicato de base con uno gremial o de industria, la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la contratación colectiva, corresponderá al sindicato que agrupe a la mayoría de los trabajadores de dicha empresa (inexequible sentencia C- 063 de 2008).

3. Si ninguno de los sindicatos agrupa a la mayoría de los trabajadores de la empresa, la representación corresponderá conjuntamente a todos ellos. El gobierno reglamentará la forma y modalidades de esta representación (sentencia inexequible C-567 de 2000).



La sentencia C-567 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en síntesis declaró inexequible los incisos 1º y 3º del artículo, señalando con relación al primer inciso, que al compararse el artículo 39 de la Constitución, y las disposiciones del Convenio 87 de la OIT, especialmente en el artículo 2º, se concluyó que la prohibición legal de formar sindicatos de base en una misma empresa, cuando ya existe otro, resulta injustificada. En la misma providencia se declaró inexequible el numeral 3 del mismo artículo, por cuanto para que exista si un grupo de trabajadores constituye y se afilia a un sindicato, para la efectividad del ejercicio del derecho de asociación sindical, tiene la representación de tales trabajadores; y, siendo ello así, resulta violatorio del artículo 39 de la Carta imponerle por la ley que esa representación deba necesariamente ejercerla 'conjuntamente' con otros sindicatos, por no agrupar a la mayoría de los trabajadores de la empresa, pues eso menoscaba, de manera grave la autonomía sindical.

En la sentencia C-063 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, declaró inexequible el numeral 2 del artículo 26 señalando:

"Cabe recordar, que si bien el derecho de sindicación y el de negociación colectiva son cuestiones diferenciadas, pudiendo admitir este último restricciones, de conformidad con lo previsto por la Constitución, artículo 55 y el convenio 98 de

la OIT, el impedimento absoluto a los sindicatos mayoritarios, de negociar colectivamente, no atiende los principios de razonabilidad y proporcionalidad y vulnera no solo el derecho de negociación colectiva, sino también el de libertad sindical, eje fundamental de los derechos de los trabajadores. (...)

Si bien, ciertas reglas y prácticas pueden facilitar el desarrollo de la negociación colectiva y contribuir a promoverla, como la de reconocer al sindicato más representativo, para los efectos de la contratación colectiva, de conformidad con el convenio 154 y la Recomendación 163, ambos de la OIT, tal finalidad debe llevarse pero salvaguardando la autonomía de las organizaciones sindicales y sin vulnerar la Constitución.” En la sentencia T-656 de 2004 señaló la Corte en un caso similar al problema jurídico planteado, lo siguiente:

(...) “Con fundamento en lo expuesto se infiere que la Convención Colectiva de Trabajo celebrada con un sindicato minoritario no puede extenderse unilateralmente por la empresa a los afiliados a otro u otros sindicatos que tramitan con la empresa la solución de su propio conflicto colectivo de trabajo. Sobre este aspecto en particular, la Corte señaló que “En el derecho colectivo del trabajo es esencial la protección a la Convención Colectiva y dentro de esta fundamentalmente a las normas llamadas económicas, respetándose la vigencia de la Convención fijada por las partes, luego no tiene explicación que el empleador le ordene a un trabajador que se acoja a lo pactado con un sindicato extraño cuando está de por medio la discusión de un conflicto colectivo con el propio sindicato, y el Estado, a través del Ministerio respectivo, ha ordenado la constitución de un Tribunal de Arbitramento para solucionar dicho conflicto. Esta injerencia indebida afecta no solo el derecho de negociación colectiva (art. 55 C.P.) sino la libertad sindical. Con mayor razón hay violación si se afecta el salario del trabajador sindicalizado para hacerle pagar cuotas a otros sindicatos”¹².

Lo que se evidencia, entonces, es que el empleador no está constitucional ni legalmente facultado para aplicar discrecional y unilateralmente a trabajadores de un sindicato minoritario la convención colectiva celebrada con otro sindicato minoritario cuando aún está vigente el conflicto colectivo de trabajo suscitado por aquel. La empresa deberá continuar aplicando la convención colectiva vigente y atenerse al resultado de lo definido en la etapa de arreglo directo y,

¹² Sentencia T-168/04 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

en lo demás, al fallo que profiera el tribunal de arbitramento obligatorio que para el efecto se conforme.

Como consecuencia de lo anterior, será ilegítima toda retención o disminución del salario de un trabajador afiliado a un sindicato minoritario, que mantiene vigente el conflicto colectivo de trabajo, para ser depositadas esas sumas a favor de otro sindicato igualmente minoritario con el que la empresa ha celebrado una convención colectiva de trabajo.

Igualmente, la Corte expresó en la sentencia T-005/97 que “ninguna injerencia, pero ni siquiera la más remota, tiene la empresa o el patrono en el proceso de desafiliación de un trabajador de su sindicato, de manera que cualquier intervención de aquél en el desarrollo de tal determinación, así sea a título de simple colaboración como se ha dicho por la parte demandada, interfiere indebidamente en los asuntos propios del sindicato y en la decisión del trabajador y atenta contra la libertad y la autonomía sindical y, por consiguiente, afecta el derecho fundamental de asociación sindical, en el sentido de que autorizar al patrono para intervenir en dicho proceso significaría de algún modo que este pudiera excitar o estimular la desafiliación al sindicato, poniendo en peligro la subsistencia de este”.

Co

En conclusión a partir de la sentencia C-567/00 y la C-063 de 2008, la representación sindical se caracteriza por lo siguiente: 1) En una misma empresa pueden coexistir varios sindicatos de empresa o de base; 2) los sindicatos minoritarios tienen representación de sus trabajadores sindicalizados para efectos de la negociación colectiva; según la Corte; no se trataría de multiplicar las negociaciones y las convenciones en función del número de sindicatos, sino de asegurar la participación directa de los sindicatos minoritarios en las negociaciones.

Para el caso expuesto la convención anterior continuará rigiendo para el sindicato minoritario hasta cuando quede en firme el laudo arbitral, sin que puedan hacerse los aumentos salariales y prestacionales todavía. Por lo tanto no se podría imponer por parte de la empresa otra convención de otro sindicato, porque se afectan los derechos del sindicato y de sus afiliados y por último no se podrá descontar cuotas por beneficio convencional al trabajador porque se está a la espera de un laudo arbitral para definir el conflicto colectivo de trabajo con la empresa.

UNIDAD 2

ALGUNOS ASPECTOS DEL FUERO SINDICAL Y EL FUERO CIRCUNSTANCIAL



Identificar y fortalecer los conocimientos y competencias que los jueces y juezas, magistrados y magistradas tienen sobre el fuero sindical y el fuero circunstancial con miras a mejorar la calidad de su gestión judicial.



Con el presente capítulo se pretende:

1. Establecer qué es el derecho de representación de los trabajadores en el mundo y en Colombia.
2. Identificar qué tratados, convenios y recomendaciones regulan la protección foral.
3. Determinar las diferencias entre el fuero sindical y el fuero circunstancial.
4. Analizar las distintas jurisprudencias que han existido sobre el fuero sindical y circunstancial, para efectos de que sirvan de modelo para definir los procesos judiciales que lleguen al despacho del funcionario o la funcionaria judicial.

2.1. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL

La libertad sindical tiene dos matices: un aspecto individual, entendido como el derecho que tiene toda persona de constituir sindicatos y afiliarse a ellos o en sentido negativo a no ser obligado a constituirlos, ni afiliarse a ellos. Así mismo la libertad sindical tiene un matiz colectivo, ejercido por el sindicato a través de la libertad de reglamentación, esto es, el derecho a darse sus propios reglamentos, nombrar su personal a través de los mecanismos que consideren a sus directivas. Esta libertad colectiva está vigente en la libertad de federarse y confederarse, en el derecho a gestionar su desarrollo a través de la defensa de los intereses de los trabajadores y la libertad de disolverse y liquidarse sino se quiere continuar con la asociación. Esta unidad pretende analizar la libertad colectiva de representación y su protección.

Según el artículo 3 del Convenio 87, la libertad de representación consiste en el derecho que tienen las organizaciones de elegir libremente a sus representantes, debiendo las autoridades públicas abstenerse de toda intervención que tienda a limitar y entorpecer su ejercicio. Así mismo una vez elegidos estos, se les deberá prestar protección para que puedan desempeñar su labor en aras a la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores.

Si bien en Colombia el derecho laboral colectivo muestra un desarrollo aceptable de la libertad sindical entendida en todas sus manifestaciones, es claro que las modalidades de violación de estos derechos consagrados en las normas internacionales y nacionales, van desde la discriminación del trabajador por parte del empleador, la suspensión arbitraria de su trabajo, el despido del trabajador, hasta la muerte del sindicalista.

Por lo anterior, es imprescindible mantener una normatividad sustantiva y procesal para garantizar la vigencia de la libertad sindical. Además de una legislación penal de sanción exemplarizante para las personas que con su intolerancia no permiten el libre ejercicio de este bastión de la democracia.

El doctor Alfredo Villavicencio Ríos¹³ señala que la visión moderna de lo que significa el reconocimiento constitucional de un derecho, implica la instauración de garantías positivas y negativas:

“La protección negativa se plantea frente al Estado y se dirige a la remoción de todos los obstáculos y restricciones que impidan el libre ejercicio de la libertad sindical. La protección positiva supone la implementación de medidas frente al empleador, principalmente, dirigidas a garantizar la efectividad del derecho por medio del establecimiento de reglas, procedimientos, medios de reparación, sanciones y facilidades para su ejercicio.

Partiendo de una proscripción general de todo acto o conducta que cause un perjuicio a cualquier trabajador en razón de actividades sindicales, se debe establecer un conjunto de medidas preventivas, reparadoras, sancionadoras o procesales.

Son medidas preventivas aquellas que se dirigen a evitar que se produzca una lesión de la libertad sindical, como aquellas que suponen la autorización de la autoridad para que determinado acto que pudiera ser antisindical pueda ejecutarse (un despido o traslado). Son medidas reparadoras aquellas que buscan restañar los daños producidos por

¹³ Villavicencio Ríos, Alfredo. La Libertad Sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: Sindicación, Negociación Colectiva y Huelga, Bogotá, 2007

*un acto antisindical, como por ejemplo la readmisión de un trabajador despedido por motivos antisindicales o el retorno a las condiciones previas a la violación. Son medidas **sancionadoras** aquellas que imponen puniciones directas, multas; por ejemplo, al empleador por la ejecución de conductas antisindicales. Y, son medidas **procesales** aquellas que establecen mecanismos específicos de tutela de la libertad sindical a fin de obtener una respuesta judicial oportuna ante la ejecución de un acto antisindical, como por ejemplo el establecimiento de mecanismos de traslado de la carga, la prueba o presunciones legales o judiciales del acto antisindical, de manera tal que el empleador deba probar ante un acto presumiblemente antisindical que la motivación de este fue otra y está amparada por el ordenamiento jurídico. Asimismo, pueden establecerse suspensiones del acto cuestionado ante la presencia de indicios de antisindicalidad.*

Tengamos en cuenta, además, lo que la doctrina italiana denomina la “plurifensividad» de las conductas antisindicales, que lleva a tener presente que estas no solo afectan al trabajador individualmente considerado, sino al sujeto colectivo, por lo que los mecanismos de protección han de tener a la vista esta situación y no cerrarse en soluciones únicamente individuales (reparaciones económicas, por ejemplo), que no subsanan los efectos colectivos de tales conductas. En este sentido, la reposición de un dirigente despedido resulta mucho más apropiada para salvaguardar al bien jurídico tutelado en su integridad.

Como se observa, la institución del fuero sindical es un conjunto de privilegios de protección que tienen unos trabajadores para que puedan cumplir con sus funciones de representación y aun por ser militantes fundadores o adherentes de una asociación sindical, protección que se da no solo contra el despido sino contra la desmejora en sus condiciones de trabajo o traslados de su lugar de trabajo sin justa causa.

Igualmente, hay que señalar que el fuero sindical, es un mecanismo de protección primordialmente de la libertad sindical en cabeza de la asociación sindical y en segunda instancia del trabajador¹⁴.

2.2. LA PROTECCIÓN SINDICAL EN LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

En general, se podrían reseñar todos los tratados, pactos y convenios mencionados en la unidad 1, implícitamente tratan de la necesidad de la protección sindical, sin embargo, el artículo 1 del **Convenio 98** es específico al señalar:

¹⁴ Sentencias Corte Constitucional C-381 de 2000 y T- 080 de 2002, entre otras.

“1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

Artículo 2º

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

El **Convenio 151** de la OIT, sobre la protección de los derechos de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, aprobado en 1958, señala en sus artículos 4º y 5º, la protección del derecho de asociación para los empleados públicos, en similares condiciones que las enunciadas en el convenio 98.

La **Recomendación 143** de la OIT propone las siguientes medidas específicas de protección, contra todo acto que pretenda perjudicar a los representantes sindicales, en razón de su gestión sindical, tales como 1. que en todo despido de los gestores sindicales se deben precisar los motivos, a fin de calificar su justificación, 2. que deberá establecerse igualmente el grado de consulta, con un organismo independiente, quien deberá ser el que califique el despido, 3. que esta consulta deberá surtirse antes de que el despido pueda ser definitivo, y 4. que se deberá establecer un procedimiento especial y ágil para que los trabajadores aforados puedan obtener su reintegro, en caso de haber sido despedidos de modo injustificado.

En Colombia, no existe el grado de consulta de un organismo independiente, mas sí el proceso especial jurisdiccional de levantamiento del fuero sindical por el

empleador que pretenda prescindir de los servicios de un trabajador aforado. Para ahondar en la protección constitucional del derecho de libertad sindical, las sentencias de primera instancia, no apeladas, pueden ser consultables.

En conclusión, los mecanismos de protección que se otorgan a los representantes de los trabajadores para que puedan cumplir sus funciones no sólo se refieren al privilegio del fuero, sino que además el convenio 135 de la OIT, no ratificado por Colombia, pero sí utilizado por la Corte Constitucional en varias de sus providencias, señala:

“Artículo 1º: Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

Artículo 2º:

1. Los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones.

2. A este respecto deberán tenerse en cuenta las características del sistema de relaciones obrero-patronales del país y las necesidades, importancia y posibilidades de la empresa interesada.

3. La concesión de dichas facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa interesada”

Igualmente, y volviendo a la Recomendación 143 de la OIT, establece que los representantes de los trabajadores deberán gozar de facilidades adecuadas para el desempeño rápido y eficaz de sus funciones, según los artículos 10 a 17 de la Recomendación, que señala a cuales actividades se refiere: Licencias y permisos sindicales sin pérdida de salario para funciones representativas y formativas;

- a) Libertad de movimiento;
- b) Comunicación inmediata y directa con los representantes de la empresa;
- c) Recaudación de cuotas sindicales;
- d) Libertad de comunicación verbal y escrita con sus representados;
- e) Facilidades materiales;

- f) Acceso a la información necesaria para el desarrollo de la actividad sindical; y,
- g) Ingreso a la empresa de los dirigentes sindicales que no trabajen en ella pero cuya organización sí cuente con afiliados.

Es importante tener en cuenta, que además de la jurisprudencia nacional de las Altas Cortes utilizada como precedente en los procesos judiciales, existe además jurisprudencia (llamado por algunos doctrina) de los órganos de control de la OIT, que analiza la *protección contra los actos de discriminación sindical*, desde el punto de vista de los Convenios y recomendaciones, verbigracia, señala: “*La protección que se brinda a los trabajadores y a los dirigentes sindicales contra los actos de discriminación antisindical es un elemento esencial del derecho de sindicación porque tales actos pueden dar lugar en la práctica a la negación de las garantías previstas en el convenio número 87. Ello implica, en particular, que los despidos antisindicales no pueden considerarse del mismo modo que otros tipos de despido, ya que el derecho de sindicación es un derecho fundamental. A juicio de la comisión, ello implica distinciones en lo que atañe, por ejemplo, a las modalidades de prueba, a las sanciones y a las medidas de subsanación.*”

2.3. EL FUERO SINDICAL EN COLOMBIA

El artículo 39 de la C.P. en la parte pertinente señala:

“(. .) se reconoce a los representantes sindicales el fuero y demás garantías para dar cumplimiento a su gestión.”

Son entonces las dos clases de garantías las del fuero y las de cumplimiento de su gestión, que frente a la falta de suficiente desarrollo legislativo, es de aplicación el convenio 135 y la recomendación 143 de la OIT, como ya se analizó.

La segunda parte del C.S.T., esto es, el “Derecho colectivo del trabajo”, en el capítulo II, contiene los artículos 405 a 411 del C.S.T., regulatorios del tema del fuero sindical, su definición, los trabajadores amparados con el fuero, los miembros de la junta directiva amparados y los restante son reglas procesales que indican al Juez laboral, si autoriza el levantamiento del fuero sindical.

En el Código Procesal del Trabajo, los artículos 113 a 118B contienen el proceso especial del fuero sindical por parte del empleador para levantar el fuero o por parte del trabajador cuando ha sido despedido, desmejorado de sus condiciones de trabajo o desmejorado.

ALGUNOS ASPECTOS DEL FUERO SINDICAL Y EL FUERO CIRCUNSTANCIAL

El fuero sindical lo tienen tanto los trabajadores particulares dentro de las exigencias de los artículos 406 y 407, así como constitucionalmente los empleados públicos, excepto aquellos que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración, tal como se señaló igualmente en la sentencia C-593 de 1993¹⁵.

“El constituyente de 1991 no excluyó del derecho de asociación sindical a los empleados públicos, sino que le dio consagración constitucional al derecho que les reconocían la ley y la jurisprudencia anterior y amplió las garantías para su ejercicio, al no excluirlos del derecho al fuero sindical. Los empleados públicos tienen el derecho de constituir sus sindicatos sin intervención del Estado, de inscribir las correspondientes Actas de Constitución que les otorgan reconocimiento jurídico y, en consecuencia, tendrán legalmente unos representantes sindicales a los cuales no se puede negar que el constituyente de 1991 reconoció: ‘el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

(...) La ampliación que hizo el constituyente de 1991 de la figura del fuero sindical para los representantes de los sindicatos de empleados públicos, señala inmediatamente la necesidad de un desarrollo legislativo del artículo 39 de la Carta, pues al menos los artículos 2, 113 y 118 del Código de Procedimiento Laboral son inaplicables a los servidores públicos”.

El fuero sindical nace para los fundadores de una organización el mismo día de la constitución del sindicato, pero para que produzca efectos como protección constitucional, según el parágrafo 2º del artículo 406 del C.S.T. “...se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador”, sin que se requiera formalidad alguna.

2.4. DIFERENCIAS ENTRE EL FUERO SINDICAL Y EL FUERO CIRCUNSTANCIAL

Por considerarlo de suma importancia para la práctica judicial, a continuación se establece un comparativo entre estas dos figuras, basado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, radicada con el N° 29822 del 2 de octubre de 2007, M.P. Isaura Vargas Díaz.

15 C-593 de 1993, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

UNIDAD 2

	FUERO CIRCUNSTANCIAL	FUERO SINDICAL
1. Fuente legal	Artículos 25 del Decreto 2351 de 1965 y 10º del Decreto 1373 de 1966	Artículo 405 Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º del Decreto 204 de 1957
2º A quiénes cobija	A “los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones” que comprende a los “afiliados al sindicato o a los no sindicalizados”.	A los fundadores de un sindicato; los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato; los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente; y a dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos.
33º Período en que opera la protección.	Desde el momento de la presentación del pliego de peticiones al empleador hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere pertinente o en aquellos casos en donde se verifique la terminación anormal del conflicto colectivo.	Fundadores desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) a los adherentes, el amparo rige por el mismo tiempo. Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación por el tiempo del mandato y seis (6) meses más; y a dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más. En caso de cambio en los miembros de la Junta Directiva, el antiguo miembro continúa gozando del fuero durante los tres (3) meses subsiguientes, a menos que sea por renuncia voluntaria antes de la mitad del período o por sanción disciplinaria sindical, en cuyos casos el fuero cesa <i>ipso facto</i> . En fusión de dos o más sindicatos, siguen gozando de fuero los anteriores directores que no quedan incorporados en la Junta Directiva, hasta por tres (3) meses.

44º Para qué los ampara	Para no ser despedidos sin justa causa, desde el momento de la presentación del pliego de peticiones al empleador hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo, sin necesidad de calificación previa del juez laboral. Como consecuencia de la comprobación del despido en ese interregno, la decisión será ineficaz y deberá reintegrarse.	Para: (i) no ser despedidos; (ii) ni desmejorados en sus condiciones de trabajo; y (iii) ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo. Si se demuestra el fuero, deberá reintegrarse, mantenerse las condiciones de trabajo anteriores o devolverlo al lugar inicial.
55º Trámite procesal	Por no consagrar la ley un trámite especial, el asunto se surte a través de un proceso ordinario de primera instancia.	De conformidad con el capítulo XVI del C. P. del T. y de la SS, se debe tramitar por medio de un procedimiento especial.
6º Contestación de la demanda	El término para contestar es dentro de los 10 días siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda.	Se contesta dentro de audiencia pública.
7º Notificación de la sentencia de segunda instancia	Se profiere en audiencia pública de juzgamiento, por lo tanto se notifica en estrado, estén o no presentes las partes	Se falla de plano, dado que no hay audiencia pública y por ello se notifica por edicto. No es viable el recurso de casación
98º Prescripción	3 años contados a partir de la fecha del despido.	Las acciones que emanen del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora.

Pueden existir eventos en los cuales en un mismo trabajador confluya el fuero sindical y circunstancial.

Ap

1. Realice un mapa conceptual sobre la libertad sindical.
2. Defina la libertad de representación sindical.
3. ¿En qué convenios y recomendaciones de la OIT, normas constitucionales y legales se encuentra la protección de la actividad sindical del trabajador particular?
4. ¿A partir de qué normas constitucionales y legales se permite el fuero sindical en los empleados públicos?

5. ¿Cuáles son las diferencias entre el fuero circunstancial y el fuero sindical?

Ca

Este cuestionario de autoevaluación será muy útil para medir sus conocimientos respecto de las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Responda las preguntas antes de analizar los casos y saque sus conclusiones, antes de leer las guías prácticas de los casos.

- a. ¿Existe fuero circunstancial para un trabajador oficial?
- b. ¿Existe fuero circunstancial para un trabajador del nivel directivo?
- c. ¿El fuero circunstancial ampara el despido comunicado al trabajador antes de la presentación del pliego, pero hecho efectivo después?
- d. ¿Surge indefectiblemente el fuero circunstancial con la entrega por parte del sindicato del pliego de peticiones?
- e. ¿Qué pasa con el fuero circunstancial, cuando las negociaciones se han estancado en el tiempo?
- f. ¿Puede el juez laboral en un proceso especial de fuero sindical (reintegro), analizar la legalidad del despido?
- g. ¿Puede el juez laboral, ordenar el reintegro de un trabajador aforado, pese a la liquidación de una empresa?
- h. ¿Es una justa causa, para el levantamiento del fuero sindical del empleado público, la supresión del cargo?
- i. ¿Debe la entidad estatal iniciar proceso de levantamiento de fuero sindical del empleado en provisionalidad, para retirarlo del cargo?

At
T
C

Guías de casos típicos

¿A quiénes cobija el fuero circunstancial?

Felipe Giraldo laboraba como subgerente administrativo en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, siendo despedido mientras se tramitaba un conflicto colectivo de trabajo, que culminó a los dos meses siguientes con la firma de la respectiva convención colectiva. El señor Giraldo no estaba sindicalizado, pese a lo anterior el sindicato negociador es mayoritario ya que agrupa más de las dos terceras partes de los trabajadores de la empresa. La pretensión básica es el reintegro por ser ineficaz el despido

P^e

N

- A. ¿Existe fuero circunstancial para un trabajador oficial?
- B. ¿Existe fuero circunstancial para un trabajador del nivel directivo?

Artículo 55 de la C.P: “Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. (...).

Convenios 98 de la OIT “sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva” y 154 “sobre el fortalecimiento de la negociación colectiva”, aprobados por Colombia.

Artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 reza: “Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”

Artículo 36 del Decreto 1469 de 1978, reza: “La protección a que se refiere el artículo 25 del decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un Sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador, hasta cuando se haya solucionado el conflicto mediante la firma de la Convención o el pacto o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso”.

S^j

En la sentencia de 28 de agosto de 2003, radicación 20155, se dijo: “La norma bajo estudio (refiriéndose al artículo 25 del Decreto 2351 de 1965), tal como lo determinó esta Sala en sentencia de octubre 5 de 1998, contiene una verdadera prohibición para el empleador y es la relacionada con despedir sin justa causa a partir del momento de serle presentado el pliego de peticiones, a cualquiera de los trabajadores que lo hubieren hecho, es decir, a los miembros del sindicato si es este el que lo presenta o a los que figuren expresamente en la lista correspondiente cuando lo hace un grupo de trabajadores no sindicalizados. “El objeto de tal prohibición, que por tal razón se extiende ‘durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto’, es el de procurar la intangibilidad de estos trabajadores con el fin de que no resulten afectados por medidas que pueden tener contenido retaliativo, y así mismo, la de evitar que se afecten las proporciones entre trabajadores vinculados o no al conflicto,

para impedir que de tal forma se generen cambios en las mayorías, que habrán de ser muy importantes al momento de tomar determinaciones sobre el objetivo del conflicto, como puede suceder cuando haya que decidir entre la huelga y el arbitramento, o en el momento de solicitarse este último iniciada ya la suspensión de actividades, como también puede resultar importante la proporción de sindicalizados frente al total de los trabajadores de una determinada empresa, pues ello puede determinar la eventual extensión de los beneficios que lleguen a quedar plasmados como resultado del conflicto colectivo.

Para responder el primer problema jurídico, de si existe fuero circunstancial para el trabajador oficial, en la sentencia 226 del 11 de agosto de 2004, M. P. Carlos Isaac Náder, se dijo:

Así las cosas, para la Sala resulta claro que la normatividad acusada (artículo 25 del decreto 2351 de 1965) no hace parte del primer libro del Código Sustantivo del Trabajo, que regula las relaciones de trabajo de carácter individual de los trabajadores particulares, sino que integra el compendio de normas de derecho laboral colectivo, que desde luego sí se aplican a los trabajadores oficiales.

Más aún, frente a este específico tema de la aplicación del fuero circunstancial a los trabajadores oficiales, la Corte de manera clara y categórica desde el año de 1982 en la sentencia del 26 de octubre de esa anualidad, definió a favor de tales servidores su aplicabilidad, providencia que fue citada y reproducida más recientemente el 5 de octubre de 1998 (Radicación 11017). (...)

Refuerza la conclusión anterior lo dispuesto en el inciso final del artículo 36 del Decreto 1469 de 1978, en el sentido de que la protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, no se aplica a los **empleados públicos** sujetos a estatuto especial, luego si el legislador de manera expresa excluyó de esta protección a los empleados públicos, era para significar que los trabajadores oficiales, por el contrario, sí son beneficiarios de la misma.

Para responder el segundo problema jurídico, de si existe fuero circunstancial para un trabajador del nivel directivo, en la sentencia 26726 del 11 de mayo de 2006¹⁶, se dijo:

“De otra parte, no puede perderse de vista que en términos generales, en una organización empresarial hay varias clases de servidores, por ejemplo, de un lado, un nivel directivo que desarrolla, ejecuta y lleva adelante las políticas de la empresa

16 M. P. Luis Javier Osorio López.

bajo una cabeza visible, cuyos integrantes tienen poder de subordinación y de representación de la empresa que conlleva a su vez la posibilidad de comprometer los intereses de la misma frente a cualquier persona, y otro nivel que está integrado por trabajadores que naturalmente no tienen esa capacidad de representación y compromiso del empleador y solamente realizan una actividad concreta planificada y organizada previamente por el nivel primeramente señalado. Sobre el particular, la Corte Suprema, en sentencia del 1º de junio de 1954, sentó la siguiente orientación:

“Los cargos de dirección se caracterizan porque quienes los desempeñan: a) Actúan en función no simplemente ejecutiva, sino conceptiva, orgánica y coordinativa, múltiple, esencialmente dinámica que persigue el desarrollo y buen éxito de la empresa o servicio considerado como abstracción económica o técnica, a diferencia del trabajo ordinario que no lleva sino su propia representación y cuya labor se limita a la ejecución concreta de determinada actividad dentro de los planos señalados de antemano por el impulso directivo; b) Ocupan una posición especial de jerarquía en la empresa o servicio con facultades disciplinarias y de mando sobre el personal ordinario de trabajadores y dentro de la órbita de la delegación, jerarquía que por regla general coincide con el alto rango del cargo, pero sin que esta coincidencia sea forzosa o esencial, pues el criterio no es formal sino sustancial y por lo tanto, se estructura únicamente sobre la naturaleza de la función que realice el trabajador... c) Obligan al patrono frente a sus trabajadores, según lo preceptuado por el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo; d) Están dotados de determinado poder discrecional de autodecisión cuyos límites resultan de la ubicación que ocupen en la escala jerárquica o, en último término, de la voluntad superior del empleador; e) Cuando la gestión no es global, son elementos de coordinación o enlace entre las secciones que dirigen y la organización central; f) Finalmente, y por todo lo anterior, constituyen un tipo intermedio de trabajador entre el patrono a quien representan y el común de los demás asalariados. En esta categoría y como ejemplos puramente enunciativos, están incluidos los gerentes, administradores, mayordomos, capitanes de barco, etc.

En esas condiciones, la señalada protección del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 tiene como destinatarios específicos a los trabajadores comunes y ordinarios de una empresa, entendida esta como una unidad de explotación económica,

y no aquellos que por su cargo y jerarquía se confunden con el empleador mismo en tanto ostentan un poder de dirección y mando que lo comprometen, confundiendo sus intereses personales con los de la organización. Permitir a estos que a través del conflicto colectivo económico puedan mejorar sus condiciones de trabajo, sería tanto como permitir que fueran juez y parte y se aprovecharan en beneficio propio de sus especiales ubicaciones dentro de la escala jerárquica de la empresa, lo cual es contrario a la moral y a la ética."

Co

En conclusión el fuero circunstancial cobija a los trabajadores privados o públicos, afiliados a un sindicato y a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, y aunque la ley no excluye a ningún trabajador, a nivel jurisprudencial, no son beneficiarios de este fuero, los trabajadores de dirección, confianza o manejo, en el caso propuesto, el actor era un alto directivo representante de la empresa y por tanto con intereses en contraposición con los suyos propios.

En los procesos judiciales serán las circunstancias de cada caso las que determinen, si existen intereses encontrados o no, dado que en el papel, un empleado puede ser considerado como alto directivo y en realidad no lo sea, por cuanto sus funciones indican otra cosa.

Igualmente, el fuero circunstancial incluye a los trabajadores que se afilan al sindicato durante el conflicto colectivo, según lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 28 de febrero de 2007, radicado 29.081, M.P. Luis Javier Osorio López.

T
C

El amparo del fuero circunstancial

Jorge Ruiz, trabajador de una empresa privada, se le comunicó el 30 de enero su despido a partir del 1º de febrero, el cual se hizo efectivo. El 31 de enero, el sindicato del cual es afiliado, presentó el pliego de peticiones a la Dirección Regional del Trabajo del Ministerio de Protección Social, con la correspondiente denuncia. Solicita que se declare la nulidad del despido y por ende se le reinstale en su anterior puesto de labor.

Pj

¿El fuero circunstancial ampara el despedido comunicado antes de la presentación del pliego?

N

Artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 reza: “Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”

Artículo 36 del Decreto 1469 de 1978, reza: “La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un Sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador, hasta cuando se haya solucionado el conflicto mediante la firma de la Convención o el pacto o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso”.

Sj

En la sentencia radicada con el N° 20.155 del 28 de agosto de 2003, M.P. Germán Valdés Sánchez, se afirmó:

“Lo anterior significa que la prohibición contenida en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 se dirige a la intención del empleador de prescindir de los servicios de su trabajador y por tanto, dentro del marco de esta norma, hay que mirar el momento en que tal intención se materializa, que por tanto, no puede ser otro que aquel en el que se adopta la decisión correspondiente, independientemente del momento en que habrá de tener operatividad o eficacia. Más clara resulta aún esta comprensión si se le enfrenta al que antes se identificó como el objetivo de la protección que trae la norma durante el curso del conflicto colectivo, pues lo que se busca es controlar un elemento intencional negativo, el de afectar la negociación colectiva, lo cual solo se puede materializar con un conocimiento previo de la iniciación del proceso consecuente.

Es cierto que se puede argumentar, como lo hace el cargo, que el empleador conoce, al menos aproximadamente, el momento en el que habrá de serle presentado el pliego de peticiones, pero tal argumento no puede oponerse al raciocinio antes expresado como marco interpretativo del citado artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, pues ello podría conducir a retrotraer el efecto de la protección hasta un momento indeterminado, en forma contraria a lo delineado por la norma que lo ubica explícitamente en la presentación del pliego de peticiones, de modo que si antes de tal hecho el empleador despidie injustamente con el ánimo de afectar el proceso de negociación, si bien la acción es reprochable,

no puede ser ubicada dentro del amparo que contiene la disposición bajo estudio.

Lo expuesto lleva a diferenciar el momento en que se materializa la decisión unilateral de despido correspondiente, de aquel en que produce sus efectos y en consecuencia se termina el contrato de trabajo. Uno y otro acto son distintos, pues al último se puede llegar por distintos modos, pero el primero corresponde solamente a uno de ellos, en el que la toma de la decisión y el momento en que produce efectos se puede deslindar, hasta el punto de prever la misma ley algunas situaciones de despido en que entre el momento en que se toma y comunica la determinación y el en que termina el contrato, debe mediar un tiempo, como ocurre cuando se impone un preaviso, que es una figura que inclusive también existe legalmente para el caso en que la decisión unilateral la adopta el trabajador, al cual se le facultó para anunciar anticipadamente el momento de efectividad de su renuncia con el fin de que no se viera obligado a indemnizar, previsión que aún aparece explícita en la ley (artículo 5º del Decreto 2351 de 1965) a pesar de las modificaciones introducidas por la Ley 789 de 2002 al artículo 6º de la Ley 50 de 1990. En la misma providencia existe un salvamento de voto de los magistrados Luis Gonzalo Toro Correa y Luis Javier Osorio López, que para los efectos del ejercicio, es deber mencionar:

“Nuestra posición corresponde a la interpretación fiel que debe darse al contenido de los artículos 25 del Decreto 2351 de 1965 y 36 del Decreto 2351 de 1965 y 36 del Decreto reglamentario 1469 de 1978, según los cuales el legislador tuvo como objetivo proteger a los trabajadores durante el desarrollo del conflicto colectivo, brindándoles plena estabilidad laboral y de este modo garantizándoles el derecho de negociación colectiva.

En consecuencia y como compendio de lo dicho lo que corresponde examinar al juzgador acorde con los términos de tales artículos, no es el momento en que se le comunica al trabajador el despido, sino aquel en que se producen sus efectos, de forma tal que si estos acaecen después de que se ha suscitado el conflicto colectivo, es claro que cualquier despido que se materialice durante su vigencia, será nulo”.

Co

Dos posiciones encontradas en la sentencia, obligan a que el Juez discrimine muy bien en cada caso judicial, las circunstancias de tiempo, modo y lugar además de definir si hay que tener en cuenta la intencionalidad del empleador o

T
C
Pj
N
Sj

ALGUNOS ASPECTOS DEL FUERO SINDICAL Y EL FUERO CIRCUNSTANCIAL

si por el contrario solo se debe atender al momento exacto del despido, para determinar si cubría el fuero circunstancial o no.

¿Desde cuándo opera el fuero circunstancial?

Uriel Sánchez, trabajador oficial de una empresa de servicios departamentales, fue despedido sin justa causa el 11 de septiembre de 2007, a pesar de ser beneficiario de la convención colectiva de trabajo con vigencia 2005-2007 y que vencía el 24 de noviembre, por tanto sostiene que está protegido por el fuero circunstancial debido a que el sindicato había presentado el pliego de peticiones el día 18 de agosto de 2007, el que concluyó con la firma de la convención colectiva de trabajo el 18 de diciembre del mismo año. Por lo anterior exige el reintegro a su cargo.

¿Puede el sindicato presentar el pliego de peticiones y la respectiva denuncia antes de los 60 días exigidos en el artículo 478 del C.S.T. e iniciar la protección del fuero circunstancial?

El Artículo 478 del C.S.T. y de la SS, reza:

Prórroga automática. *“A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación”.*

El artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 reza:

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

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, radicada con el N° 23538 de 16 de julio de 2004, M.P. Eduardo López Villegas, reza:

Conviene al respecto precisar la doctrina de la Sala sobre el lapso en el que se ha de obrar el fuero circunstancial.

En sentencia del 20 de mayo de 2003, Radicación 19449, dijo la Sala: “*El criterio actual de la Sala sobre protección en caso de conflicto colectivo dispuesto por el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 y 36 del Decreto 1469 de 1968, es el expuesto en la sentencia 16749 del 24 de octubre de 2001, con reiteración en la 18969 del 20 de noviembre de 2002 y 19170 del 11 de diciembre de 2002, en cuanto a que la garantía foral se extiende desde la iniciación del conflicto colectivo con presentación del pliego de peticiones hasta la solución del mismo con la firma del acuerdo colectivo de trabajo, llámese convención o pacto o la ejecutoria del laudo arbitral según sea el caso.*”

Esta formulación general se ha de concordar con lo sostenido por la misma Sala en sentencia del 11 de diciembre de 2002, radicación 19170, en los siguientes términos:

“*Dicha exégesis resulta inobjetable, pero únicamente en aquellos trámites en que el conflicto se desenvuelve normalmente, con pleno cumplimiento por las partes negociadoras tanto de las etapas respectivas como de los términos y plazos en la legislación laboral para cada una de ellas.*”

“*Esta prevención doctrinaria tiene cabal aplicación para cuando el trámite y plazos desatendidos afectan la capacidad del pliego de peticiones de generar un conflicto colectivo, como en el sub lite, cuando su presentación se hace el 18 de agosto antes de que comience a correr el término previsto en el artículo 478 del C.S.T. para formular la denuncia de la convención colectiva, sin la cual, se ha de entender obra plenamente el acuerdo colectivo, en especial en lo que concierne a su vocación a mantener la paz laboral por el tiempo pactado para su vigencia.*”

Co

En el caso objeto de estudio, se debe concordar el artículo 25 del Decreto ley 2351 de 1965 con el artículo 478 de la CST y de la SS, para poder determinar que la convención colectiva 2005/2007 estaba vigente hasta el 24 de noviembre de 2007 y la presentación del pliego de peticiones por parte del sindicato fue el 18 de agosto de 2007, fecha para la cual no existía conflicto, dado que este solo debía empezar el 24 de septiembre, es decir 60 días antes al vencimiento de esta, que como se dijo antes era el 24 de noviembre de 2007 y el despido del demandante se realizó el 11 de septiembre de 1999, no lo cubría el fuero circunstancial. La postura contraria conllevaría a que un sindicato si lo quisiese presentase el pliego de

peticiones con 6, 7 meses de anticipación y pretendiera que los trabajadores están bajo la protección del fuero circunstancial.

T
C

Terminación anormal del Fuero Circunstancial

Una trabajadora oficial de una ESE laboró hasta el 12 de febrero de 2000; cuando fue despedida en forma unilateral y sin justa causa por parte de la entidad demandada, por efectos de una reestructuración de la planta de personal; se encontraba afiliada a la organización sindical que agrupa mayoritariamente a los trabajadores de la ESE. A la fecha del despido de la actora, existía un conflicto colectivo de trabajo entre el demandado y la organización sindical, a raíz del pliego de peticiones presentado desde el 23 de marzo de 1999 (casi un año transcurrió entre la presentación y el despido de la trabajadora). Solicitud el reintegro por efectos del fuero circunstancial, por no haber terminado la negociación colectiva.

N

Artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 reza: *“Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”*

Pj

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia bajo el radicado N° 23843 del dieciséis (16) de marzo de dos mil cinco (2005), M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, se pronunció: *“Se exhibe palmar que la duración de los distintos períodos a que está sometido el conflicto colectivo de trabajo no puede quedar liberada al antojo y gusto de las partes ni al simple capricho de las autoridades del trabajo.*

La observancia estricta y cabal de los períodos y términos del conflicto es la única senda válida para que aquel atraiga el amparo legal y se haga digno de la protección de las autoridades e inclusive del respeto del empleador.

Por lo tanto, el menosprecio de esos plazos legales perentorios origina una anomalía en el trámite del conflicto, puesto que vienen ellos consagrados en disposiciones de auténtica estirpe de orden público, cuyo cumplimiento es ineludible y obligatorio, sin que las partes involucradas ni los funcionarios públicos puedan soslayarlos o dejar de acatarlos.

De conformidad con el anterior discernimiento de la Corte, si el sentido de la protección en comento es el de permitir a los trabajadores el libre ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva, forzoso resulta concluir que esa garantía pierde sentido cuando el proceso de negociación se halla estancado por un período prolongado y, a pesar de contar con los mecanismos legales para impulsarlo, no existe por parte de quienes lo promovieron el interés por culminarlo luego de que no fue posible el acuerdo con el empleador en la etapa de arreglo directo, ya sea insistiendo en la composición amigable del diferendo o adelantando las etapas establecidas en la ley para su cabal solución, esto es, con la declaratoria de la huelga cuando ello es legalmente posible o con la solicitud de constitución de un tribunal de arbitramento.

En términos similares lo explicó la Corte en sentencia de 11 de diciembre de 2002, Rad. 19170, ratificado en fallo de 7 de octubre de 2003, Rad. 20766, al decir:

“Ciertamente el artículo 36 del Decreto 1469 de 1978 estipula que la protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 se inicia con la presentación del pliego de peticiones al empleador y termina cuando se ha solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral.

“Una interpretación literal, gramatical o exegética de ese texto puede llevar a aseverar, como de suyo lo hace el recurrente, que en todos los casos y circunstancias en que se presente un pliego de peticiones al empleador empieza a regir el denominado fuero circunstancial, el cual sólo se extingue cuando se firma la convención o el pacto colectivo, o queda en firme el laudo arbitral, si fuere el caso; según dicho entendimiento, entonces si no se presenta ninguna de estas últimas hipótesis, el conflicto sigue latente y la protección foral se perpetúa y continúa surtiendo todos sus efectos.

“Dicha exégesis resulta inobjetable, pero únicamente en aquellos trámites en que el conflicto se desenvuelve normalmente, con pleno cumplimiento por las partes negociadoras tanto de las etapas respectivas como de los términos y plazos establecidos en la legislación laboral para cada una de ellas.

“Empero, si hay incumplimiento de alguno de esos pasos y ello por su gravedad hace imposible la continuación del curso normal del trámite del diferendo, naturalmente no puede suponerse que el conflicto sigue existiendo y de paso

también la protección foral, mucho menos si aquella situación se produjo en virtud de un acto administrativo proferido por la autoridad del trabajo, que se presume legal y válido mientras no sea anulado o suspendido por la jurisdicción contencioso-administrativa, y además una de las partes no muestra interés en sanear la irregularidad en que la otra ha incurrido ni en zanjar las diferencias por el mecanismo de la autocomposición.

Co

La protección del fuero circunstancial, solo es entendible en los términos legales del conflicto colectivo de trabajo, por ello en el ejercicio propuesto donde han transcurrido mas de 11 meses de conflicto, sin que se haya continuado con la etapa de huelga o el tribunal de arbitramento, no puede la asociación sindical pretender esta protección, frente a su propia incuria, verbigracia el no volver a la mesa de negociaciones, pretextando unas condiciones de negociación. Lo anterior no es óbice para que el funcionario o la funcionaria judicial, determine las circunstancias particulares del estancamiento del conflicto, para determinar si continúa el fuero para los trabajadores.

T
C

¿Sobre qué tema se debe pronunciar el juez, en el proceso de fuero sindical

El Juez laboral del circuito, en el proceso especial de fuero sindical, resuelve no ordenar el reintegro del trabajador aforado, por cuanto a pesar de no existir permiso judicial para despedir, observa que sí existió justa causa de despido. Se presenta acción de tutela por considerar que el administrador de justicia no tuvo en cuenta que no existió levantamiento del fuero sindical.

Pj

¿Puede el juez laboral en un proceso especial de fuero sindical, analizar la legalidad del despido?

Art. 408 modificado por el Decreto 204/57, art. 7º, reza:

“Contenido de la sentencia. El juez negará el permiso que hubiere solicitado el patrono para despedir a un trabajador amparado por el fuero sindical, o para desmejorarlo, o para trasladarlo si no comprobare la existencia de una justa causa. Si en el caso de que trata el inciso primero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo se comprobare que el trabajador fue despedido sin sujeción a las normas que regulan el fuero

N

sindical, se ordenará su reintegro y se condenará al patrono a pagarle, a título de indemnización, los salarios dejados de percibir por causa del despido.

Igualmente, en los casos a que se refiere el inciso tercero del mismo artículo, se ordenará la restitución del trabajador al lugar donde antes prestaba sus servicios o a sus anteriores condiciones de trabajo, y se condenará al patrono a pagarle las correspondientes indemnizaciones.

Sj

En la sentencia T-029 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis, se afirmó:

“Incurre en vía de hecho el juez laboral que se pronuncia acerca de la legalidad del despido o de la desmejora de las condiciones laborales del trabajador aforado, al resolver una acción de reintegro por fuero sindical, porque, de conformidad con lo reglado en el artículo 29 de la Carta, nadie puede ser juzgado sino por juez competente, con observancia de las formas propias de cada juicio, y las acciones de permiso y reintegro reguladas en los artículos 113 y siguientes del Código Procesal del Trabajo, dada su especialidad, no pueden ser utilizadas sino conforme la finalidad indicada en la ley.

“Esta distinción entre el objeto de cada uno de los dos procesos resulta fundamental, pues si el juez que conoce la acción de reintegro por fuero sindical entra a calificar directamente la legalidad del despido, o del retiro del servicio, y no se pronuncia sobre el incumplimiento del requisito de la solicitud judicial previa, dicha garantía no tendría ningún sentido. En tal caso, el empleador podría despedir o retirar del servicio libremente al trabajador aforado, sin que ello comportara ilegalidad alguna.

En esa medida, el desconocimiento del objeto de cada uno de los procedimientos implica una vulneración del derecho al debido proceso. En efecto, conforme lo establece el artículo 29 de la Constitución, “nadie podrá ser juzgado sino ... con observancia de las formalidades propias de cada juicio”. Así, si en la sentencia que finaliza el procedimiento especial de acción de reintegro, el juez se pronuncia acerca de la legalidad del despido o el retiro del servicio, se produce un desfase entre la decisión adoptada y el procedimiento surtido. Un ejemplo de dicha situación se ve claramente cuando el trabajador, a pesar de creerlo, no está realmente cobijado por el fuero sindical, pero ha sido despedido de manera ilegal. Si el juez se pronuncia acerca de la legalidad del despido en la acción de reintegro, estaría profiriendo una decisión que puede

desmejorar la situación procesal del demandante, en la medida en que el demandado puede alegar la existencia de una cosa juzgada cuando intente nuevamente la demanda para obtener un pronunciamiento sobre la ilegalidad del despido. En ese caso, el procedimiento mediante el cual se debe establecer la ilegalidad del despido o del retiro no es el procedimiento especial y expedito de diez (10) días de la acción de reintegro, sino un proceso ordinario laboral o, en otros casos, una acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

C

No es de poca ocurrencia en la actividad judicial, que se confunda por parte del juzgador, estos dos análisis, resolviendo el proceso especial de fuero sindical de reintegro, argumentando la legalidad del despido, cuando lo que se debe determinar es si el trabajador estaba aforado y si el empleador tenía autorización judicial para despedir, de lo contrario se debe reintegrar e indemnizar.

T

El reintegro de un trabajador aforado en una empresa en liquidación

C

El Juez laboral del circuito, pese a que el empleador no solicitó permiso previo para despedir el trabajador protegido por fuero sindical, se abstiene de reintegrarlo, por cuanto la empresa se encuentra en liquidación. El trabajador acude a la acción de tutela para que se le restaure su derecho por violación del debido proceso.

Pj

¿Puede el Juez laboral, ordenar el reintegro de un trabajador aforado, pese a la liquidación de una empresa?

N

Art. 408, Modificado por el Decreto 204/57, art. 7º, reza: **“Contenido de la sentencia. El juez negará el permiso que hubiere solicitado el patrono para despedir a un trabajador amparado por el fuero sindical, o para desmejorarlo, o para trasladarlo si no comprobare la existencia de una justa causa.**

Si en el caso de que trata el inciso primero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo se comprobare que el trabajador fue despedido sin sujeción a las normas que regulan el fuero sindical, se ordenará su reintegro y se condenará al patrono a pagarle, a título de indemnización, los salarios dejados de percibir por causa del despido.

Igualmente, en los casos a que se refiere el inciso tercero del mismo artículo, se ordenará la restitución del trabajador al lugar donde antes prestaba sus servicios o a sus anteriores condiciones de trabajo, y se condenará al patrono a pagarle las correspondientes indemnizaciones.”

El artículo 118, modificado por la Ley 712/2001, art. 48 preceptúa:

“Demanda del trabajador: La demanda del trabajador amparado por el fuero sindical, que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes.

Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección, se presume la existencia del fuero del demandante.”

Sj

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 21 de octubre de 1985, M.P. José Eduardo Gnecco Correa, señaló:

“...dice el artículo 7º del Decreto 204 de 1057 que ‘se ordenará su reintegro y se condenará al patrono a pagarle a título de indemnización los salarios dejados de percibir por causa del despido’. Significa que no puede el Juez hacer un ejercicio sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la conveniencia o inconveniencia del reintegro, pues solo está autorizado para hacerlo en el caso del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. En el fuero sindical, lo único que cabe es analizar si hay fuero, si no se solicitó la autorización y si se violó la prohibición del artículo 406, caso en el cual se debe ordenar el reintegro.

Tampoco puede la sala limitar los efectos del reintegro hasta una fecha limitada por la existencia del sindicato o por la existencia del fuero, pues eso tampoco tiene sustento normativo alguno. Las disposiciones que regularon el punto de la liquidación nada dijeron sobre el fuero sindical, razón de más para decir que siguen vigentes para el caso, las disposiciones que la sala aplica”. (...)

Incurre en vía de hecho el juez laboral que, so pretexto de la liquidación o reestructuración de una entidad pública, omite condenar a la misma al reintegro de quienes fueron despedidos o desmejorados sin permiso del juez laboral, porque lo que procede en este caso es ordenar el reintegro y trasladar a la entidad -que haga las veces de la entidad

extinta- la carga de demostrar la imposibilidad de su cumplimiento, a fin de que si el trabajador afectado, así lo considera, pueda contradecir la decisión. (...)

c) Distinta situación se presenta cuando quien no solicitó el permiso, teniendo que hacerlo, promueve la calificación de la causa en proceso separado, luego de haber sido conminado al restablecimiento de las condiciones laborales del trabajador, a fin de poner a consideración del juez la imposibilidad del reintegro; porque “la acción para declarar la existencia de hechos no prescribe (...”, así prescriban “(...) las acciones y derechos que tienen origen en ese presupuesto fáctico, como serían la indemnización de perjuicios, el reintegro del trabajador (...)"¹⁷.

También, la Corte Suprema de Justicia ha encontrado acorde con las disposiciones que protegen la estabilidad de los trabajadores la indemnización o el reintegro, y al respecto ha considerado que es “el Juez del Trabajo [él] obligado a sopesar las circunstancias que objetivamente aparezcan en el juicio, para decidir entre el reintegro o el pago de la indemnización y entre estas circunstancias puede citarse el hecho, siempre que esté probado, de haber desaparecido los empleos”. Dice la Sala en comento:

“El Tribunal no ignoró las disposiciones legales del C.S.T. y los artículos 19 de la Ley 6^a de 1945 y 49 del Decreto 2127 cuando sostuvo que la desaparición de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Neiva hacía imposible el reintegro y cuando sostuvo que debía examinar las circunstancias de aconsejabilidad del reintegro. Tampoco se rebeló contra esos mandatos. Nada muestra en la sentencia que el fallador hubiera desconocido que el régimen individual de los trabajadores oficiales corresponde al expedido con la Ley 6^a de 1945 y con las disposiciones que la reglamentan, reforman y adicionan, y nada muestra en la sentencia que el Tribunal hubiera considerado que el régimen de los trabajadores particulares contenido en el C.S.T. deba ser aplicado a los servidores del Estado. El Tribunal acierta cuando sostiene que el cierre total del lugar donde prestaban el servicio los demandantes hace imposible el reintegro, porque esa es una verdad axiomática. Más aún, para que una obligación exista es necesario que sea física y jurídicamente posible, de manera que una persona no puede obligarse por un acto o declaración

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 21 de octubre de 1985, M.P. José Eduardo Gnecco Correa, radicación 10.842.

*de voluntad a cumplir lo imposible y de la misma manera el juez no puede gravar al demandado, con una decisión judicial suya, a que cumpla un hecho o un acto materialmente imposible. Cuando el hecho debido se torna imposible, la obligación original (de dar, hacer o no hacer) se resuelve en una de indemnizar perjuicios, de modo que lo jurídicamente procedente es la demanda judicial de los perjuicios. Por otra parte, cuando el Tribunal sostiene que el juez del trabajo debe analizar las circunstancias que aparezcan en el juicio para decidir entre el reintegro o el pago de la indemnización y encuentra que la desaparición de la empresa es una de esas circunstancias, aplica principios básicos del derecho común sobre la posibilidad del objeto de toda prestación, pues, como se dijo en el párrafo anterior, no es jurídicamente posible asumir una obligación que tenga por objeto el cumplimiento de un hecho o acto físicamente imposible, ni le está dado al juez hacer cumplir lo que se escapa de las leyes físicas*¹⁸.

d) La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en octubre de 1999 y octubre de 2000, sobre el cumplimiento de sentencias judiciales que ordenaron el reintegro de “trabajadores oficiales en entidades reestructuradas o liquidadas (particularmente con el IDEMA)”, conceptuó “(...) que las entidades deben proferir un acto administrativo, en el cual expongan las causas que hagan imposible el reintegro para el cumplimiento de las sentencias, a la vez reconocer y ordenar el pago de salarios y demás emolumentos legales y convencionales dejados de percibir desde el momento de su despido y hasta la fecha en el que se les comunique a los trabajadores la imposibilidad jurídica del reintegro”¹⁹.

En lo referente a trabajadores aforados a quienes se les va a suprimir el cargo, la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-029 de 2004, ha señalado adicionalmente que:

“...esta Corporación ha encontrado ajustado a derecho el despido de servidores públicos en razón de la liquidación o supresión de entidades públicas, así gocen de fuero sindical, cuando la terminación del vínculo laboral se debe a la

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación 10.157, M.P. Germán Valdés Sánchez, 2 de diciembre de 1997, Ordinario de Álvaro Vargas y otros contra el Municipio de Neiva.

¹⁹ Resolución 00579 de 30 de noviembre de 2000, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, considerando que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, confirmó el fallo que ordenaba el reintegro de Fabio Quimbaya y María Lucía Vargas Zuluaga, al cargo que venían ocupando en el IDEMA (liquidado), y condenó a la entidad demandada a pagar a los nombrados los salarios dejados de percibir a título de indemnización.

*supresión del cargo como consecuencia de la liquidación y supresión de una dependencia que se produce en el marco de un proceso de reestructuración administrativa, pues, en todo caso prevalece el interés general, que efectivamente tiene la colectividad en que haya racionalidad en las plantas estatales de modo que, por esta vía, se racionalice el gasto público y se asegure eficiencia y eficacia en la gestión pública, lo cual es imperioso en situaciones de déficit fiscal y de crisis en las finanzas de los entes territoriales²⁰; pero ha sido enfática en considerar que (...) si bien toda causa legal de retiro del servicio de un servidor público constituye una justa causa, esta no puede ser calificada *motu proprio* por la entidad estatal, sino que en virtud de la garantía constitucional del fuero sindical, se debe solicitar la calificación judicial de esa justa causa, al juez laboral a fin de que se pueda proceder a la desvinculación del servidor público en forma legal”.*

Co

En conclusión en el caso propuesto, el juez deberá ordenar el reintegro del trabajador por no haberse solicitado el levantamiento del fuero sindical, con posterioridad la empresa deberá en otro proceso, demostrar la imposibilidad del reenganche, dando posibilidad al trabajador de contradecir esta afirmación. Si el reintegro no resulta posible, el Juez deberá determinar la indemnización que al trabajador habrá de corresponderle en compensación.

En otras providencias relativas a despidos de personal sindicalizado por efectos de reestructuración de entidades, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la imposibilidad física de acceder al cargo por efectos de su supresión, impide que se produzca el reintegro previsto en la convención colectiva,

20 Sentencia T- 1020 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz, en esta oportunidad esta Corporación negó la acción de tutela instaurada por trabajadores del Municipio de Pitalito, quienes fueron vencidos en acción de levantamiento de fuero sindical, dada la no existencia del fuero, e iniciaron un proceso ordinario con el fin de que se ordenara su reintegro.

No obstante, mediante sentencia T-555 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz, esta Corte negó la acción de tutela instaurada por trabajadores aforados de la Empresa Puertos de Colombia, porque “*la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, al dictar las Sentencias objeto de acusación, bajo el entendido según el cual el artículo 20 transitorio consagró una causal de terminación del vínculo laboral, que no distingue entre trabajadores con fuero o sin él, desarrolló una interpretación constitucional propia del ejercicio de la función judicial; por lo tanto, el criterio utilizado por la Corporación en cuanto a que la terminación de los contratos de los trabajadores oficiales con fuero sindical no requieren calificación legal alguna, en el caso concreto de Colpuertos, pues tanto la ley 1º de 1991 como el decreto 035 de 1992 así lo dispusieron en la medida en que expresamente el legislador señaló que: “la liquidación de la empresa Puertos de Colombia es justa causa para dar por terminados los contratos de trabajo, de conformidad con el artículo 5º literal e) de la Ley 50 de 1990”.*

T
C

Pj
N

verbigracia en la sentencia N° 22977 del 19 de agosto de 2004, en la sentencia del 22 de agosto de 2001 (radicado 16165), en sentencias de fecha 11 de Julio de 1995 (Rad. 7392) y 27 de octubre de 1995 (Rad. 7762).

Justas causas de despido de un empleado público aforado

El Municipio demanda a Gustavo Daza, empleado público de la entidad territorial, para que se levante el fuero sindical de que goza en su condición de presidente de la Junta directiva de la asociación sindical, por cuanto se inició un proceso de ajuste y saneamiento fiscal, que dio lugar a su reestructuración administrativa, con base en un estudio técnico de la planta de personal, que arrojó como conclusiones la necesidad de suprimir algunos cargos de carrera, entre otros el del citado.

¿Es una justa causa, para el levantamiento del fuero sindical del empleado público, la supresión del cargo?

El artículo 39 de la Constitución Política de 1991 dice: *“Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.*

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

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

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

“No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública”.

El artículo 2º de la Ley 712 de 2001 establece:

“Art. 2. La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: “1. ...

“2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral ...”.

El parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 584 de 2000 preceptúa: *“Parágrafo 1º. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración”.*

El artículo 147 del Decreto 1572 de 1998 expresa:

"ART. 147. Para el retiro del servicio de empleado de carrera con fuero sindical, por cualquiera de las causas contempladas en la ley, debe previamente obtenerse la autorización judicial correspondiente".

Sj

a. En la sentencia del 27 de junio de 2003 del Tribunal Superior de Medellín, en el proceso del municipio de Copacabana contra Óscar Humberto Brand Daza, la sala sexta señaló:

Ahora bien, en criterio de la Sala de Decisión, la autorización aquí pretendida no puede concederse. En primer lugar, el tema precisa de mayor reglamentación legal, porque no existe norma expresa que señale cuáles son las causas que dan lugar a autorizar el levantamiento del fuero sindical de un empleado de carrera administrativa.

En segundo término, es bien sabido que el empleado público no está atado a la administración pública por contrato de trabajo, sino por una relación legal o reglamentaria, y que su desvinculación unilateral no tipifica propiamente un despido, y desde esta perspectiva no le son aplicables las normas del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones que lo complementan o reforman, en materia de estabilidad laboral.

Con todo, si en gracia de amplitud se aceptara que esas disposiciones sí son aplicables al caso, aun así la conclusión seguiría siendo la misma, porque la causal que se invoca en la demanda –la supresión del cargo por reestructuración administrativa– (fls. 1 a 2) no encaja dentro de la preceptiva del artículo 410 del C. S. del T., modificado por el artículo 8º del Decreto 204 de 1957. Esta disposición dice:

"Art. 410. Modificado. Decr. 204 de 1957, art. 8. Son justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:

"a) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y

"b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato".

(...)

Desde otro punto de vista, la exigencia de la Sala de Decisión, relativa a que debe existir texto legal expreso que fije las causas o justas causas que dan lugar a desvincular del servicio activo a un empleado público de carrera administrativa con fuero sindical, es completamente pertinente, en aras del principio

de legalidad, porque en una situación como la debatida están en juego valores constitucionales de suma importancia, tales como el derecho al trabajo, el derecho de libre asociación, el principio de estabilidad en el empleo y el debido proceso (C.N. arts. 25, 38, 53 y 23), los cuales resultarían flagrantemente quebrantados si se optara por mantener el fallo impugnado.

b. En el proceso especial de fuero sindical de la E.S.E. Hospital san Rafael de Barrancabermeja contra la empleada pública Marlene Tovar de Moreno, que conoce por efectos de la consulta, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el veintiséis de octubre de 2007, se dijo:

“Y en otro aspecto de interés para el caso que se decide, la liquidación de la empresa está erigida como causal de despido por el artículo 410 del C.S.T.:

“Justas causas del despido. Son justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:

a) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y ...”

(...)

No existe duda alguna hoy, de que el mismo trámite que aquí se adelanta es aplicable tanto al caso de trabajadores y como al de empleados públicos, a partir del proferimiento de la sentencia de constitucionalidad 593 de 1993, mediante la que se declaró inexistente el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo debido a que tal precepto excluía la prerrogativa foral para quienes tenían la calidad de empleados públicos, de manera que es competencia de esta jurisdicción el conocimiento de este proceso especial, en que se depreca levantamiento de fuero sindical y permiso para despedir a empleado público aforado.

En cuanto a la supresión del cargo que desempeña la demandada por liquidación de la Empresa Social del Estado, y que constituye la razón por la que se solicita el levantamiento del amparo foral para proceder a su despido, se tiene que la accionada, conforme a la demanda, se desempeña en el Hospital San Rafael de Barrancabermeja en liquidación, como auxiliar en el área de salud.

De otro lado, el artículo primero del Decreto 00039 de 2007 (fl. 87), por medio del cual se ordenó la supresión y liquidación de la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Barrancabermeja, tiene como consecuencia la terminación

para todos los efectos de la existencia de la Empresa Social del Estado, con las consecuencias inmediatas a la supresión y liquidación de la entidad, como en el mismo Decreto mencionado se indican, de la terminación de los contratos laborales suscritos por la misma, al igual que la terminación de la relación laboral con los empleados públicos de la empresa, y la cesación de la autorización legal conferida a la empresa mencionada, para prestar como tal los servicios de salud. La misma norma en comento determina que para efectos de la desvinculación del personal que goza de la garantía de fuero sindical, el liquidador deberá adelantar los procesos de levantamiento de fuero sindical, es decir, que requiere previo permiso del juez, que es lo que se busca con la acción ejercitada y que en segunda instancia aquí se decide.

No hay duda entonces de que el cargo de la demandada, al igual que el de los demás empleados de la empresa social del estado Hospital San Rafael de Barrancabermeja fue suprimido por la desaparición de la misma, lo que conduce a que se acceda a las pretensiones demandadas. Tal circunstancia no constituye justa causa, pero sí causa legal que habilita el despido, desde luego que mediante indemnización, como en efecto en el caso así lo prevé el Decreto 0039 de febrero 28 de 2007 en los artículos 20 y 21 (f. 94)."

c. La Corte Constitucional refiriéndose al fuero sindical del empleado público ha señalado en sentencia T-076 de 1998:

"3.6. Esta situación desventajosa en que se encontraba el servidor público amparado con una garantía no del todo aplicable, pues la **inexistencia de la calificación judicial previa** para efectuar su despido o su traslado, era en sí misma una desnaturalización de la figura del fuero sindical, por no decir, su negación, cambió substancialmente con la reforma que el legislador introdujo al Código de Procedimiento Laboral, a través de la Ley 362 de 1997, al asignar competencia a la jurisdicción laboral ordinaria para conocer 'de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores... **oficiales y del que corresponde a los empleados públicos...**'".

"3.7. La entrada en vigencia de la mencionada ley –febrero 21 de 1997– trajo dos consecuencias trascendentales: la primera, que la administración para despedir, desmejorar las condiciones laborales o trasladar a un servidor público amparado por fuero sindical, deberá contar con la autorización del juez laboral –**calificación judicial**–. Para ello, será menester agotar el trámite establecido en los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo, que regulan todo lo referente a

esta autorización. La segunda, que el servidor público podrá hacer uso de la **acción de reintegro** que consagra el artículo 118 del mismo código, ante el juez ordinario laboral, cuando ha sido despedido, sus condiciones laborales desmejoradas o trasladado sin la mencionada calificación”²¹.

d. En la sentencia T-1334 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería, señaló: “Respecto de los empleados públicos vinculados por una relación legal y reglamentaria, el legislador no se ha ocupado de señalar en qué eventos existe justa causa, ni en cuáles no sería necesaria la calificación judicial previa, como sí lo ha hecho respecto de los trabajadores vinculados por contrato, por lo tanto, se considera por esta Corporación que de una parte, corresponde al juez laboral calificar si la causal de retiro constituye o no justa causa, calificación que deberá ser debidamente motivada y de otra parte, procede la calificación judicial previa en todos los casos en que se produzca el retiro del servicio, por cuanto la ley en este sentido tampoco ha establecido excepciones.

En el presente caso tenemos que el actor tiene la calidad de empleado público y se encuentra inscrito en carrera administrativa, para cuyo evento, la misma ley consagra en forma expresa la obligación para la entidad estatal de levantar el fuero sindical previamente al retiro del servicio, cuando quiera que se trate de un empleado aforado y sin que se prevea excepción alguna. Es así como el artículo 147 del Decreto 1572 de 1998 reglamentario de la Ley 443 de 1998 establece que “Para el retiro del servicio de empleado de carrera con fuero sindical, por cualquiera de las causales contempladas en la ley, debe previamente obtenerse la autorización judicial correspondiente”. Por lo tanto, no es válida la afirmación del juez de segunda instancia en el sentido de indicar que frente a la causa legal de supresión del cargo no procede la calificación judicial”.

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-593 de 1993, M. P. doctor Carlos Gaviria Díaz, declaró inexequible el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto dicha disposición restringía el fuero sindical para quienes tenían la calidad de empleados públicos. En dicha oportunidad, la Corte puso de presente la necesidad de un desarrollo legislativo que regulara lo referente al fuero sindical de esta categoría de trabajadores, por cuanto en su concepto no eran aplicables los artículos 2º, 113 y 118 del Código de Procedimiento Laboral.

21 Sentencia T-1209 de 2000.

Actualmente no se ha expedido la reglamentación respectiva, por ello obran diferencias entre las distintas sentencias expuestas.

¿Cuándo no es necesario recurrir a autoridad judicial para dar por terminado el vínculo legal y reglamentario de un empleado con fuero sindical?

Un empleado en un cargo de provisionalidad, al presentar el concurso de méritos para dicho cargo, no ocupó el puesto que le permitía su nombramiento, por lo anterior la entidad pública lo retira del cargo. El empleado presenta proceso especial de fuero sindical para su reintegro, por no haberse levantado el fuero sindical que lo protegía.

¿Debe la entidad estatal iniciar proceso de levantamiento de fuero sindical del empleado en provisionalidad, para retirarlo del cargo?

El artículo 39 de la Constitución Política de 1991 dice: "... *Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.* *No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.*".

El artículo 2º de la Ley 712 de 2001 establece: "Art. 2º. *La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:* "1. ...

"2. *Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral ...*".

El parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 584 de 2000 preceptúa:

"Parágrafo 1º. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración".

El artículo 147 del Decreto 1572 de 1998 expresa:

"Para el retiro del servicio de empleado de carrera con fuero sindical, por cualquiera de las causas contempladas en la ley, debe previamente obtenerse la autorización judicial correspondiente".

El artículo 24 del Decreto 760 de marzo 17 de 2005 reza:

T
C
PJ
N

“No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

- 24.1. Cuando no superen el período de prueba;*
- 24.2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él;*
- 24.3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito”.*

Sj

En la Sentencia C-381 de 2000, M.P Alejandro Martínez Caballero, se señaló: *“el fuero sindical en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, es un mecanismo establecido primariamente a favor del sindicato, y solo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. O, por decirlo de otra manera, la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos”*. En la Sentencia C-1119/05, la Corte Constitucional, analizando el artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005 *“Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones”*, afirmó:

5.1. Aparentemente de los cargos planteados en la demanda se podría deducir la presencia de un conflicto entre dos normas de rango constitucional: por un lado, el reconocimiento constitucional de la garantía foral a los representantes sindicales; y, por el otro, el cumplimiento del mandato constitucional de que todos los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, como regla general. No obstante, no existe tal conflicto, pues se trata de derechos constitucionales plenamente diferenciados y diferenciables. Como se ha señalado en esta sentencia, la garantía del fuero sindical, elevada a rango constitucional por el Constituyente de 1991 (CP. art. 39), ha sido instituida para amparar el derecho de asociación. Se trata de un mecanismo que ha sido establecido primariamente a favor del sindicato, y de manera secundaria para amparar el derecho a la estabilidad laboral de los representantes sindicales, a fin de que con el retiro injustificado de los mismos no se afecte la acción de los sindicatos por reducción del número mínimo establecido por la ley para su constitución. Se trata entonces, como bien lo

afirma la Vista Fiscal, de una garantía constitucional que surge con posterioridad a las relaciones individuales de trabajo y, por ende, a la naturaleza misma de los cargos o contratos laborales, circunstancia esta que define la aplicación de la garantía foral en los eventos de un despido unilateral por parte del empleador. De ahí, que la ley exija para el retiro del servicio de los trabajadores amparados con el fuero sindical, la calificación judicial previa por la existencia de una justa causa. Con todo, por ministerio de la ley (C.P.L. art. 411), existen circunstancias en las cuales no se requiere autorización judicial previa para dar por terminado el contrato de trabajo de trabajadores aforados. Ello se presenta cuando se trata de contratos de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento o por sentencia de autoridad competente. Tratándose de la accidentalidad, ocasionalidad o transitoriedad de un trabajo, no se contraviene la finalidad misma del fuero sindical, por cuanto las modalidades mismas de ese trabajo no constituyen de por sí garantía de permanencia para quien en ese momento es sujeto activo del mismo. Siendo ello así, mal se puede predicar estabilidad cuando la misma ley la ignora en esas circunstancias específicas.

5.2. (...)

El nombramiento de cargos en provisionalidad se caracteriza por su temporalidad o transitoriedad, hasta tanto puedan ser provistos en propiedad con quienes hayan superado el proceso de selección. Es decir, se trata de un vínculo destinado a desaparecer una vez se cumplan las situaciones objetivas que permiten al nominador llenar las vacantes transitorias con quienes hayan superado el concurso en estricto orden de méritos. Con ello, se da cumplimiento a las finalidades de la carrera administrativa, esto es, garantizar el ingreso y permanencia al servicio público de las personas más calificadas para desempeñar la función que se les asigna, atendiendo para ello los principios que la orientan, como el mérito y la igualdad de oportunidades. (...)

Siendo ello así, en el artículo 24 cuestionado se dispuso por el legislador habilitado que quien se encuentre desempeñando un empleo de carrera en carácter provisional, pueda ser retirado del servicio a pesar de estar amparado con la garantía del fuero sindical, sin que tenga que mediar para ello autorización judicial en los eventos contemplados en la norma acusada, esto es, cuando no sea superado el período de prueba por obtener calificación insatisfactoria, según lo

previsto por el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, como ya se vio; cuando el empleado no participe en el concurso público de méritos para proveer los empleos que estén siendo desempeñados en provisionalidad; o cuando a pesar de haber participado en el concurso, no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de méritos. Existe pues una relación directa entre el retiro del servicio en estos casos, con el proceso de selección para cargos de carrera administrativa cuya competencia es del resorte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes (CP. art. 125).

Recuérdese que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos. Así las cosas, en las circunstancias previstas por el artículo 24 del Decreto ley 760 de 2005 la desvinculación del trabajador se da por mandato constitucional y legal y no por despido o decisión unilateral del nominador. En efecto, una de las causales del retiro del servicio es la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, como lo dispone el artículo 125 de la Ley Fundamental, que se da cuando no se supere el período de prueba; y las otras dos causales, por no participar en el concurso o por el hecho objetivo de no alcanzar los puntajes requeridos en el mismo para adquirir la vocación de ser nombrado en período de prueba en estricto orden de méritos. El despido del trabajador sin calificación judicial previa, que desempeña el cargo en provisionalidad y se encuentra amparado con el fuero sindical ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación, en los cuales se ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero,

pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicen de una definición legal de carácter general, como lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección²². Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser precedido de un acto administrativo motivado²³ que pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos”.

CO

En conclusión a nivel de trabajadores particulares y con base en el artículo 411 del C.S.T. y de la SS, no se requiere autorización judicial previa, para dar por terminado el contrato de trabajo de trabajadores aforados, esto es, cuando se trata de contratos de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento o por sentencia de autoridad competente. En el sector público no se requiere autorización judicial previa, para el empleado que desempeña un cargo en provisionalidad y no haya superado el período de prueba, cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él y cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

22 Cfr. T-1164/01, T-002/02, T-746/03, entre otras.

23 El Decreto 1227 de 2005, “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto ley 1567 de 1998”, consagra en el artículo 10 la obligatoriedad de motivar la resolución de los nombramientos en encargo o provisionalidad.

UNIDAD 3

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Q
g

Fortalecer los conocimientos y competencias que los jueces y juezas, magistrados y magistradas tienen sobre la negociación colectiva de los trabajadores particulares, oficiales y los empleados públicos, en aras a que decidan los procesos judiciales y las acciones de tutela adecuadamente.

O
e

Con el presente capítulo se pretende:

1. Determinar cuáles normas internacionales, preceptos constitucionales y legales tratan de la negociación colectiva.
2. Estudiar cuáles son las etapas de la negociación colectiva.
3. Analizar las distintas jurisprudencias de la Corte Constitucional y los organismos de control de la OIT, sobre la negociación colectiva.
4. Informar sobre las distintas negociaciones colectivas que sobre empleados públicos se han realizado en Colombia.
5. Determinar las diferentes posiciones doctrinales acerca de la posibilidad de la negociación colectiva en Colombia.

3.1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESDE EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Una de las expresiones de la libertad sindical es la negociación colectiva, por ello la OIT fomenta con ahínco la misma, a través de los convenios y recomendaciones, pues a través de la negociación se pueden canalizar los conflictos inherentes entre el empleador y los trabajadores y la mejor manera de solucionarlos.

Los convenios y recomendaciones de la OIT que se refieren al tema son:

El **Convenio 98** (1949) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, normas dirigidas a estimular y fomentar la negociación colectiva para regular las condiciones de empleo, la parte medular dice:

UNIDAD 3

Artículo 4

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

Artículo 5

1. La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía.

2. De acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un Miembro no podrá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes, que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía las garantías prescritas en este Convenio.

Artículo 6

El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la Administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto.

El **Convenio 151** (1978), sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, en sus artículos 7 y 8 reza:

Parte IV. Procedimientos para la Determinación de las Condiciones de Empleo

Artículo 7

Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

Parte V. Solución de Conflictos

Artículo 8

La solución de los conflictos que se plantea con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos

independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.

El **Convenio 154** (1981), sobre la negociación colectiva, define la negociación colectiva precisando la titularidad del derecho y su contenido y dispone las medidas necesarias para fomentarla. Señala que

“Artículo 2

A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de

- a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o*
- b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o*
- c) Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.”*

La **Recomendación 91** (1951), sobre los contratos colectivos, se ocupa de la definición, efectos, extensión, interpretación y control de los convenios colectivos, así como del procedimiento.

La **Recomendación 92** (1951), sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, apoya la negociación colectiva a través de los medios extrajudiciales de solución de conflictos.

La **Recomendación 163**, complementaria del convenio 154, desarrolla las medidas necesarias para fomentar la negociación colectiva.

El doctor Alfredo Villavicencio Ríos²⁴ señala los principios generales de la negociación colectiva:

“El derecho de negociación colectiva exige, en primer lugar, que esta sea realizada de buena fe, y este principio de negociar de buena fe es fundamental en el ámbito de la OIT porque supone la obligación de reconocer al interlocutor sindical cuando este es auténtico y representativo, no pudiendo la contraparte negarse a negociar con una organización sindical que lo sea. Supone, además, que las partes deben desarrollar las negociaciones de manera verdaderamente constructiva, con la finalidad de arribar a un convenio colectivo, lo que implica

²⁴ Villavicencio Ríos, Alfredo. La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: Sindicación, Negociación Colectiva y Huelga. Bogotá, 2008.

UNIDAD 3

evitar todo tipo de retraso injustificado, y supone también el respeto de los compromisos asumidos (Recopilación de 1996, párrafos 814-818).

También, hay que resaltar las exigencias referidas al principio de autenticidad de los sindicatos para que puedan cumplir a cabalidad con sus objetivos de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

Además, la negociación colectiva debe ser libre y voluntaria, lo que significa que debe ser llevada a la práctica por los sujetos colectivos sin imposición por parte del Estado. En tal contexto, el establecimiento legal de un deber de negociar (no de convenir) podría estar reñido con la regulación internacional; sin embargo, el grado de voluntariedad debe matizarse a la luz de los condicionantes derivados de la buena fe en la negociación colectiva que indican que los empleadores deban entablar negociaciones con las organizaciones sindicales representativas. Así, la propia Recomendación 163 dispone que deberán adoptarse las medidas adecuadas para que las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores sean reconocidas a los efectos de la negociación colectiva (punto 3.a).

El tema más relevante en este campo es el del establecimiento del nivel de negociación, respecto del cual la OIT ha previsto que estas deben poder desarrollarse en cualquier nivel, agregando que en los países en que la negociación colectiva se desarrolle en varios niveles, las partes negociadoras velan por una articulación entre ellos (punto 4 de la Recomendación 163). En este marco, cualquier imposición legal de un determinado nivel negocial contraviene las normas adoptadas por la OIT.

Finalmente, en el campo de la negociación libre y voluntaria, se señala que el recurso a la conciliación o al arbitraje para apoyar en la solución de una negociación colectiva concreta están permitidos e incluso son deseables si se ponen en marcha a partir del pedido de ambas partes. Luego veremos las excepciones a la voluntariedad en este terreno.”

Si bien el objeto de la negociación colectiva es regular las condiciones de trabajo, entendidas estas como los salarios, el tiempo de trabajo, las horas extras, descansos, auxilios y los beneficios prestacionales, seguridad social, etc., también se regulan las condiciones de empleo como los ascensos, traslados, ceses colectivos, etc. y de otro lado se regulan las relaciones entre las partes, en lo relativo a la estructura de la negociación colectiva, el procedimiento de negociación, las comisiones de aplicación o interpretación de convenios, etc.

En la actualidad, en los países europeos, el contenido de la negociación colectiva no solo abarca las condiciones de trabajo, sino además la pretensión de regular el sistema de relaciones laborales gubernamentales, los procedimientos de negociación,

los requisitos para declarar una huelga y los elementos que conforman el ordenamiento jurídico intersindical, situación que en Colombia es extraña, pues como se analizará más adelante, no ha sido posible aún la negociación colectiva del sector público.

El Convenio 154 define el contenido de la negociación colectiva en su artículo 2, en los siguientes términos: fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores y sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos los fines a la vez.

3.2. EFECTOS JURÍDICOS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

El punto 3 de la Recomendación 91 señala los efectos vinculantes de los convenios respecto a los contratos individuales de trabajo:

- 1) *"Todo contrato colectivo debería obligar a sus firmantes, así como a las personas en cuyo nombre se celebre el contrato. Los empleadores y los trabajadores obligados por un contrato colectivo no deberían poder estipular en los contratos de trabajo disposiciones contrarias a las del contrato colectivo."*
- 2) *"Las disposiciones de tales contratos de trabajo contrarias al contrato colectivo deberían ser consideradas como nulas y deberían sustituirse de oficio por las disposiciones correspondientes del contrato colectivo."*
- 3) *"Las disposiciones de los contratos de trabajo que sean más favorables para los trabajadores que aquellas previstas por el contrato colectivo no deberían considerarse como contrarias al contrato colectivo."*

En caso de que el conflicto colectivo no se resuelva, la Recomendación 92 señala que es posible recurrir a medios alternativos de solución de conflictos tales como la conciliación, la mediación, e incluso el arbitraje, estableciendo que las dos primeras pueden ser impuestas por el Estado, pero el arbitraje siempre tiene que ser voluntario, pues el árbitro resuelve con carácter definitivo la controversia, a través del laudo arbitral.

La OIT permite que excepcionalmente se imponga un arbitraje en la negociación colectiva, buscando la solución del conflicto, estos casos son:

1. En la negociación colectiva en servicios públicos esenciales.
2. La correspondiente a determinados funcionarios con poder de dirección.
3. La

negociación colectiva sin posibilidad de resolución sin iniciativa de las autoridades, y 4. Crisis económica aguda.

3.3. LA REPRESENTATIVIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La titularidad del derecho a la negociación colectiva la tienen los delegados elegidos por la asamblea de asociados, los mismos que integrarán la comisión negociadora, a quienes se les da plenos poderes de negociación. Sobre el tema de la representatividad se ha pronunciado la comisión de expertos en Convenios y recomendaciones de la OIT²⁵ de la siguiente manera:

“239. Al abordarse el reconocimiento de uno o de varios sindicatos como partes en la negociación colectiva se plantea de inmediato el problema de la representatividad. En el curso de los debates preparatorios a la adopción del Convenio núm. 98, la Conferencia Internacional del Trabajo examinó este asunto y admitió que, hasta cierto punto, cabe establecer distinciones entre los diversos sindicatos participantes en la negociación, su grado de representatividad. Por otra parte, en el artículo 3, párrafo 5, de la Constitución de la OIT queda consagrado el concepto de ‘organizaciones más representativas’. Por consiguiente, el mero hecho de que una legislación establezca distinciones entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás no constituye en sí, un motivo de crítica. Aun así, es preciso evitar que, como consecuencia de dicha distinción, se confieran a las organizaciones más representativas otros privilegios que vayan más allá de la prioridad en materia de representación en la negociación colectiva, la consulta por el gobierno o aun la designación de delegados ante los organismos internacionales.”

El Comité de Libertad Sindical ha señalado que sería deseable que si la organización que negocia representa a la mayoría de los trabajadores del ámbito, el convenio colectivo pueda tener eficacia general (*erga omnes*), es decir, no solo sea aplicable a sus afiliados sino a todos los trabajadores del ámbito (Recopilación de 1985, párrafos 611, y 617 a 619). Si las organizaciones sindicales no representan a la mayoría de los trabajadores del ámbito han señalado que debería garantizarse por lo menos la posibilidad de que negocien en nombre de sus afiliados.

Pese a lo anterior, en la sentencia C-063 de 2008, la Corte Constitucional fue más amplia que la OIT y por ende más beneficiosa para los intereses sindicales, por cuanto al analizar el numeral 2º del artículo 26 del Decreto legislativo 2351 de 1965, que trata de la representación sindical, fue declarado inexistente²⁶ por

25 Libertad sindical y negociación colectiva. Biblioteca Electrónica, principios de los órganos de control de la OIT, 2007.

26 C-063 de 2008, Clara Inés Vargas Hernández.

cuanto limitaba el derecho a participar directamente en la negociación colectiva y en la contratación colectiva a los sindicatos minoritarios, pudiéndose actualmente presentar en igualdad de circunstancias el sindicato mayoritario y el minoritario para hacer valer sus intereses en la negociación colectiva. El análisis jurisprudencial se realizó sobre la base del convenio 154 relativo al fomento de la negociación colectiva, que a pesar de no tratarse de un derecho humano no estaría el primero formando parte del bloque de constitucionalidad; sin embargo, al afectarse la libertad sindical prevista en el artículo 39 de la C.P. y los convenios 87 y 98 se declara la afectación del sindicato minoritario en su libertad de representación.

3.4. LAS ETAPAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Por efectos de la nueva Ley 1210 de 2008 recobra especial importancia para la rama judicial el conocer las etapas de la negociación colectiva, pues sobre ella se tendrán que pronunciar al calificar la suspensión o el paro colectivo. El Artículo 3º reza:

“Adíquese el numeral 10 al artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual quedará así: Competencia general. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades, laboral y de seguridad social conoce de (...)

10. La calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo”.

Otro aspecto importante para comprender con este capítulo es revisar la posibilidad de la negociación entre las entidades estatales y los empleados públicos, dado que la Constitución no limita la misma a esta clase de servidores públicos.

Brevemente se explican las etapas de la negociación colectiva.

Iniciamos este aparte señalando que la Comisión de expertos de la OIT²⁷ se refiere a este tema de la siguiente manera:

246. Existen diferentes procedimientos y reglas destinados a facilitar el desarrollo de la negociación colectiva, entre los que se destacan, por ejemplo, los procedimientos obligatorios o voluntarios de mediación y conciliación, la prohibición de ciertas prácticas que, como las prácticas desleales de trabajo, pudieran entorpecer el avance de las negociaciones, y las disposiciones que facilitan a las partes, y en particular a las organizaciones de trabajadores, el acceso a ciertas informaciones, especialmente sobre la situación económica de la unidad de

²⁷ Libertad sindical y negociación colectiva. Biblioteca Electrónica, principios de los órganos de control de la OIT, 2007, párrafo 246.

negociación de la empresa en que se desempeñan los trabajadores interesados o de las demás empresas del mismo sector. A juicio de la Comisión esta última clase de disposiciones resulta especialmente útil pues permite que los agentes negociadores, habiéndose garantizado de manera razonable la veracidad de las informaciones económicas, efectúen una evaluación objetiva de la situación y eviten que, por un simple error de apreciación o por dificultades en la comunicación, las negociaciones desemboquen en un atolladero.

El artículo 55 de la C.P. reza “*Se garantiza el derecho a la negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señala la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica a los conflictos colectivos de trabajo*”.

El conflicto colectivo económico en Colombia se inicia con la presentación del pliego de peticiones por parte de los trabajadores, sin que sea óbice que el empleador pueda presentar un contrapligo a la solicitud de los trabajadores, precedido de la denuncia de la convención, pero según la jurisprudencia actual, en la negociación sólo es obligatorio discutir los puntos denunciados por los trabajadores y los puntos que coincidan con la denuncia del empleador. Quedando claro que sólo los trabajadores o sus representantes pueden iniciar el conflicto colectivo de trabajo, con la denuncia y la presentación del pliego.

La **denuncia**, según la ley, es la manifestación escrita de las partes de dar por finalizada la convención colectiva vigente, el pacto o el laudo arbitral y por ende es el paso inicial para iniciar el conflicto jurídico que dé como resultado una nueva normatividad que rija, por el tiempo de vigencia que se acuerde, las condiciones de trabajo. Es importante determinar la fecha en que se vence la convención colectiva, pues del último día de la expiración del término hacia atrás se deben contar 60 días para presentar la denuncia por una o ambas partes. Como ya se analizó en uno de los ejercicios prácticos, la presentación anterior a estos términos impuestos por ley no tienen la virtud de iniciar el conflicto colectivo.

El **pliego de peticiones** es el medio con que se inician las negociaciones colectivas, sea para los trabajadores sindicalizados o los no sindicalizados, en este último caso, el mismo debe ser suscrito por todos.

El pliego debe ser analizado y aprobado por los trabajadores asociados, una vez revisado su contenido, verbigracia, las cláusulas transitorias referentes a la propia negociación, los permisos permanentes, viáticos para la comisión, etc. Igualmente, en el pliego se deja consignado lo relacionado con las condiciones de trabajo para los

próximos años, relativas a las modalidades contractuales, las propuestas económicas salariales, prestaciones extralegales, los beneficios, las peticiones sindicales, como los permisos sindicales o la ampliación del fuero, etc., auxilios al sindicato, nuevos procedimientos para el régimen disciplinario y sus sanciones, la vigencia de la convención colectiva y, en general, todas las propuestas del sindicato o los trabajadores no sindicalizados hacia el empleador.

El siguiente paso en la negociación es presentar el pliego de peticiones al representante legal o a quien este delegue, quien tiene la obligación de recibirla y proceder a designar la comisión negociadora. La ley señala la obligación adicional de recibir los delegados sindicales dentro de las 24 horas siguientes a la presentación oportuna del pliego.

El tratadista Édgar Ospina Duque²⁸ afirma que hay dos caminos a seguir para el caso en que el empleador se niegue a nombrar la comisión negociadora, para evitar negociar:

“La primera será solicitar al Ministerio de Protección Social que una vez constatado el hecho, imponga las multas equivalentes al monto de cinco (5) a diez (10) veces el salario mínimo mensual más alto, a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena). Para interponer los recursos legales contra las resoluciones de multa, el empleador deberá consignar previamente su valor a órdenes de dicho establecimiento.

(...)

La segunda posible es la (acción) de cumplimiento que se puede ejercer mediante una demanda presentada ante el tribunal Contencioso Administrativo correspondiente y en este caso hay una sentencia y unos términos perentorios para que el empleador designe los negociadores y se empiecen las negociaciones en la etapa de arreglo directo...”.

El siguiente paso es **la instalación de las negociaciones**, en dicha reunión se determinan las reglas a seguir para la etapa de arreglo directo, los permisos sindicales, los horarios, el lugar, los viáticos, los asesores de las federaciones o confederaciones en las que está afiliado el sindicato, etc.

La **etapa de arreglo directo**, prevista en el capítulo II del título II, artículo 432 y siguientes del C.S.T., se debe iniciar no más de 5 días hábiles posteriores a la entrega del pliego de peticiones. Su duración es de 20 días calendario prorrogables de común acuerdo entre las partes, por 20 días más.

28 Ospina Duque, Édgar. Derecho Colectivo del Trabajo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.

Si al terminar esta etapa existen algunas diferencias sobre algunas o todos los puntos del pliego, se suscribirá un acta final que registre los acuerdos, dejando las circunstancias expresas sobre las diferencias que subsistan.

De todas las reuniones se harán actas suscritas, las cuales deberán entregarse en copias a las partes y al inspector del trabajo o en su defecto al alcalde.

Concluida esta etapa y si no existiera un acuerdo total, los trabajadores podrán optar por la huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un **Tribunal de Arbitramento**, las que deben ser decididas dentro de los 10 días hábiles siguientes, pues debe recordarse que las normas que se referían a la etapa de mediación fueron derogadas por el artículo 116 de la Ley 50 de 1990, pese a considerarla la OIT²⁹ como una etapa fundamental de arreglo:

247. Sea cual fuere el sistema que se adopte, este debería tener como objetivo primordial el fomento, por todos los medios posibles, de la negociación colectiva libre y voluntaria entre las partes; los interlocutores en la negociación deberían gozar de la mayor autonomía posible dentro del marco legislativo y el mecanismo administrativo que se establezcan en la materia, a los que puedan recurrir por voluntad propia y de común acuerdo, con el fin de facilitar la celebración de un convenio colectivo. La experiencia demuestra que la simple intervención de un tercero, neutro, independiente y que goce de la confianza de las partes, suele bastar para reanudar un proceso de negociación que las partes por sí solas no logran sacar del estancamiento. A este respecto, resultan especialmente útiles las disposiciones contenidas en el Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154); asimismo, en la Recomendación (num. 163) sobre el mismo tema, se enumera un conjunto de medidas concretas a las que se puede recurrir para fomentar la negociación colectiva. Por otra parte, en la Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951 (num. 92), se especifican algunos de los rasgos más esenciales que deben singularizar a los organismos de conciliación y arbitraje: el carácter paritario de dichos organismos, el recurso voluntario a los procedimientos previstos, y la diligencia y gratuidad de estos últimos. No obstante, en el artículo 7 del mismo instrumento se señala con claridad que ninguna de sus disposiciones “podrá interpretarse en modo alguno en menoscabo del derecho de huelga”.

3.5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CON ENTIDADES DE SEGUNDO Y TERCER GRADO

Extraña a la OIT, que en algunos países las federaciones y confederaciones de trabajadores no puedan realizar negociaciones colectivas, pues ello implicaría

²⁹ Libertad sindical y negociación colectiva. Biblioteca Electrónica, principios de los órganos de control de la OIT, 2007, párrafo 247.

una negociación conjunta de varios sindicatos o varias federaciones aglutinantes de varios sindicatos y bajo unos parámetros unificados que darían un avance significativo a negociaciones grandes en el país, fortaleciéndose efectivamente el movimiento sindical, pero teniendo en cuenta que no puede generalizarse por cuanto en ocasiones y dada la especialidad de determinada empresa, deberá hacerse individualmente. Al respecto la Comisión de expertos ha señalado³⁰

249. Como ya se ha indicado en el capítulo VII, el derecho de negociación colectiva debería acordarse también a las federaciones y confederaciones; toda restricción o prohibición a este respecto obstaculiza el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, impide que las organizaciones que carecen de medios suficientes reciban la ayuda de federaciones o confederaciones, en principio mejor dotadas en personal, recursos y experiencia para llevar a cabo negociaciones satisfactoriamente. A la inversa, una legislación que fije imperativamente el nivel de la negociación colectiva en un ámbito superior (sector, rama de actividad, etc.) plantea asimismo problemas de incompatibilidad con el Convenio. Normalmente, la elección del nivel de negociación debería corresponder a los propios interlocutores en la negociación; estos, en inmejorable posición para decidir cuál es el nivel más adecuado para llevarla a cabo, podrían incluso adoptar, si así lo desearan, un sistema mixto de acuerdos-marco, complementados por convenios en el ámbito local o acuerdos de empresa.

Actualmente en Colombia se permite que las entidades de segundo y tercer grado asesoren las negociaciones entre empleadores y sindicatos³¹, mas en la práctica no realizan negociaciones colectivas directas por parte por lo menos de las federaciones con los empleadores, pese a que el artículo 417 del CST, que trata de los derechos de la federación, le señala los mismos derechos que los sindicatos y solo la limita a la declaración de huelga que compete privativamente a los sindicatos o grupo de trabajadores interesados y el artículo 467, que define las convenciones colectivas de trabajo, señala como parte de la negociación a las federaciones sindicales de trabajadores.

Al respecto el doctrinante Bernardo Ramírez Zuluaga³² afirma que

“A pesar de la generalidad con que se expresa la norma antes citada, si se examina a fondo la cuestión, por lo menos resulta controvertible que las federaciones o confederaciones puedan

30 Ibid, párrafo 249.

31 Artículo 426 del C.S.T.

32 Ramírez Zuluaga, Bernardo. *Derecho Colectivo del Trabajo. Los sindicatos*. Ed. Copiyepe, Medellín, 1994, pág. 166.

presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas de trabajo, pues si se tiene en cuenta las normas reguladoras de los conflictos laborales económicos se deduce que ellos solo pueden ser promovidos por los sindicatos o por coaliciones de trabajadores no sindicalizados, valga decir que la ley no se ocupa de las federaciones y las confederaciones.

Desde luego que con respecto a las federaciones puede surgir la duda de si pueden o no ser sujetos celebrantes de convenciones colectivas de trabajo por que el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo las incluye como tales. Pero podría responderse que ello solamente es posible cuando las federaciones han recibido poder de los sindicatos para tales efectos.

Con respecto a las confederaciones sí no cabe la misma duda porque el artículo 467 no las incluye como sujetos de la convención colectiva.

3.6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN COLOMBIA

Es innegable que en Colombia han existido negociaciones entre la Administración pública y los servidores públicos, como los maestros, los empleados de hospitales, los empleados judiciales y los mismos funcionarios de niveles centrales, descentralizados y territoriales, llegándose a acuerdos entre las partes, que posteriormente y por acto unilateral del Estado son convertidos en actos administrativos. Lo que no existe en Colombia es un mecanismo unificador que de manera formal indique cómo puede desarrollarse una negociación colectiva de los empleados públicos con el Estado.

El **Convenio 151** (1978), aprobado y ratificado por Colombia mediante la Ley 411, busca *estimular y formar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes*, este instrumento forma parte, como se sabe, de la legislación interna. En igual sentido, el Convenio 154 (1978), relativo a la negociación colectiva, reza en su primer artículo:

- “1. *El presente Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica.*
2. *La legislación o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.*
3. *En lo que se refiere a la Administración pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio*” (negrillas fuera de texto).

Sobre el tema de los empleados públicos, la OIT, a través de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEARC³³, ha señalado:

“262. La situación en el ámbito de la Administración pública está regulada específicamente por el Convenio (núm. 151) y la Recomendación (núm. 159) sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública, 1978, en términos análogos a las disposiciones contenidas en el Convenio núm. 98. Ahora bien, el artículo 7 del Convenio núm. 151 admite una cierta flexibilidad en la elección de las modalidades de determinación de las condiciones de empleo en la Administración pública, dado que prevé el desarrollo de procedimientos que permitan la negociación de las condiciones de empleo entre las autoridades públicas y las organizaciones interesadas, o de ‘cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones’. Como se ha señalado anteriormente, si bien el artículo 6 del Convenio núm. 98 permite que se excluya de su campo de aplicación a los funcionarios públicos empleados en la administración del Estado, las demás categorías de trabajadores deben poder disfrutar de las garantías previstas por dicho Convenio y, por consiguiente, negociar colectivamente sus condiciones de empleo, y en particular sus condiciones salariales.

263. Aun cuando el principio de la autonomía de las partes en la negociación colectiva conserva su validez por lo que se refiere a los funcionarios y empleados públicos amparados por el Convenio núm. 151, este ha de aplicarse con cierto grado de flexibilidad, dadas las características particulares de la administración pública señaladas anteriormente. Por esta razón, a juicio de la Comisión son compatibles con el Convenio las disposiciones legislativas que habilitan al Parlamento o al órgano competente en materias presupuestarias para fijar un “abánico” salarial que sirva de base a las negociaciones, o establecer una “asignación” presupuestaria global fija en cuyo marco las partes pueden negociar las cláusulas de índole pecuniaria o normativa (por ejemplo, la reducción del tiempo de trabajo u otros arreglos en materia de condiciones de empleo, la regulación de los aumentos de salario en función de los diferentes niveles de remuneración, o el establecimiento de dispositivos para escalonar los reajustes), o incluso las disposiciones que confieren a las autoridades públicas que tengan atribuidas responsabilidades financieras el derecho de participar en las negociaciones colectivas junto al empleador directo, en la medida en que dejen un espacio significativo a la negociación colectiva. Es fundamental, empero, que los trabajadores y sus organizaciones puedan participar plenamente y de manera significativa en la determinación de este marco global de negociación, lo que implica, en particular, que dispongan de todas las informaciones financieras, presupuestarias o de otra naturaleza para evaluar la situación con pleno conocimiento de causa”.

33 Ibíd, párrafos 262 y 263.

En ese mismo sentido se ha pronunciado la Constitución Política de Colombia en su artículo 55 al garantizar la negociación colectiva, incluidas las de las organizaciones sindicales de los empleados públicos, con las excepciones que señale la ley.

Concordando los Convenios 151 y 154 de la OIT con lo dicho por la Comisión de expertos y lo afirmado por la Carta Política, se colige que la negociación es una manifestación de la libertad sindical, pero que no es un derecho fundamental en estricto sentido, a menos que esté en conexidad con un derecho fundamental.

El artículo 416 del C.S.T. señala que los empleados públicos solo pueden presentar “solicitudes respetuosas” ante el empleador, lo que de antemano excluye la presentación del pliego de peticiones y la negociación colectiva.

Pese a lo anterior, dos posiciones actualmente se debaten en Colombia frente a este tema.

3.6.1. CON LOS CONVENIOS 151 Y 154 NO ES NECESARIA REGLAMENTACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La primera posición argumenta que con la aprobación y ratificación de los convenios 151 y 154 de la OIT a través de la Ley 411 de 1997 y 524 de 1999, convenios y leyes que fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, en las sentencias C-377 de 1998 y C-161 de 2000, respectivamente, se entiende por vía del bloque de legalidad previsto en el artículo 53 de la C.P., que estos convenios forman parte de la legislación interna, si ello es así, es una realidad que existe la negociación colectiva de estos servidores, pues con el convenio y el artículo 55 de la C.P., se debe dar aplicación a la negociación colectiva, sin que sea necesaria ninguna reglamentación por cuanto el “como” o el mecanismo de desarrollo de la misma, puede perfectamente ser objeto de conversación al inicio de las negociaciones, ideándose uno entre las partes o simplemente siguiendo los pasos previstos en el Código Sustantivo del Trabajo y terminar con un acto administrativo donde se estipule lo acordado, teniendo claro que la negociación no puede ser plena como en los trabajadores oficiales, por cuanto la fijación del régimen salarial y prestacional de las personas vinculadas de manera legal y reglamentaria se encuentra atribuida por la Constitución Nacional al Congreso de la República (art. 150 numeral 19, ordinal e.), agregando que poco se podría modificar el régimen disciplinario, por existir la Ley 734 de 2002, ni el régimen de vinculación de los empleados por existir la

Ley 909 de 2004 relativa a la carrera administrativa y sus decretos reglamentarios relativos a cargos, nomenclaturas, pues a lo sumo se podrán presentar proyectos modificatorios para ser conocidos por el legislador en el caso de la ley o proyectos para ser ingresados en el presupuesto estatal por los administradores de turno, sin que exista ninguna garantía de que serán aprobados etc.

Debe recordarse que el Convenio núm. 154 postula medidas para que “*la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas*” (artículo 5, apartado d)).

Al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia C-1234 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, revisando por segunda vez el artículo 416 del CST³⁴, en la parte atinente a: “Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas”, pero esta vez a la luz de los convenios 151 y 154, nuevamente declaró exequible la norma señalando:

También enfatizó la Corte que las finalidades contenidas en el Convenio (151) armonizan con los principios y valores constitucionales, pues la Carta reconoce que en general los servidores públicos gozan de derechos constitucionales, como toda persona y todo trabajador “aun cuando estos pueden ser limitados en algunos aspectos, debido a que la relación de trabajo al interior de la Administración pública comporta un contenido de interés general (C.P. inciso 2 art. 123).”

(...)

En cuanto a la solución de los conflictos que se susciten con motivo de las condiciones de empleo de los servidores públicos, el artículo 8º del Convenio prevé que la solución se logre de manera apropiada a las condiciones nacionales “por medio de la negociación entre partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.”

El contenido de los artículos 7 y 8 en mención, se refiere al derecho de negociación colectiva de los servidores del Estado. En la sentencia C-377 de 1998 se analizó si los empleados públicos tienen derecho de negociación plena, como ocurre con los trabajadores públicos, concluyendo que si bien esta clase de servidores goza del derecho de sindicalización y, por ende, de la búsqueda de soluciones negociadas y concertadas, este derecho no puede afectar la facultad que la Constitución les confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones

³⁴ La primera vez que la Corte Constitucional revisó el artículo 416 del CST fue en la sentencia C-110 de 1993, allí se afirmó que la negociación colectiva para los empleados públicos era una de las excepciones a la negociación colectiva prevista en el artículo 55 de la Constitución Política.

de empleo y la fijación de salarios. Con el fin de armonizar estos dos conceptos: derechos de sindicalización y fijación unilateral de salarios y de condiciones de trabajo, se precisó que la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a participar en las decisiones que puedan afectarlas –art. 2º–, que en materia de conflictos de trabajo, la Carta impone como deber del Estado promover la concertación y otros medios de similar naturaleza para la solución pacífica de las controversias (art. 55). Por consiguiente, los empleados públicos tienen derecho a participar en la definición de sus condiciones de trabajo, porque se trata de asuntos que indudablemente los afectan, y por ende, en “nada en la Carta se opone a que los empleados públicos formulen peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y las discutan con ellas con el fin de lograr un acuerdo en la materia, lo cual implica que el derecho de negociación colectiva no tiene por qué considerarse anulado.

(...)

De conformidad con lo expuesto, a modo de resumen se tiene: (i) hacen parte de la legislación interna del país los Convenios 151 y 154 de la OIT, incorporados a través de las Leyes 411 de 1998 y 524 de 1999; (ii) se despejan las dudas que pudieren existir respecto de la garantía constitucional sobre el derecho de sindicalización de los empleados públicos, en el sentido de que indiscutiblemente tienen derecho a hacerlo; (iii) también se despejan las dudas respecto del derecho de los empleados públicos de realizar negociaciones colectivas, pues gozan del ejercicio del derecho de presentar peticiones y consultas, y ser oídas y tenidas en cuenta; (iv) los empleados públicos si bien no gozan de los plenos derechos de asociación y convención colectiva, como ocurre con los trabajadores oficiales, la Constitución y los Convenios sí les permiten participar en la determinación de sus condiciones de empleo, siempre y cuando se entienda que en última instancia, la decisión final corresponde al Congreso de la República y al Presidente, en el plano nacional, y a las asambleas, concejos, gobernadores y alcaldes, en el plano territorial; (v) que los objetivos de la negociación colectiva se centran en la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo, en la necesidad del diálogo encaminado a afianzar el clima de tranquilidad social, en la participación de todos en las decisiones que los afectan, en la defensa de los intereses comunes, en la garantía de ser oídos y atendidos los representantes de las partes; (vi) que el concepto de empleados públicos excluidos del derecho de sindicalizarse es restringido. Esto quiere decir, que la regla general es la libertad de sindicalizarse, y la excepción al goce de tal derecho, sólo comprendería a servidores de “alto nivel que tengan poder decisorio o desempeñen cargos directivos, o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.” Además, se excluye a las fuerzas armadas por expresa prohibición constitucional (arts. 39 y 218 de la Carta).

3.6.2. PESE A LA RATIFICACIÓN DE LOS CONVENIOS 151 Y 154 DE LA OIT, SE REQUIERE REGLAMENTACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La segunda argumentación que se esboza sobre la negociación colectiva de los empleados públicos es que los artículos 7º y 8º del convenio 151 de la OIT, aprobado y ratificado por Colombia, que son los específicos para la negociación colectiva de los empleados públicos, no son normas autoejecutivas o de aplicación directa y por tanto deben ser reglamentadas por el legislador y que mientras el Congreso de la República no se pronuncie, el artículo 416 del C.S.T., continúa vigente, sin negar que no se puedan utilizar otros mecanismos para resolver las peticiones presentadas por el sindicato de empleados, entre otras, como el reunirse y escuchar las reclamaciones realizadas por el sindicato y a su vez la entidad pública exponer su punto de vista jurídico administrativo. En la misma sentencia objeto de análisis, la Corte señala:

Por las razones expuestas, la Corte declarará exequibles las normas demandadas, pues deben armonizarse con el artículo 416 del C.S.T., el cual restringe el derecho de negociación colectiva para los sindicatos de empleados públicos en el sentido de prohibirles presentar pliegos de condiciones y celebrar convenciones colectivas, restricción que la Corte reiteradamente ha considerado acorde con la Constitución Política.

Sin embargo, la Corte debe advertir que, estando garantizado constitucionalmente el derecho de negociación colectiva para todas las relaciones laborales, incluidas las de los empleados públicos, y existiendo una amplia facultad de configuración normativa en esta materia por parte del legislador, este último podría en el futuro permitirles a dichos empleados presentar pliegos de condiciones.” (Sentencia C-201 de 2002, M.P. doctor Jaime Araújo Rentería) (se subraya).

(...)

Retomando todo el análisis hecho, las restricciones del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo son la especie y, por consiguiente, no obstante que no ha habido desarrollo legislativo sobre el tema por parte del Congreso, la limitación contenida en la disposición legal resulta exequible, porque aunque no la menciona, tampoco prohíbe expresamente el derecho a “la negociación colectiva” de los sindicatos de empleados públicos. Lo que conduce a declarar la exequibilidad de la disposición en lo acusado, pero en forma condicionada hasta que el legislador regule la materia.

Porque esta declaración de exequibilidad no puede entenderse como la prohibición del derecho de los sindicatos de empleados públicos de realizar negociaciones colectivas, en el sentido amplio del concepto. Por el contrario, estas organizaciones pueden presentar reclamos,

peticiones, consultas, y deben ser atendidas. Los sindicatos de empleados públicos pueden acudir a todos los mecanismos encaminados a lograr la concertación sobre sus condiciones de trabajo y salarios. A su vez, el ejercicio de este derecho debe armonizarse con las restricciones propias de la condición de empleados públicos de los afiliados a estas organizaciones, es decir, que si bien pueden buscar la concertación, también opera la decisión unilateral del Estado en cuanto a salarios y condiciones laborales.

(...) Finalmente, la Corte no desconoce que el problema del ejercicio del derecho de los sindicatos de empleados públicos a la negociación colectiva radica en que no existen mecanismos legales apropiados para hacer cumplir este derecho. Es más, el legislador no ha desarrollado el procedimiento para que estos sindicatos puedan iniciar la concertación, garantizar que las peticiones o los reclamos sean recibidos y atendidos por la Administración pública. Ni se ha establecido cuál es la autoridad pública competente para pronunciarse cuando se desconoce, sin motivo el derecho de negociación colectiva. Tampoco existen los mecanismos legales que garanticen que las solicitudes de los sindicatos de empleados públicos, después de la etapa de concertación, se reflejen en los proyectos de ley de presupuesto o en las leyes de carrera administrativa.

Por consiguiente, se comparte la solicitud del Ministerio Público en el sentido de que el legislador debe reglamentar el procedimiento encaminado a reglamentar, en un plazo prudencial, y concertando en lo posible con las organizaciones sindicales de empleados públicos, el derecho a la negociación colectiva de estos servidores, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución y con los Convenios 151 y 154 de la OIT debidamente ratificados por el país y que hacen parte de la legislación interna en virtud de las Leyes 411 de 1998 y 524 de 1999, respectivamente.

En ese sentido esta posición señala que dada la naturaleza del Convenio 151, su formulación y contenido, corresponde a principios y valores o a normas abiertas, que no regulan el procedimiento de negociación colectiva, ni la protección, ni las garantías, ni el ámbito de negociación, ni la forma de representación de las partes, la iniciación o los plazos y en caso de desacuerdo la regulación arbitral, no siendo el artículo 433 y siguientes del C.S.T. un procedimiento negociación, por cuanto existirían serias limitaciones en la negociación de los empleados públicos con el Estado.

En principio se ha dicho que las funciones propias del Estado no pueden ser negociables, por ejemplo la ley de carrera administrativa, el régimen legal disciplinario, la estructura del Estado, etc.; sin embargo, será la práctica la que podrá señalar hasta dónde son negociables las condiciones de trabajo de esta clase de servidores públicos.

La exigencia de un procedimiento distinto sea a través de una reglamentación de la ley o sea que las partes establezcan un mecanismo para desarrollar las negociaciones, implica tener en cuenta:

La complejidad en cuanto a la forma de integración de los representantes de la administración, el tiempo requerido y el plazo de iniciación; la oportunidad de la negociación, pues es un hecho que se debe contar con el presupuesto de la administración y con los actos administrativos para hacer viable la negociación; la complejidad de esta y por ende la necesidad de exigir términos más amplios para las conversaciones; el contenido del acta de acuerdo colectivo en razón del vínculo legal y reglamentario de los servidores, determinar si es necesaria la etapa de mediación, inexistente en el C.S.T., pero válida para el convenio 151, y el procedimiento para dejar el conflicto de trabajo en manos de los árbitros.

Pese a lo invocado, en el país han existido varias experiencias de negociación de los empleados públicos, en donde los interesados se han puesto de acuerdo en el procedimiento, algunos ortodoxos, otros similares al previsto en el C.S.T.; por ejemplo, la negociación del municipio de Medellín y la Asociación de Empleados ADEM en el año 2000; la negociación colectiva para empleados públicos entre la Administración Distrital de Bogotá y las organizaciones sindicales, filiales de las centrales obreras (CTC, CUT, CGT) en el 2007, que realiza una verdadera negociación, incluso atendiendo al “pliego de peticiones” de las organizaciones sindicales, en sutil oposición a lo señalado por el artículo 416 del C.S.T. Igualmente, en la Universidad del Valle y en el Hospital Universitario se negoció y el más reciente, para agosto del 2008, aún no culminado entre el sindicato mixto “SINTRAHGM” y el Hospital General de Medellín, dadas las diferencias de argumentaciones en el sentido de entender el primero un posible acuerdo laboral fruto de una negociación colectiva y el último una respuesta acordada por las partes a unas peticiones respetuosas, preacuerdo que se logró a través de 5 reuniones, y de conformidad con el artículo 416 del C.S.T. Es importante señalar que en este último se han efectuado reuniones de las partes con un representante para Colombia de la OIT, para efectos de poder llegar a un entendimiento definitivo.

Existe una dificultad real para el fomento de este tipo de negociaciones y es que el Estado no está unificado, sino que tiene dentro de su nivel nacional y territorial, entes autónomos y descentralizados, lo que impide que por sectores de la Administración se tengan los mismos requerimientos o beneficios y se pueda negociar conjuntamente, aunque existe una experiencia que permite predecir que es

factible que diferentes entidades estatales se unan y negocien conjuntamente, como en el caso del acuerdo laboral logrado por los empleados públicos en Bogotá, en el que participaron el Distrito Capital con los sectores central y descentralizado de la Administración, los organismos de control, el Concejo de Bogotá y las Empresas Sociales del Estado.

Igualmente, la CEACR ha señalado algunas reglas prácticas para efectos del fomento de la negociación colectiva con los empleados públicos en materia salarial, que por ser un tema subespecializado; no da cabida en el módulo; se muestran algunos temas para que los discentes inquietos busquen los textos de la comisión de expertos sobre el tema, verbigracia, señala esta institución que la negociación salarial debería ser anterior al análisis del presupuesto nacional o territorial, que si es posterior a dicho análisis debería existir un presupuesto flexible para permitir incluir el reajuste salarial, que si bien el parlamento no viola la negociación al establecer un abanico de escalas salariales o si determina una asignación básica global, sí es importante que haya un espacio suficiente para negociar este tema dentro de unos márgenes.

Hay que señalar que en el informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en la 97^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, año 2008, en el informe parte III (parte 1^a), dentro de las “cuestiones pendientes”, se presentó el punto de la “negociación colectiva en el sector público” en los siguientes términos:

La comisión recuerda que desde hace numerosos años se refiere a la necesidad de que se reconozca de manera efectiva el derecho de negociación colectiva a los empleados públicos que no trabajen en la Administración del Estado. La comisión toma nota de que el gobierno, señala que, de conformidad con la ley num. 411 los empleados tienen derecho a presentar solicitudes respetuosas a su respectiva entidad y esta debe responder dichas solicitudes, lo cual está legalmente garantizado en el artículo 23 de la Constitución, un importante número de acuerdos sobre condiciones laborales han sido alcanzados. La comisión subraya, sin embargo, que en virtud de lo dispuesto en el convenio num. 98, los empleados públicos que no ejercen actividades propias de la Administración del Estado, deberían gozar del derecho de negociación colectiva, a este respecto la comisión toma nota de la sentencia de 29 de noviembre de 2005 de la Corte Constitucional, en la que resolvió declarar exequible la expresión “los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones, ni celebrar convenciones colectivas”, contenidas en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido de que para hacer efectivo el derecho de negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política y de conformidad con los convenios num. 151 y 154, las organizaciones

sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto. En este sentido la comisión pide al gobierno, que de conformidad con la sentencia de la Corte, tome las medidas necesarias para que la legislación reglamente el derecho de negociación colectiva de los empleados públicos y entre tanto se promuevan medios de concertación sobre las condiciones de trabajo. La comisión solicita al gobierno que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada a este respecto, espera que podrá constatar progresos tangibles en un futuro próximo y le recuerda que la asistencia técnica de la oficina se encuentra a su disposición.

Frente a esta presión del organismo internacional y a la insistencia de la Corte Constitucional de la necesidad de una reglamentación, varios proyectos de ley sobre la negociación colectiva de los empleados públicos han sido estudiados por el Congreso de la República, sin que haya salido avante ninguno, hasta hoy.

Dado que no ha sido posible una ley en este sentido, el Gobierno nacional expidió el **Decreto 535 de febrero 24 de 2009** que pretende regular la negociación colectiva de los empleados públicos, reglamentando el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, conforme la obligación que el Estado colombiano había adquirido mediante las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, aprobatoria de los Convenios 151 y 154 de la OIT; sin embargo, la norma quedó corta por cuanto si bien esta trata más exactamente de “la concertación de las condiciones laborales de los empleados públicos”, deja expresamente por fuera la negociación en sentido amplio, además que limita la misma, excluyendo en el párrafo del artículo 3º, los asuntos que excedan el campo laboral, tales como: “...la estructura organizacional, las plantas de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos administrativos y el principio del mérito como presupuesto esencial de la carrera administrativa”.

Igualmente, se señala que a nivel territorial podrá haber concertación en materia salarial, respetando los límites que fije el Gobierno Nacional. En materia prestacional, las entidades territoriales no tienen facultad de concertación.

Una limitación grande a la negociación se encuentra en que las condiciones de la concertación deben presentarse como peticiones respetuosas, con tiempo definido para poder proponerlas, esto es, solo cada 2 años.

En cuanto al procedimiento como tal, este tiene dos instancias, siendo la primera la entidad empleadora estatal y la segunda instancia el gobierno nacional o las entidades nacionales competentes de acuerdo a la clase de entidad. Igualmente, constituye un avance el procedimiento indicado en el artículo 6°, permitiendo que la organización sindical de empleados públicos designará a sus representantes para la concertación. Así mismo el gobierno nacional o las entidades, en las materias de su competencia, designarán sus representantes. Igualmente, las etapas se presentan de manera similar a la negociación propuesta por el Código Sustantivo del Trabajo, aunque más limitada:

"2. Iniciación de la concertación. El proceso de concertación se iniciará con la presentación de las peticiones, en los términos señalados en el presente decreto.

3. Desarrollo de la concertación. El proceso de concertación se deberá desarrollar en un término de veinte (20) días calendario, prorrogables hasta por un término igual, de común acuerdo entre las partes.

4. Cierre de la concertación. Una vez concluida la etapa de concertación la Administración deberá expedir los actos administrativos a que haya lugar o dar la respuesta motivada de las razones por las cuales no se accede a la petición."

Pese a lo anterior, el Decreto no soluciona los problemas planteados en esta unidad, conforme el convenio 151 de la OIT y aun el artículo 39 de la C.P., como es el derecho de los trabajadores a "negociar colectivamente" sus condiciones laborales.

Así mismo, se mantiene vigente el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendido que scrá únicamente la ley, la que derogue el mismo, por ello continúa la prohibición a los sindicatos de empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas y no parece que con este Decreto, que las peticiones de los empleados públicos sean obligatoriamente tenidas en cuenta por la administración pública, por lo menos para analizarlas para efectos de concertación.

Ap

1. Realice un mapa conceptual sobre los diferentes preceptos y normas que tratan de la negociación colectiva.
2. Diferencie negociación colectiva, pliego de peticiones y convención colectiva
3. ¿Cuáles son las etapas de la negociación colectiva?
4. El artículo 416 del C.S.T., de qué manera restringe la negociación colectiva de los empleados públicos y conforme la sentencia C-1234 de 2005 ¿de qué manera quedó condicionado?

5. ¿Cuáles son las dos posiciones esgrimidas acerca de la negociación colectiva de los empleados públicos?

La verdadera importancia de este capítulo para los discentes es llegar a entender en la práctica qué peticiones, reclamaciones o solicitudes pueden ser objeto de negociación a partir de las exigencias constitucionales, de los convenios y recomendaciones, las normas legales, y a través de que mecanismos se puede realizar una concertación o acuerdo entre los empleados públicos y la entidad oficial, pues quedó claro que la negociación colectiva de esta clase de servidor público existe, aunque de manera restringida. Por lo anterior se propone el siguiente ejercicio:

1. Deberá usted determinar cuáles de las siguientes peticiones y reclamaciones pueden ser objeto de negociación o no con la Administración pública y por qué:
 - a) La entidad estatal se compromete con el sindicato mixto a entregarle en el mes de octubre de cada año, copia del proyecto general del presupuesto de la institución, para que este pueda presentar sus inquietudes referentes a la apropiación de gastos. **Sí o no y ¿por qué?**
 - b) El municipio reconocerá los siguientes permisos: 1) por maternidad: 5 días hábiles; 2) Por matrimonio: 15 días; 3) Por hospitalización de familiares: 5 días hábiles. **Sí o no y ¿por qué?**
 - c) El municipio designará funcionarios de la Secretaría de Hacienda, de la Secretaría General y del Departamento Administrativo del Servicio Civil para que conjuntamente con tres (3) representantes de las centrales sindicales, uno por cada una de ellas, dentro de los cuatro (4) meses a partir de la fecha de la firma del presente acuerdo, se encarguen de elaborar un estudio sobre la nomenclatura, códigos y grados salariales de los empleos públicos del municipio, tendientes a determinar las desigualdades existentes en materia salarial y/o prestacional para su posterior solución. Lo anterior, con el fin de construir criterios sobre la aplicación de los principios de equidad, igualdad y favorabilidad que deben regir las relaciones de trabajo.
El estudio, conclusiones y recomendaciones servirán de base para que el municipio, conforme a sus competencias, expida los actos administrativos pertinentes y/o presentes al Concejo de la ciudad los proyectos de acuerdo necesarios para nivelar las escalas salariales de los empleos públicos de la entidad.
Sí o no y ¿por qué?

- d) La entidad reconocerá los siguientes auxilios:
1. Por maternidad: el equivalente a 20 días de salario básico del empleado afectado; 2) Por muerte de familiares: el equivalente a 1 mes del salario básico; 3) Por muerte del servidor público; el equivalente a 2 meses del salario básico.
- Sí o no y ¿por qué?**
- e) Se formará un comité entre personal de la administración y el sindicato, en número paritario, para que sin perjuicio de las funciones que le son propias a la Comisión Nacional del Servicio Civil, al Departamento Administrativo de la Función Pública, al Departamento Administrativo del Servicio Civil Regional y a la Comisión de Personal, realice las siguientes funciones en cuanto a carrera administrativa:
1. Ejercer seguimiento a la aplicación de las normas de carrera administrativa en la entidad.
 2. Elaborar documentos indicativos para el diseño y definición de competencias laborales y los perfiles ocupacionales, con la asesoría de expertos en la materia. Las propuestas se presentarán a consideración de la ESAP, en el marco de las mesas de concertación que deben conformarse de acuerdo con lo señalado en el parágrafo del artículo 19 de la Ley 909 de 2004.
 3. Ser instancia consultiva para el diseño del sistema de evaluación del desempeño en el Municipio, el cual debe ser presentado para su correspondiente aprobación ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 40 de la Ley 909/04. **Sí o no y ¿por qué?**
- f) En materia de salud, la ESE hospital concederá un auxilio económico máximo de \$150.000 para la adquisición de la montura de los anteojos. Suma que se reajustará cada año con el porcentaje del IPC. **Sí o no y ¿por qué?**
- g) El salario se reajustará en 3 puntos adicionales al porcentaje en que se incremente el salario mínimo legal. **Sí o no y ¿por qué?**
- h) Se creará un Subcomité integrado por representantes del Instituto descentralizado y de la organización sindical para ejercer, además de las funciones que le son propias, la concertación de las políticas, planes y programas de capacitación del Instituto, con asesoría técnica de expertos en la materia, que servirán de base para la ejecución de recursos por parte de la entidad. **Sí o no y ¿por qué?**
- i) El Departamento se compromete a no desmejorar por ningún motivo las primas extralegales que actualmente les reconoce

a los empleados públicos. En caso de retiro del servidor por cualquier causa, todas las primas pagadas se pagarán en forma proporcional. **Sí o no y ¿por qué?**

- j) Por efectos de la estabilidad del empleo, se creará un comité que solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil, que en el proceso de selección se establezcan puntajes por antigüedad, capacitación, estudios y experiencia en el desempeño de los cargos convocados a concurso, así como la inclusión de un componente regional en los requisitos y pruebas del proceso de selección del Municipio. **Sí o no y ¿por qué?**
 - k) La entidad dará prelación a los funcionarios de carrera de la entidad respectiva que acrediten los requisitos de antigüedad y perfil profesional, para los encargos de los empleos de carrera administrativa. **Sí o no y ¿por qué?**
 - l) El municipio garantizará la aplicación de los principios de protección especial consagrados en la Constitución Política, tales como el fuero sindical, empleados públicos próximos a pensión, en caso de retiro de los empleados públicos en virtud de procesos de reestructuración o reorganización administrativa interna de las entidades Distritales. **Sí o no y ¿por qué?**
 - m) El Departamento continuará reconociendo los 15 días hábiles de vacaciones, sin computar los sábados, además de reconocer una bonificación equivalente a que por cada 5 años de servicio, dos días más de vacaciones.
 - n) La ESE hospital elaborará los cuadros de turnos, facilitando el tiempo para la asistencia a los centros de estudios de los empleados públicos que adelanten estudios de formación universitaria. **Sí o no y ¿por qué?**
 - o) Proponer a la Administración Distrital que mantenga los cargos vacantes generados como consecuencia del retiro por pensión en las respectivas plantas de personal para garantizar la prestación de la función y los servicios públicos. **Sí o no y ¿por qué?**
 - p) Velar para que el ejercicio de las funciones públicas sean de carácter permanente y de esta forma se garantice la no celebración de contratos de prestación de servicios con Cooperativas de Trabajo Asociado o cualquiera otra forma de intermediación laboral, para el desempeño de tales funciones. **Sí o no y ¿por qué?**
2. Con base en lo advertido en el capítulo, qué mecanismos o procedimientos podrían crearse para realizar una concertación de las peticiones y reclamaciones de los empleados públicos y la entidad estatal.

UNIDAD 4

EL DERECHO DE HUELGA

Og

Afianzar los conocimientos de los jueces y juezas, magistrados y magistradas sobre la institución de la huelga, en aras a que decidan los procesos judiciales adecuadamente.

Oe

Con el presente capítulo el discente podrá:

1. Analizar cuáles son las consecuencias jurídicas de la huelga en Colombia.
2. Determinar cuáles son las normas legales e internacionales de la huelga.
3. Distinguir cuáles son las razones para que la huelga en los servicios públicos esenciales esté prohibida.
4. Conocer cuáles son los nuevos lineamientos sobre el tema, conforme, la Ley 1210 de 2008.
5. Percibir, a través del desarrollo de los talleres propuestos, su capacidad de análisis en las causales de ilegalidad de la huelga.

4.1. GENERALIDADES

En la sentencia C-450/95 de la Corte Constitucional, M.P. Antonio Barrera Carbonell, señaló:

“El derecho de huelga constituye un medio de acción directa, coactivo y legítimo sobre los empleadores particulares o del Estado para obligarlos a ceder frente a los reclamos de los trabajadores, con el fin de asegurar la creación de un orden económico y social más justo en el ámbito de la empresa”.

Dentro de las etapas del conflicto colectivo de trabajo, la huelga es el punto neurálgico, pues los empleados cesan de prestar el servicio, el elemento de

subordinación no opera, pues no están los trabajadores obligados a obedecer órdenes, a su vez el empleador no tiene la obligación de pagar los salarios, pero se afectan la producción y las ganancias de la empresa, pues no puede contratar personal para suplir el que ha cesado temporalmente en su labor.

Este instrumento es una manifestación de autotulela exclusiva de los trabajadores, y es inseparable de la libertad sindical, compuesta, además, por el derecho de sindicación (sindicalización) y la negociación colectiva, en otras palabras es un auténtico y efectivo mecanismo de presión para que las peticiones de los trabajadores sean escuchadas, pues de no existir las conquistas laborales serían muy pocas, pues quedarían en el marco de las buenas intenciones que tenga el empleador o indefectiblemente se tendría que acudir a un tribunal de arbitramento ajeno al conflicto, desdibujándose la esencia de la negociación colectiva y es que se llegue a un acuerdo entre las partes como fin pacificador de los conflictos de trabajo colectivos.

El doctrinante Francisco Ostau de Lafont de León³⁵ manifiesta que los efectos jurídicos de la huelga, conforme el artículo 449 del CST, son:

“1. Suspensión del contrato de trabajo y como consecuencia el no pago de salarios y la no prestación del servicio.

2. La prestación del servicio por parte del seguro social y la no cotización por parte del trabajador, y la cotización por parte del empleador.

3. La contabilización del tiempo de suspensión para efectos prestacionales.

4. El empleador no puede celebrar nuevos contratos para la reanudación de los servicios suspendidos, salvo que sea indispensable a juicio del inspector del trabajo para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de la empresa, y siempre y cuando los trabajadores no lo autoricen”.

4.2. LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO Y EL DERECHO DE HUELGA

En el derecho internacional este derecho está reconocido en el artículo 8º del Pacto Internacional de Derechos Económicos sociales y Culturales, que reza:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

35 De Lafont de León, Francisco Rafael. Tratado del Derecho del Trabajo, nuevo derecho sindical, derecho laboral colectivo. Ed. Ibáñez, Bogotá, 2006.

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras 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 del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de estas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

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 del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará 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 menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

El derecho de huelga paradójicamente no ha sido objeto de ningún convenio de la OIT, sólo se menciona y no para regularla, en el Convenio 105 (1957), *relativo a la abolición del trabajo forzoso*, señala que el trabajo forzoso no puede ser impuesto como castigo por participar en una huelga, y la Recomendación 92 (1951), *sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios*, para señalar que si el procedimiento de negociación colectiva ha sido sometido a conciliación o arbitraje voluntario, las partes se deben abstener de recurrir a la huelga o al cierre patronal mientras dure el procedimiento; y, otra al señalar que ninguna de sus disposiciones se puede interpretar de manera que se restrinja el derecho de huelga.

Pese a lo anterior existen resoluciones que se ocupan del asunto, como la *Resolución sobre la abolición de la legislación antisindical en los Estados Miembros de la OIT* (1957), en la que se afirmaba que toda legislación debe asegurar el ejercicio sin restricción de los derechos sindicales incluido el derecho de huelga; y, la *Resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles* (1970), en la que se pidió

a los órganos de la OIT que impulsaran una serie de iniciativas para lograr el respeto de los derechos sindicales en su sentido más amplio, entre otros, al derecho de huelga.

Además de lo anterior los organismos de control han determinado los alcances de este derecho a través de su doctrina (llamada por otros, jurisprudencia, que si bien no constituye una interpretación definitiva, ostenta un importante valor jurídico, que la distingue de las meras recomendaciones de carácter moral); verbigracia:

147. La Comisión de Expertos, ya en su estudio general elaborado en 1959, expresó la opinión de que la prohibición de la huelga a los trabajadores distintos de los funcionarios que actúan como órganos del poder público “...puede constituir una limitación importante de las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales” (Nota 19), e indicó que parece haber una antinomia entre esta prohibición y el párrafo 2 del artículo 8 del Convenio núm. 87. Posteriormente, esta postura fue confirmada y reforzada en los términos siguientes: “Una prohibición general de la huelga constituye una restricción considerable de las oportunidades que se ofrecen a los sindicatos para fomentar y defender los intereses de sus miembros (artículo 10 del Convenio núm. 87) y del derecho de los sindicatos a organizar sus actividades” y “el derecho de huelga constituye uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales. Estos derechos no solo comprenden la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que abarcan también la búsqueda de soluciones a cuestiones de política económica y social y a problemas relativos a la empresa que interesan directamente a los trabajadores”. Así, el razonamiento de la Comisión se articula con base en el derecho que se reconoce a las organizaciones de trabajadores y de empleadores a organizar sus actividades y a formular su programa de acción con el objeto de fomentar y defender los intereses de sus miembros (artículos 3, 8 y 10 del Convenio núm. 87)³⁶.

Así mismo, del convenio 87 numerales 3 y 10 se infiere este derecho, pues en el primer numeral se reseña que las organizaciones de trabajadores tienen derecho de *organizar sus actividades y de formular su programa de acción*, en el segundo numeral, se dispone que las organizaciones amparadas en tal Convenio son *todas aquellas que tengan por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores* y como ya se observó en la primera unidad de este módulo o en extenso en el módulo de las “Normas Internacionales del Trabajo”, dentro de los programas de acción se encuentra el derecho de huelga, como un ejercicio de presión para defender los

36 Estudio general, comité de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT. Informe III Parte 4B, sesión de la Conferencia 81, Capítulo V. El derecho de huelga, 1994.

derechos económicos y sociales de los trabajadores, así lo ha señalado la Comisión de Expertos (OIT, 1994, párrafo 148).

Del artículo 9 del Convenio 87 se infiere que las legislaciones nacionales tienen plena libertad para determinar hasta qué punto las fuerzas armadas y la policía tendrán derecho de huelga; recordemos que en Colombia no existe para estos organismos.

El doctor Alfredo Villavicencio³⁷ señala que “...el Comité de Libertad Sindical ha admitido como excepciones solamente las referidas a: 1) los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado (en sentido estricto), o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (Recopilación de 1996, párrafo 526). A ello se podría agregar el caso de crisis nacional aguda, en donde también es posible limitar excepcionalmente y con duración limitada el ejercicio de este derecho (Recopilación de 1996, párrafo 527)”.

Existen varios tipos de huelga en Colombia, unas previstas por la ley y otras tratadas a nivel jurisprudencial, ellas son, la que surge dentro de una etapa de negociación colectiva, previsto en los artículos 444 y 445 del C.S.T., otra sería la huelga por el no pago de las obligaciones salariales del empleador frente a sus trabajadores, prevista en el artículo 379 literal e) modificado por el artículo 7º de la Ley 584 de 2000, las otras dos surgen a partir de planteamientos de la OIT y de la jurisprudencia nacional, ellas son la huelga de solidaridad y otra la huelga por motivos políticos.

Es importante señalar de la huelga como etapa última de la negociación colectiva, que existe un procedimiento previsto para llegar a ella, regulado en el artículo 376 y siguientes del CST. En el caso de la huelga por el no pago de las obligaciones salariales, igualmente y con base en el artículo 431 debe cumplirse con el plazo para iniciarla entre el día 2 después de su declaración y aprobación al día 10, a pesar de no ser ella fruto de una negociación colectiva*.

En cuanto a la huelga de solidaridad se remite la discente a la sentencia C-201 de 2002, donde se define y se delimita su ámbito de aplicación. En cuanto a la huelga política se hacen realizando algunos intentos de que sea acogida por el interés intrínseco que tienen las asociaciones sindicales en el manejo de la política social y económica, como ocurre en otros países, en reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional del año 2009, se fijaron direccionamientos de este espinoso tema.

* CSJ, Sentencia del 3 de junio de 2009, radicado 40428, M.P. Luis Javier Osorio López.

³⁷ Villavicencio Ríos, Alfredo. La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: Sindicación, Negociación Colectiva y Huelga. Bogotá, 2008.

4.3. PROHIBICIÓN DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES

El artículo 56 de la C.P. preceptúa:

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

La ley reglamentará este derecho...

El legislador ha expedido algunas normas determinando cuáles servicios públicos son esenciales, como la Ley 31 de 1992 sobre la banca central, la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios, la Ley 100 de 1993 sobre la actividad relativa a pensiones y salud.

El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha definido los servicios públicos esenciales como “*aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población*”³⁸.

Lo que ha señalado la OIT es que es razonable admitir limitaciones al ejercicio del derecho e incluso la prohibición del mismo, siempre y cuando se otorguen garantías apropiadas, como puede ser la existencia de procesos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar (Recopilación de 1996, párrafo 547). En este caso se puede plantear un arbitraje obligatorio.

La razón fundamental para que la Huelga esté prohibida en los servicios públicos esenciales es para evitar una contradicción entre dos derechos constitucionales, uno el derecho de huelga de un colectivo en particular y otro los derechos fundamentales de la comunidad de recibir los servicios públicos esenciales, debiendo ceder el interés particular frente al general o de interés común.

El artículo 430 del C.S.T., no ha sido modificado por el legislador, quedando incluso una sutil contradicción con el artículo 56 de la C.P., por cuanto en la primera norma se prohíbe la huelga en los servicios públicos, mientras que en la segunda se prohíbe pero en los servicios públicos esenciales, dejando al legislador la potestad de determinar cuáles son los que tienen calidad de esenciales.

³⁸ Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones. Recopilación de 1996, párrafo 546, OIT.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado, frente a la falta de reglamentación de los servicios públicos esenciales, “...impide en últimas su ejercicio, pues su desarrollo en la práctica requeriría una reglamentación diferente e independiente a la del régimen de huelga ordinario, como que la parálisis en el servicio debe prever condiciones que no impidan el ejercicio a los derechos fundamentales del resto de los asociados, ni le causen a estos un perjuicio generalizado por la falta de su prestación”.

En la sentencia C-473/94, la Corte Constitucional señaló no se puede admitir “una discrecionalidad política del legislador para definir la limitación en el derecho de huelga”, por la circunstancia de que corresponde al Congreso señalar las actividades que constituyen servicios públicos esenciales. “La Constitución ha establecido dos requisitos diferentes para que se pueda excluir el derecho de huelga de una determinada actividad. En primer término, es necesario que esta sea materialmente un servicio público esencial. Y, en segundo término, desde el punto de vista formal, es necesario que el Legislador haya expresamente definido la actividad como servicio público esencial y restringido el derecho de huelga en ella”.

Así, hasta tanto la ley no reglamente el artículo 56 de la Constitución, el Estado no está autorizado para sustraerse de la obligación de garantizar a la sociedad la prevalencia del interés general expresado en la prestación de los servicios públicos.

“La Constitución derogó las normas abiertamente incompatibles con su mandato, en tanto que las vigentes en relación con el derecho de huelga para el momento en que la Constitución cobró vigor, no lo han sido por no encerrar su tenor incompatibilidad con las normas superiores, resultando viable su aplicación en el presente caso...”³⁹.

Pese a lo anterior las interpretaciones por vía jurisprudencial han modificado en algunos aspectos este criterio, así por ejemplo el literal e) del artículo 430 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-075 de 1997⁴⁰, por cuanto las actividades de las plantas de leche, plazas de mercado, mataderos no constituyen un servicio público.

En la sentencia C-450 de 1995⁴¹, analizando los literales b) y el h) del artículo 430 del C.S.T. que rezan respectivamente; b) “Las empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones” y h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno”, declaró su exequibilidad, por

39 CSJ, sección primera, Sentencia de Homologación, septiembre 29 de 1994, radicado 7172, M.P. Ramón Zúñiga Valverde.

40 C. Const. C-075 del 20 de febrero de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

41 C. Const. C-450 del 4 de octubre de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

entender dichas actividades como servicios públicos esenciales. La primera actividad por cuanto están destinadas a asegurar la libertad de circulación o pueden constituir medios necesarios para el ejercicio o la protección de derechos fundamentales, como la vida, la salud, la educación, el trabajo, etc. La actividad de telecomunicaciones es también servicio público esencial por cuanto con ellas se garantiza la libertad de expresión, difusión de pensamiento, opinión y de información. En cuanto a la segunda actividad relativa a la extracción, producción y distribución de petróleo, también son servicios públicos esenciales por cuanto aseguran actividades esenciales como el transporte, la distribución de energía.

Así mismo, en la jurisprudencia C-521 de 1994⁴² se declaró que la banca central es un servicio público esencial (Ley 31 de 1992 inciso 2º).

La Corte en la sentencia C-450 de 1995, refiriéndose a la definición de los servicios públicos esenciales, afirmó:

“La esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, esto es, por su naturaleza intrínseca, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o prestacional en la economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para esta representa su interrupción por la huelga. Tampoco, aquella puede radicar en la invocación abstracta de la utilidad pública o de la satisfacción de los intereses generales, la cual es consustancial a todo servicio público.

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

El concepto de servicios públicos esenciales necesariamente comporta una ponderación de valores e intereses que se suscita entre los trabajadores que invocan su derecho a la huelga y los sacrificios válidos que se pueden imponer a los usuarios de los servicios”.

Los organismos de control de la OIT⁴³, en especial la Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones, con relación a los servicios públicos esenciales, tienen una posición diferente. Al respecto han dicho lo siguiente:

42 C.Const. C-521 del 21 de noviembre de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

43 Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones, recopilación de 1996, párrafos 159 y 160, OIT

159. *Muchos países tienen disposiciones que limitan o prohíben las acciones de huelga en los servicios esenciales, noción que varía según las diferentes legislaciones nacionales. Esas disposiciones contienen desde una simple enumeración limitativa bastante breve de esos servicios hasta una larga lista incorporada en la propia legislación. A veces, se trata de definiciones, desde la más restrictiva a la más amplia, que engloban todas las actividades que el gobierno considera apropiado incluir en la noción de servicios esenciales o todas las huelgas que, en su opinión, podrían ser perjudiciales para el orden público, el interés general o el desarrollo económico. En los casos extremos, la legislación dispone que una simple declaración de las autoridades en este sentido basta para justificar el carácter esencial del servicio. El principio según el cual el derecho de huelga puede verse limitado, o incluso prohibido, en los servicios esenciales perdería todo sentido si la legislación nacional definiese esos servicios de forma demasiado extensa. Al tratarse de una excepción del principio general del derecho de huelga, los servicios esenciales respecto de los cuales es posible obtener una derogación total o parcial de ese principio deberían definirse de forma restrictiva; la Comisión estima, por lo tanto, que sólo pueden considerarse servicios esenciales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (Nota 39). Además, a juicio de la Comisión, sería poco conveniente, e incluso imposible, pretender elaborar una lista completa y definitiva de los servicios que pueden considerarse como esenciales”.*

160. *La Comisión recuerda la importancia fundamental que concede al carácter universal de las normas, pero estima que es necesario tener en cuenta las circunstancias especiales que puedan darse en los diferentes Estados Miembros, ya que si bien la interrupción de ciertos servicios podría, en el peor de los casos, ocasionar problemas económicos en algunos países, en otros podría tener efectos desastrosos y crear en poco tiempo situaciones en que se verían comprometidas la salud, la seguridad o la vida de la población; así, una huelga en los servicios portuarios o de transporte marítimo podría ocasionar más rápidamente graves perturbaciones en una isla, que depende en gran parte de esos servicios para el suministro de productos básicos a su población, que en un país continental. Además, un servicio no esencial en el sentido estricto del término puede convertirse en esencial si la huelga que repercute en el mismo dura más de un cierto período o adquiere tal dimensión que pueden correr peligro la salud, la seguridad o la vida de la población (por ejemplo, en los servicios de recolección de basura). Con el fin de evitar daños irreversibles o que no guarden proporción alguna con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias económicas de los conflictos colectivos, las autoridades podrían establecer un régimen de servicio mínimo en otros servicios que son de utilidad pública, en vez de prohibir radicalmente las acciones de huelga, prohibición que debería limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término.*

Debe analizarse con detenimiento la propuesta de la OIT relativa al concepto de garantizar un “servicio mínimo” en las actividades o servicios públicos previstos en el párrafo 159 anteriormente citado, esto es, que no debe hacerse una prohibición absoluta de estos servicios esenciales, sino que podrían instaurarse unos “servicios mínimos” para garantizar el servicio en lo esencial y el respeto de los derechos humanos de los usuarios, ejemplo de ello sería el servicio de transporte a las horas de entrada y salida masiva del trabajo, pero el resto del día no habría servicio o mantener el servicio de urgencias en salud, etc.

4.4. DOS ETAPAS NUEVAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Analizadas las diferentes etapas del conflicto, es decir, la denuncia de la convención, la presentación del pliego de peticiones, la negociación colectiva y su fracaso, la etapa de la prehuelga donde la asamblea determina si se va a la misma o se invoca un tribunal de arbitramento. Si fuere la Huelga esta debe ser protegida, para garantizar este derecho, durante su desarrollo, las autoridades tienen unas funciones, previstas en el artículo 448 del C.S.T., modificado por el artículo 63 de la Ley 50 de 1990 que a la letra dice:

“1. Durante el desarrollo de la huelga, las autoridades policivas tienen a su cargo la vigilancia del curso pacífico del movimiento y ejercerán de modo permanente la acción que les corresponda, a fin de evitar que los huelguistas, los empleadores, o cualesquiera personas en conexión con ellos excedan las finalidades jurídicas de la huelga, o intenten aprovecharla para promover desórdenes o cometer infracciones o delitos.

2. Mientras la mayoría de los trabajadores de la empresa persista en la huelga, las autoridades garantizarán el ejercicio de este derecho y no autorizarán ni patrocinarán el ingreso al trabajo de grupos minoritarios de trabajadores aunque estos manifiesten su deseo de hacerlo⁴⁴.

3. Modificado por el artículo 18 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente: Declarada la huelga, el sindicato o sindicatos que agrupen la mayoría de los trabajadores de la empresa o, en defecto de estos, de los trabajadores en asamblea general, podrán someter a votación la totalidad de los trabajadores de la empresa, si desean o no sujetar las diferencias persistentes a fallo arbitral. Si la mayoría absoluta de ellos optare por el tribunal, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro de un término máximo de tres (3) días hábiles de hallarse suspendido.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- 085-95 del 1 de marzo de 1995, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía, declaró exequible las palabras “mayoría” y “empresa”.

4. Modificado por el artículo 1º de la Ley 1210 de 2008.

El artículo en mención permite que mientras se desarrolla la huelga se pueda determinar por parte del sindicato que agrupe a la mayoría de los trabajadores o estos en asamblea si no estuvieren sindicalizados, optar por un tribunal de arbitramento, entendido en este caso como un mecanismo alternativo de resolver los conflictos colectivos, aunque es claro que esta posición prevista dentro del conflicto sustrae la negociación de las partes y la entrega a un cuerpo colegiado extraño a sus intereses.

También se convierte en obligatorio el tribunal de arbitramento, cuando agotada la etapa directa los trabajadores en asamblea, decidieron que en vez de la huelga se opte por el Tribunal de arbitramento.

El artículo 1º de la Ley 1210 de julio 14 de 2008⁴⁵, modifica el numeral 4 del artículo en mención, al imponer dos nuevas etapas sucesivas, que se refiere la primera a poder convenir entre las partes, **un mecanismo de composición, conciliación o arbitraje**, tal como el convenio 151 de la OIT lo propone, y **la segunda es la intervención de una subcomisión de Concertación de Políticas salariales y laborales**⁴⁶ en caso de que la primera no arrojare soluciones, el artículo sobre este aspecto, afirma:

“4. Cuando una huelga se prolongue por sesenta (60) días calendario, sin que las partes encuentren fórmula de solución al conflicto que dio origen a la misma, el empleador y los trabajadores durante los tres (3) días hábiles siguientes, podrán convenir cualquier mecanismo de composición, conciliación o arbitraje para poner término a las diferencias. Si en este lapso las partes no pudieren convenir un arreglo o establecer un mecanismo alternativo de composición para la solución del conflicto que les distancia, de oficio o a petición de parte, intervendrá una subcomisión de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 278 de 1996⁴⁷.

45 “Por la cual se modifican parcialmente los artículos 448 (numeral 4) y 451 del Código Sustantivo del Trabajo y 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se crea el artículo 129 a del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se dictan otras disposiciones”

46 Ley 278 de 1996, reglamenta Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales creada por el artículo 56 de la Constitución Política.

47 “Artículo 9º En los conflictos colectivos del trabajo, terminada la etapa de arreglo directo, cualquiera de los sectores representado en la Comisión podrá solicitar que esta sea convocada con el objeto de oír a las partes en conflicto. Para tales efectos, la Comisión podrá nombrar una subcomisión accidental que también estará integrada en forma tripartita.

La Comisión o la subcomisión accidental, en su caso, actuarán como amigables componedores, pudiendo proponer fórmulas de arreglo tendientes a solucionar el conflicto colectivo. La renuencia a concurrir por alguna de las partes, no se constituirá en impedimento para que la Comisión o la subcomisión accidental sesionen”

Esta subcomisión ejercerá sus buenos oficios durante un término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente al vencimiento del término de los tres (3) días hábiles de que trata este artículo. Dicho término será perentorio y correrá aun cuando la comisión no intervenga. (...).

Parágrafo 1º: *La Comisión Nacional de Concertación de Políticas Laborales y Salariales designará tres (3) de sus miembros (uno del Gobierno, uno de los trabajadores y uno de los empleadores) quienes integrarán la subcomisión encargada de intervenir para facilitar la solución de los conflictos laborales. La labor de estas personas será ad honorem.*

4.5. NUEVAS SITUACIONES PARA CONVOCAR UN TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO.

A continuación la norma en comento impone otros casos obligatorios para conformar un Tribunal de Arbitramento, el primero, si se agotaron las dos etapas anteriores sin solución del conflicto, debe el Ministerio de Protección Social convocarlo a solicitud de las partes o, en segundo lugar, si la huelga afecta de manera grave la salud, la seguridad, el orden público o la economía en todo o en parte de la población, el Presidente de la República, previo concepto favorable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puede ordenar en cualquier momento la cesación de la huelga y se somete a árbitros. Véase la parte atinente del artículo mencionado:

(...)

Si vencidos los cinco (5) días hábiles no es posible llegar a una solución definitiva, ambas partes solicitarán al Ministerio de la Protección Social la convocatoria del tribunal de arbitramento. Efectuada la convocatoria del Tribunal de Arbitramento los trabajadores tendrán la obligación de reanudar el trabajo dentro de un término máximo de tres (3) días hábiles. (...)

Parágrafo 2º: *Si una huelga, en razón de su naturaleza o magnitud, afecta de manera grave la salud, la seguridad, el orden público o la economía en todo o en parte de la población, el Presidente de la República, previo concepto favorable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puede ordenar en cualquier momento la cesación de la huelga y que los diferendos que la provocaron sean sometidos a fallo arbitral⁴⁸.*

48 La Ley 48 de 1968 en su artículo tercero numeral 4º decía: "Si una huelga, por razón de su naturaleza o magnitud afecta de manera grave los intereses de la economía nacional considerada en su conjunto, el Presidente de la República podrá ordenar en cualquier momento la cesación de la huelga y que los diferendos que la provocaron sean sometidos a fallo arbitral. Pero el Presidente no podrá tomar esa decisión sin el concepto previo y favorable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En caso de vacancia judicial, el concepto previo corresponde al Procurador General de la Nación. En ambas circunstancias, el concepto debe ser expedido dentro de los tres (3) días siguientes a la solicitud.

4.6. LA ILEGALIDAD DE LA HUELGA

Por años se había abogado por parte de los sindicatos de segundo y tercer grado, además de las continuas quejas a la OIT y sus respuestas, para que fuera un organismo diferente al Ministerio de Protección Social el que decidiera la legalidad o no de la huelga.

En específico para Colombia, el Comité de Libertad Sindical de la OIT había señalado con total claridad que el órgano encargado de declarar la ilegalidad de la huelga no podía ser el Ministerio de Trabajo, porque el Poder Ejecutivo no es lo suficientemente imparcial para que su pronunciamiento sea objetivo (239 no. informe, caso 1190, párrafo 242.d; 292^{do.} informe, caso 1679, párrafo 95), y que el único órgano autorizado para hacerlo debe ser el Poder Judicial, aunque ha aceptado que excepcionalmente algún órgano independiente, de preferencia uno bipartito o tripartito, pueda pronunciarse sobre el particular.

4.6.1. CAUSALES DE ILEGALIDAD DE LA HUELGA

Las causales de ilegalidad de la huelga son taxativas en la ley, el artículo 450 del C.S.T., reza:

“Artículo 450 modificado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990. Casos de ilegalidad y sanciones.

1. La suspensión colectiva del trabajo es ilegal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando se trate de un servicio público”.

Al respecto la Corte Constitucional, mediante sentencia C-473 de 1990, M.P. Alejandro Martínez Caballero, declaró exequible este artículo, como ya se vio, pero condicionado a que se tratara “...conforme el artículo 56 de la Constitución, de servicios públicos esenciales definidos por el legislador”, de la misma manera lo señaló en la sentencia C-085 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

Por lo anterior al conocer un caso de este talante se deberá revisar por parte del magistrado, si la ley considera el servicio público como esencial o revisar

la jurisprudencia de las altas cortes para verificar el precedente dispuesto en sus sentencias.

“b) Cuando persiga fines distintos de los profesionales o económicos”.

En la clasificación general de las huelgas⁴⁹ algunas de ellas son **económicas o reivindicativas**, cuya finalidad es la mejora de las condiciones de trabajo, igualmente cuando la huelga se presenta porque el empleador **retiene ilegalmente los salarios**. Están también las huelgas **políticas**, la huelga **general**, la huelga de **solidaridad**, etc.

La OIT ha señalado que “Las huelgas de solidaridad también se han considerado válidas, en tanto la huelga apoyada sea legal” (248º informe, caso 1381, párrafos 277 y 417). En igual sentido ha dicho que la huelga descartada por ilegítima es la de motivaciones puramente políticas, la que tiene como finalidad la caída del gobierno o la toma del poder por ejemplo (Recopilación de 1985, párrafo 372).

En Colombia legalmente solo es permitida la que persiga fines profesionales o económicos.

El doctor Alfredo Villavicencio⁵⁰ señala dentro del capítulo de las modalidades de huelga lo siguiente:

En lo que se refiere a las modalidades de ejercicio del derecho de huelga, fuera de la tradicional suspensión del trabajo con abandono del centro de labores, entre las que se encuentran la huelga de brazos caídos, neurálgica, japonesa, de reglamento, intermitente, así como las de ritmo lento o brazos caídos, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que cualquier modalidad es válida siempre que no se incurra en actos de violencia (Recopilación de 1985, párrafos 260 y 367).

En el mismo sentido, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha sostenido que cuando la legislación nacional garantiza el derecho de huelga, muy a menudo se plantea el problema de determinar si la acción emprendida por los trabajadores constituye efectivamente una huelga de conformidad con la contenida en la ley. En general, cabe considerar como huelga toda suspensión del trabajo, por breve que sea esta. Ahora bien, establecer esta calificación resulta menos fácil cuando, en lugar de producirse una cesación absoluta de la actividad se trabaja con mayor lentitud (huelga de trabajo a ritmo lento) o se aplica el reglamento al pie de la letra (huelga de celo). Trátase en ambos casos de huelgas

49 Ospina Duque, Édgar. Derecho Colectivo del Trabajo. Segunda edición. Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

50 Villavicencio Ríos, Alfredo. La Libertad Sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: Sindicación, Negociación Colectiva y Huelga, Bogotá, 2007

que tienen unos efectos tan paralizantes como la suspensión radical del trabajo. Observando que las legislaciones y las prácticas son extremadamente variadas sobre este punto, la Comisión estima que las restricciones en relación a los tipos de huelgas sólo se justificarían si la huelga perdiere su carácter pacífico (OIT, 1994, párrafo 173).

Por otra parte, frente a las nuevas realidades en las que se ha presentado una evolución del paradigma productivo pasando de un sistema de organización centralizado a uno descentralizado, intensificado debido a la revolución tecnológica, el Comité de Libertad Sindical ha expresado una visión amplia respecto de las diversas modalidades de huelga adecuadas a los cambios productivos y tecnológicos (260º informe, casos 997, 999 y 1029, párrafo 39; 291º informe, casos 1648 y 1650, párrafo 466; Recopilación de 1985, párrafo 367).

“c) Cuando no se haya cumplido previamente el procedimiento del arreglo directo”.

La diferencia entre la huelga y el “paro” colectivo es que la primera es un derecho, tutelado en el artículo 56 de la C.P., pero no como un derecho autónomo, pues para llegar a este, deben agotarse unas etapas previas del conflicto jurídico previstas en el Código Sustantivo del Trabajo, esto es la denuncia de la convención, la etapa de arreglo directo, la etapa de la prehuelga, donde se determina por parte de la asamblea si se va o no a la huelga. En cambio el paro colectivo es un acto de fuerza, siendo una medida de hecho no prevista en la ley, que suspende la prestación del servicio y por tanto ilegal⁵¹.

“d) Cuando no haya sido declarada por la asamblea general de los trabajadores en los términos previstos en la presente ley”.

Al respecto bastará con revisar las actas de la asamblea de trabajadores y revisar el procedimiento seguido para iniciar la huelga o determinar por medio de testigos si lo anterior no fuere suficientemente esclarecedor qué ocurrió allí.

“e) Cuando se efectuare antes de los dos (2) días o después de diez (10) días hábiles a la declaratoria de huelga”.

Mediante sentencia 115 del 26 de septiembre de 1991, M.P. Jaime Sanín G., la Corte Suprema de Justicia declaró exequible este literal.

“f) Cuando no se limite a la suspensión pacífica del trabajo”.

La misma definición de la huelga en Colombia señala que es una suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo con fines económicos o profesionales, por ello

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-1052 de 2001, M.P.

cualquier acto de violencia contra los bienes o las personas desdice de esta figura y la puede tornar en ilegal. Será el poder judicial quien determinará si existieron estos actos.

“g) Cuando se promueva con el propósito de exigir a las autoridades la ejecución de algún acto reservado a la determinación de ellas”.

Las exigencias de tipo político, administrativo o legal, propias de algunas entidades del Estado, no pueden ser solicitadas por medio de la suspensión colectiva del trabajo, verbigracia, el aumento salarial en los empleados del Estado, la liberación de compañeros de trabajo, sin observancia de procedimientos legales, etc.

“2. Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él, y respecto a los trabajadores amparados por el fuero el despido no requerirá calificación judicial.”

Para hacer efectivo el numeral 2º del artículo, el empleador puede despedir a los trabajadores que han tenido participación activa, por ello cuando se presente un proceso judicial sobre este asunto se debe demostrar al juez no solo que el despido era justificado por la ilegalidad de la huelga, sino que se debe demostrar la intervención activa del trabajador o la persistencia en ella después de que fue declarada ilegal, aunque hayan tenido una participación pasiva, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en varias sentencias, entre otras, la del 25 de enero de 2002, radicado 16661, M.P. Fernando Vásquez Botero y la de 12 de febrero de 2003, radicado 19.391, M.P. Isaura Vargas Díaz.

La Corte Constitucional en la sentencia SU-36 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, agrega otro elemento:

“No bastará, entonces, que el empleador demuestre ante el juez correspondiente que el despido era justificado, en razón al grado de participación o intervención del trabajador en el cese de actividades declarado ilegal (C.S.T., art. 450, num. 2º), pues tendrá que probar que su decisión fue antecedida por una actuación en la que se permitió la presencia y defensa del empleado (art. 29 de la Constitución). Sólo así se convierte en racional y no arbitraria, la potestad reconocida por el legislador al empleador en el artículo 450 numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo”.

Continuando con el desarrollo del artículo 450 del C.S.T. en los numerales 3 y 4 preceptúa:

“3. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio Público o el empleador afectado, podrán solicitar a la justicia laboral la suspensión o

cancelación de la personería jurídica del sindicato, conforme al procedimiento señalado en el artículo 52 de esta ley.

4. Las sanciones a que se refiere el inciso anterior no excluyen la acción del empleador contra los responsables para la indemnización de los perjuicios que se le hayan causado”.

Con base en el artículo anterior, 3 son las consecuencias de la declaratoria de ilegalidad de la huelga:

1. El empleador puede despedir a quienes hubieren participado activamente en el cese de actividades o se mantuvieran en ella, después de la declaración de ilegalidad.
2. Se podrá solicitar por parte del Ministerio de Protección Social, el Ministerio Público, la suspensión o cancelación de la inscripción del registro sindical, que como se recordará es un proceso especial sumario, previsto en el artículo 52 de la ley 50 de 1990 (art. 380 numeral 2 del C.S.T.).
3. El empleador podrá perseguir civilmente las indemnizaciones de perjuicios causados por el paro ilegal, contra los responsables e igualmente iniciar las posibles acciones penales contra los mismos, si a ello hubiere lugar.

4.6.2. ORGANISMO QUE DECLARA LA ILEGALIDAD DE LA HUELGA

Con anterioridad el Ministerio de Protección Social declaraba administrativamente la ilegalidad de la suspensión o paro colectivo, cuando el empleador acudía ante la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de la jurisdicción del domicilio de la empresa, sucursal o agencia donde se haya realizado la suspensión o paro, al tenor de lo señalado en el D.R. 1469 de 1978. El Ministerio de la Protección Social acudía al lugar para constatar el cese de actividades, declarando la legalidad o ilegalidad, decisión que podía ser recurrida ante el Consejo de Estado y por ende el derecho patronal de despedir a los trabajadores que activamente hubieren participado en ella o habrían persistido en ella, al tenor de lo dicho por el artículo 451 del C.S.T.

El artículo 2º de la Ley 1210 de 2008 modificó el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, señala el organismo para declarar la ilegalidad de la huelga:

“1. La legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo será declarada judicialmente mediante trámite preferente. En primera instancia, conocerá la Sala Laboral del Tribunal Superior competente. Contra la decisión procederá el recurso de apelación que se

concederá en el efecto suspensivo y se tramitará ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. La providencia respectiva deberá cumplirse una vez quede ejecutoriada.

2. La reanudación de actividades no será óbice para que el Tribunal profiera la declaratoria de la legalidad o ilegalidad correspondiente.

3. En la calificación de suspensión o paro colectivo de trabajo por las causales c) y d) del artículo anterior, no se toman en cuenta las irregularidades adjetivas de trámite en que se haya podido incurrir".

La norma lo único que cambió fue el organismo que debe declarar la legalidad o no de una suspensión o paro colectivo del Ministerio de Trabajo (hoy Ministerio de Protección Social) a la Sala Laboral del Tribunal Superior competente y en segunda instancia ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues los dos siguientes numerales son del mismo contenido.

Por lo anterior es de suma importancia para jueces y juezas, magistrados y magistradas, conocer claramente cuáles son las causales que llevan a la declaración de la ilegalidad de la suspensión de actividades y cuál es el nuevo procedimiento.

Las **causales** fueron revisadas en el tema anterior, en cuanto al **procedimiento** el artículo 4º de la Ley 1210 de 2008 crea el artículo 129 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, contentivo del procedimiento judicial para calificar la suspensión colectiva del trabajo:

"1. Procedimiento especial: calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo. A través de procedimiento especial, la Sala Laboral del Tribunal del Distrito Judicial competente conocerá, en primera instancia, sobre la calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo, a solicitud de parte o del Ministerio de la Protección Social.

2. Competencia: Es competente para conocer, la Sala Laboral del Tribunal Superior en cuya jurisdicción territorial se haya producido la suspensión o paro colectivo del trabajo. Si por razón de las distintas zonas afectadas por ella fueren varios los Tribunales competentes, el primero que avoque el conocimiento del asunto prevendrá e impedirá a los demás conocer del mismo.

3. Demanda: La demanda tendiente a obtener la calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo deberá contener, además de lo previsto en el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la causal invocada; la justificación y una relación pormenorizada de las pruebas que la demuestren, las cuales no podrán ser aportadas en otra oportunidad procesal. Esta podrá ser presentada por una de las partes o por el Ministerio de la Protección Social.

El acta de constatación de cese de actividades que levantará el Inspector de Trabajo debe ser adjuntada con la demanda, sin perjuicio de los demás medios de prueba.

4. Traslado y audiencia: Admitida la demanda, el Tribunal en auto que se notificará personalmente y que dictará dentro del día hábil (1) siguiente citará a las partes para audiencia.

Esta tendrá lugar el tercer (3^{er}) día hábil siguiente a la notificación y en ella se contestará la demanda. Acto seguido, se adelantará la audiencia pública para el saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, la fijación del litigio, el decreto y la práctica de las pruebas, se dará traslado a las partes para el ejercicio del derecho de contradicción, para que oralmente expongan sus razones, las cuales versarán sobre las pruebas admitidas. Si la Sala estimare necesario otra u otras pruebas para su decisión, las ordenará y practicará sin demora alguna y pronunciará el correspondiente fallo, que se notificará en estrados contra el cual procederá el recurso de apelación en el efecto suspensivo, que se interpondrá y sustentará, en el acto de notificación; interpuesto el recurso la Sala lo concederá o denegará inmediatamente.

Contra la Providencia que niegue la apelación procederá el recurso de queja que se tramitará de conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

La decisión del recurso de apelación se hará a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que el proceso entre al despacho del magistrado ponente.

5. Término de calificación: En todo caso, la decisión sobre la legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo deberá pronunciarse, a más tardar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, contados a partir de la recepción de la demanda.

6. Prevenciones a las partes: La providencia en que se declare la legalidad o la ilegalidad de una suspensión o paro colectivo de trabajo deberá contener, además, las prevenciones del caso para las partes en conflicto y se hará conocer al Ministerio de la Protección Social.

7. Calificación en época de vacancia judicial: Durante la vacancia judicial se acudirá a la Sala Administrativa del Consejo Seccional o Superior de la Judicatura, según el caso, para que designe al funcionario competente para cada instancia.

Parágrafo 1º.- *Los procesos de calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo que conozca el Ministerio de la Protección Social, antes de la vigencia de la presente ley, continuarán hasta su culminación en sede gubernativa.*

Parágrafo 2º.- *Cuando para el conocimiento del proceso de calificación de legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo, exista conflicto de intereses; el*

magistrado se declarará impedido y esta situación, al igual que la recusación, se resolverá de conformidad con las normas procesales previstas en la ley.”

No se hará un análisis pormenorizado del tema procesal, por cuanto en el módulo de “Derecho Procesal Laboral” se presenta con amplitud el procedimiento para declarar la ilegalidad o no de la suspensión del servicio.

4.7. NOVEDAD JURISPRUDENCIAL SOBRE LA HUELGA

La Corte Constitucional, en la sesión de la Sala Plena celebrada el día 20 de mayo de 2009, adoptó las siguientes decisiones:

1. Expediente D-7474 - Sentencia C-349 de 2009

Magistrado Ponente: Doctor Luis Ernesto Vargas Silva

1.1. Norma acusada

LEY 1210 DE 2008

Por la cual se modifican parcialmente los artículos 448 numeral 4 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo y 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se crea el artículo 129A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1o. Modifíquese el numeral 4 del artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Funciones de las autoridades.

(...)

4. Cuando una huelga se prolongue por sesenta (60) días calendario, sin que las partes encuentren fórmula de solución al conflicto que dio origen a la misma, el empleador y los trabajadores durante los tres (3) días hábiles siguientes, podrán convenir cualquier mecanismo de composición, conciliación o arbitraje para poner término a las diferencias.

Si en este lapso las partes no pudieren convenir un arreglo o establecer un mecanismo alternativo de composición para la solución del conflicto que les distancia, de oficio o a petición de parte, intervendrá una subcomisión de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 278 de 1996.

Esta subcomisión ejercerá sus buenos oficios durante un término máximo de cinco (5) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente al vencimiento del término de los tres (3) días hábiles de que trate este artículo. Dicho término será perentorio y correrá aun cuando la comisión no intervenga, si vencidos los cinco (5) días hábiles no es posible llegar a una solución definitiva, ambas partes solicitarán al Ministerio de la Protección Social la convocatoria del tribunal de arbitramento. Efectuada la convocatoria del Tribunal de Arbitramento los trabajadores tendrá la obligación de reanudar el trabajo dentro de un término máximo de tres (3) días hábiles.

Sin perjuicio de lo anterior la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales, podrá ejercer la función indicada en el artículo 9º de la Ley 278 de 1996.

Parágrafo 1o. La Comisión Nacional de Concertación de Políticas Laborales y Salariales designará tres (3) de sus miembros (uno del Gobierno, uno de los trabajadores y uno de los empleadores) quienes integrarán la subcomisión encargada de intervenir para facilitar la solución de los conflictos laborales. La labor de estas personas será *ad honorem*.

PARÁGRAFO 20. Si una huelga, en razón de su naturaleza o magnitud, afecta de manera grave la salud, la seguridad, el orden público o la economía en todo o en parte de la población, el Presidente de la República, previo concepto favorable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puede ordenar en cualquier momento la cesación de la huelga y que los diferendos que la provocaron sean sometidos a fallo arbitral.

En caso de vacancia judicial, el concepto previo corresponde al Procurador General de la Nación. En ambas circunstancias, el concepto debe ser expedido dentro de los tres (3) días siguientes a la solicitud.

1.2. Problema jurídico

Le correspondió a la Corte resolver (i) si la sentencia C-548 de 1994 configura cosa juzgada constitucional o un precedente específico aplicable; (ii) si la facultad que la norma acusada otorga al Presidente de la República, para ordenar en cualquier momento la cesación de una huelga que en razón de su naturaleza o magnitud afecte de manera grave la salud, la seguridad, el orden público o la economía en todo o en parte de la población y el sometimiento del diferendo que la provocó a fallo arbitral,

desconoce los derechos constitucionales de huelga y a la negociación colectiva; y (iii) si el presupuesto del concepto previo que deberá emitir la Sala

 Laboral de la Corte Suprema de Justicia o, en su caso, el Procurador General de la Nación, resulta acorde con las competencias que la Constitución Política adscribe a los mencionados organismos.

1.3. Decisión

Declarar IN EXEQUIBLE el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 1210 de 2008, que modificó el numeral 4º del artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo.

1.4. Razones de la decisión

De manera previa, la Corte estableció que en el presente caso no se configuraba el fenómeno de cosa juzgada constitucional frente a la decisión adoptada en sentencia C-548/94, toda vez que si bien es cierto que el artículo 3º de la Ley 48 de 1968 contiene algunos elementos similares a los de la disposición acusada, también lo es que el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 1210 de 2008 adiciona otros ingredientes normativos que amplían significativamente su espectro de aplicación, por lo que se trata de normas de alcance y contenidos diversos. Por esta razón, no se erige en un precedente específico aplicable, que imponga a la Corte la exigencia de acogerlo o de justificar las razones por las cuales no se seguirá esa sentencia. De otro lado, existen razones de peso para efectuar un examen de la norma acusada a la luz de un parámetro constitucional distinto, toda vez que a partir de la ratificación del Convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT y la incorporación de este a la legislación interna por medio de la Ley 524 de 1999, surgió un nuevo contexto constitucional en Colombia, en materia de negociación colectiva, como se determinó en la sentencia C-466/08.

Ya en concreto sobre el parágrafo demandado, la Corte precisó que introduce una limitación al derecho de negociación colectiva y a la huelga en aquellos eventos en que el cese colectivo de labores afecte de manera grave la salud, la seguridad, el orden público o la economía en todo o en parte de la población. Consideró que esta limitación no respeta la condición material establecida en la Constitución (art. 56) para limitar el derecho de huelga, esto es, que se trate de un *servicio público esencial*, a lo cual no se hace referencia en la norma, sino a ciertas situaciones de contexto que a juicio del Presidente ameriten su intervención. Estos eventos no incorporan “criterios estrictos, objetivos y razonables” que permitan reconocer una proporcionalidad entre el respeto de los derechos fundamentales de los usuarios de

los servicios públicos esenciales y el derecho de los trabajadores a la huelga, tensión que ajuicio de la Corte ha justificado la limitación del artículo 56 superior. Por el contrario, el legislador acudió a criterios demasiado amplios y laxos relacionados con el interés general, la utilidad pública o la importancia económica de la actividad suspendida, que pueden ser predicables de muchas actividades, incluso de aquellas que involucran la prestación de un servicio público, pero que no revisten la característica de *esencial*. Por consiguiente, la facultad que se otorga al Gobierno en la disposición acusada contraviene el artículo 56, puesto que se confiere una facultad abierta para determinar si una huelga está afectando de manera grave la salud, la seguridad, el orden público o los intereses de la economía. Aunque la preservación del orden público, del orden económico y social y de la salubridad pública son sin duda cometidos que conciernen al Gobierno nacional, no es admisible que para conjurar situaciones que los perturben de manera grave, se acuda a la suspensión *permanente* del derecho de huelga, en eventos no previstos en la Constitución, cuando el ordenamiento jurídico contempla herramientas para que el ejecutivo enfrente con mayor eficacia situaciones de tal envergadura.

Para la Corte, la norma acusada desconoce la reserva legal en materia de huelga, como quiera que mediante la atribución que otorga al Presidente de la República, el legislador se está despojando de una competencia que la Constitución le asigna de manera privativa, consistente en determinar con criterios estrictos, objetivos y razonables, el ámbito material sobre el cual es posible la restricción legítima al derecho de huelga. Dado el amplio margen de maniobra que la norma establece, sería el Presidente de la República, previo concepto de la Corte Suprema de Justicia. O en su defecto, por el Jefe del Ministerio Público, quien definiría la actividad en la cual se entraría a limitar el derecho de huelga. A su juicio, este control previo no subsana el desconocimiento de la estricta reserva legal que la Constitución prevé para la determinación del ámbito material en que la restricción al derecho de huelga resulta legítima, además de que desborda las competencias asignadas en los artículos 234, 277 y 278 de la Constitución, a la Corte Suprema de Justicia ya la Procuraduría General de la Nación, acorde con la misión que compete a cada uno de estos organismos del Estado. Con fundamento en lo anterior, la Corte procedió a declarar inexistente el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 1210 de 2008.

1.5. Los magistrados GABRIEL MENDOZA MARTELO, MAURICIO GONZALEZ CUERVO y HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO manifestaron su salvamento de voto, por considerar que de ninguna manera la disposición acusada estaba desconociendo la reserva legal de las restricciones al derecho de huelga, sino

que por el contrario, configuraba un desarrollo de la potestad legislativa prevista en artículo 56 de la Carta Política para reglamentar su ejercicio. Advirtieron que la atribución que se otorgaba al Presidente de la República para ordenar el cese de una huelga en las hipótesis previstas en la misma norma legal, constituía una facultad controlada, no arbitraria, sujeta al concepto previo y favorable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia o si fuere el caso, del Procurador General de la Nación, frente a un cese de actividades que afecte de manera grave la salud, la seguridad, el orden público o la economía de todo o parte de la población, en tratándose “exclusivamente” de servicios públicos esenciales catalogados como tales por el legislador, perspectiva bajo la cual, debió declararse la exequibilidad de la norma. Tal limitación no significaba de ningún modo una negativa al derecho de huelga. Adicionalmente, observaron que los artículos 234, numeral 7 y 277, numeral 10 de la Constitución habilitan al legislador para asignar otras funciones a la Corte Suprema de Justicia, aspecto en relación con el cual esta corporación se había pronunciado en sentencia C- 548/94, declarando ajustada a la Carta esa posibilidad, sin que hayan sobrevenido nuevas circunstancias fácticas normativas que, en lo esencial, justifiquen cambiar el precedente. En su concepto, el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 1210 de 2008 ha debido ser declarado exequible, sujeto a la mencionada condición.

1. ¿Cómo se define el derecho de huelga?
2. ¿En qué término la OIT define el servicio esencial? ¿Qué diferencias encuentra con lo dicho por la Corte Constitucional?
3. ¿Considera usted que es necesario legislar sobre los servicios públicos esenciales, pese a la existencia del artículo del C.S.T.?
4. ¿Quién declara la ilegalidad de la huelga, bajo qué procedimiento y sobre qué causales?
5. ¿Qué diferencia existe entre el paro y la huelga?

EJERCICIO 1º.

At

Mediante un decreto nacional regulador del tema de la huelga se establece:

Artículo 3º: Las modalidades de huelga irregular como la paralización de secciones neurálgicas de las empresas, el trabajo a ritmo lento, o la reducción deliberada del rendimiento no serán reconocidas como derecho de huelga.

Se pregunta:

- A. ¿Esta norma se encuentra acorde con la Constitución y el convenio 87 de la OIT?
- B. Podrían utilizarse los pronunciamientos del comité de libertad sindical para fundamentar una acción de inconstitucionalidad contra el artículo.

- C. ¿Si fuere una ley y no el decreto tendría validez?
- 1. El sindicato de trabajadores de la empresa “Corbeta” cumpliendo con todas las etapas exigidas para la negociación colectiva y previa la prehuelga, comunica al empleador que se aprobó una huelga indefinida por efectos de no acceder el empleador a un aumento de salario. Los trabajadores empiezan a detener las máquinas, lo que lleva dos días. Sin embargo, el día fijado para la huelga, el sindicato en nueva Asamblea decide postergar la paralización de actividades y el empleador nuevamente reinicia la maquinaria, proceso que lleva dos días, transcurrido ese término el sindicato anuncia que dentro de los dos días se inicia la huelga y por ello se paran las máquinas, en ese día nuevamente se posterga por parte del sindicato la hora “0”, a lo que el empleador decide no dejar entrar a los trabajadores en la empresa.

Se pregunta:

- A. ¿Es válida la actuación del sindicato?
- B. ¿Es valida la actuación del empleador?
- C. ¿Se podría, con base en el artículo 450 del C.S.T., declarar ilegal la huelga?

En una empresa social del Estado frente a la insatisfacción de las condiciones de trabajo, se decide por parte de los servidores públicos, cesar en las actividades por parte de la mayoría de los trabajadores y para no traumatizar el servicio, se destina personal únicamente para los servicios de urgencias y servicios prioritarios. El director del Hospital decide acudir a la jurisdicción laboral, para que se declare la ilegalidad de la suspensión de actividades.

Se pregunta:

- A. Conforme a las normas internacionales y los pronunciamientos de la comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones, referidos en esta unidad, ¿es válido este tipo de paro?
- B. Como juez competente y conforme las normas legales y la jurisprudencia nacional, declararía la ilegalidad de la huelga.

EJERCICIO 2.

Responda esta pregunta antes de proceder a su análisis:

- 1º ¿Puede una empresa de servicios públicos esenciales, negarse a pagar salarios por la cesación de actividades a pesar de no haberse declarado la ilegalidad del mismo?

T
C

Pj

N

Consecuencias salariales de un paro en una empresa de servicios públicos esenciales

Dos docentes a través de la acción de tutela, reclaman el pago de unos salarios, por los servicios prestados en una jornada fuera de la legal, para reponer los días no laborados en un cese de actividades erigido con el fin de protestar contra políticas gubernamentales anunciadas. Alegan la violación del derecho a la igualdad, al trabajo y el derecho a la remuneración, dado que en otros lugares del territorio se han pagado los mismos en similares circunstancias. Como Juez en qué sentido tomaría la decisión.

¿Puede una empresa de servicios públicos esenciales, negarse a pagar salarios por la cesación de actividades a pesar de no haberse declarado la ilegalidad del mismo, por el organismo competente?

Art. 29 de la C.P. reza:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”(...)

Artículo 56 de la C.P. establece:

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

Artículo 67 de la C.P. afirma:

“La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura (...).”

El artículo 379 del C.S.T. a la letra dice:

“Es prohibido a los sindicatos:...”

e) *Promover cualesquiera cesaciones o paros en el trabajo, excepto en los casos de huelga declarada de conformidad con la ley y de huelga imputable al empleador, por incumplimiento de las obligaciones salariales con sus trabajadores...”*

El artículo 416 de la misma obra reza:

“Limitación de las funciones. Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás

trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, **aun cuando no pueden declarar o hacer huelga**".

El Decreto 1674 de 1967 en su artículo 1º establece que "los pagos por sueldo o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales serán por servicios rendidos".

El artículo 2º ibídem señala que "los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los servidores públicos estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal".

Sj

Sentencia T-1059 de 2001, según la cual el paro es un acto de fuerza o medida de hecho proscrita para los sindicatos, se señala:

No existe vulneración al debido proceso, por cuanto el descuento del salario por los días no laborados por la actora, se realizó por la causa señalada en la ley, con la observancia de las formas y mediante los procedimientos propios de este tipo de actuaciones administrativas en materia de administración de personal.

Ahora, considera esta Sala que la aplicación del Decreto 1647 de 1967 no requiere de proceso disciplinario previo, pues la norma no establece una responsabilidad disciplinaria para el servidor público, pero, sí ordena aplicar de plano y en forma inmediata el descuento o no pago de días no laborados sin justificación legal. Por lo tanto, no se trata de una pena o sanción, sino simplemente es la consecuencia que deviene ante la ocurrencia del presupuesto de hecho de la norma. No prestación del servicio por ausencia al trabajo sin justificación legal, luego, no procede el pago de salario por falta de causa que genere dicha obligación.

Desde el punto de vista probatorio tenemos que es un deber u obligación del servidor público asistir al sitio de trabajo y cumplir con las funciones que le han sido asignadas al cargo, dentro del horario y jornada laboral pre establecidos; por lo tanto, ante la verificación de la no asistencia sin justa causa (supuesto normativo), debe proceder a ordenar el descuento (efecto jurídico), a menos que el servidor público demuestre que el motivo de la ausencia constituye "justa causa" a fin de que se extingan los efectos jurídicos de la norma.

Lo anterior, sin perjuicio de que además del no pago, la administración inicie el respectivo proceso disciplinario por las

presuntas faltas disciplinarias que puedan derivarse y en que haya podido suceder el servidor público con su conducta omisiva, imponiendo las sanciones disciplinarias a que haya lugar.

En la sentencia T-926 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional señaló:

“El no pago o descuento del salario realizado a los actores se hizo en razón a su inasistencia al sitio de trabajo, sin autorización ni permiso previo por parte de la entidad nominadora, incumpliendo con su deber de prestar sus servicios personales a que estaban obligados en virtud de la relación laboral existente como docentes. La causa del descuento se originó en un hecho propio, libre y voluntario de los actores que decidieron no asistir a sus labores durante los días que se realizó el paro, para participar en el mismo, debiendo de esta manera asumir las consecuencias legales que tal conducta implica, como es precisamente el no pago de los salarios, pues ello se originó en una decisión personal que los llevó a participar en una actividad que está prohibida expresamente por el artículo 379 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se estima que el paro o protesta en que participaron los actores, no consistió en una actividad legítima, puesto que no se trataba del ejercicio del derecho a la huelga derivado del derecho de asociación sindical; así como tampoco se trataba del ejercicio del derecho de huelga en actividades o servicios permitidos por la ley; sino de un paro como protesta por inconformidad con políticas gubernamentales anunciadas, no pudiendo constituirse en una justa causa para no asistir al lugar de trabajo. Consecuente con lo anterior, debe señalarse que para nada incidía entonces el que no se hubiese declarado como ilegal, porque sencillamente no hubo declaratoria de huelga por lo tanto, mal podría haber pronunciamiento sobre su legalidad o ilegalidad. En suma, el argumento de no haber sido declarada la ilegalidad de la huelga, tampoco podía tenerse como justificativo de la falta al trabajo por los accionantes”.

En la Sentencia C-1369 de 2000⁵², en relación con el tema del no pago de los salarios durante el tiempo que dure la suspensión del servicio por la huelga legalmente declarada, previsto en el artículo 449 del C.S.T., al respecto señaló:

“2.2. Como se infiere de la jurisprudencia de la Corte el derecho de huelga no es absoluto, y se encuentra condicionado a la reglamentación que establezca el legislador, quien puede imponer restricciones o limitaciones por razones de orden

52 M. P. Antonio Barrera Carbonell.

público, para proteger los derechos ajenos y de la colectividad y asegurar la prestación de los servicios públicos y, en general, con el fin de alcanzar una finalidad constitucional que se estime esencial o constitucionalmente valiosa.

(...)

De lo expuesto se colige que la reglamentación de la huelga, específicamente en lo que concierne con la calificación de las consecuencias jurídicas que se derivan del hecho de la cesación colectiva del trabajo no puede considerar exclusivamente los intereses de los trabajadores, en cuanto a las repercusiones económicas, familiares y sociales que de ella se derivan. Es necesario armonizar estos con los intereses generales de la comunidad, en lo relativo a la continuidad en la prestación de ciertos servicios y a la necesidad de preservar las fuentes de producción y de empleo, y aun con los intereses del propio empleador, vinculados al derecho de propiedad, al desarrollo de la actividad económica y al reconocimiento de una ganancia lícita, justa y apropiada a su esfuerzo empresarial.

(...)

- Ciertamente el no pago de salarios a los trabajadores durante el periodo de la huelga los priva de unos ingresos económicos que los afectan tanto en lo personal como en lo familiar, con las consiguientes repercusiones sociales y políticas. Sin embargo, a juicio de la Corte, ello se justifica constitucionalmente por las siguientes razones:

a) El pago de salarios tiene como causa la prestación del servicio por los trabajadores. Por consiguiente, dada la naturaleza sinalagmática del contrato laboral, el cumplimiento de dicha prestación hace exigible a su vez el cumplimiento de la obligación del empleador de pagar aquellos. El pago de salarios, sin la contraprestación de la prestación de servicios al empleador, puede configurar un enriquecimiento ilícito a favor de los trabajadores.

Si bien la falta de prestación del servicio no resulta de una omisión deliberada e individual de los trabajadores, sino que obedece a la consecuencia de una decisión y acción colectivas, de la cual no debe hacerse responsable individualmente a los trabajadores, sino a la organización sindical, lo cierto es que si al trabajador puede no serle imputable el hecho de la huelga, tampoco, en principio, puede atribuirse al empleador. En estas circunstancias, el derecho de huelga que se puede ejercer a través de la organización sindical y que determina la solidaridad de los trabajadores para cesar en el ejercicio de la actividad laboral no debe, en

justicia, repercutir exclusivamente en la lesión del patrimonio del empleador y en la afectación de su derecho a la libertad de empresa.

(...)

b) La justificación del ejercicio del derecho constitucional de huelga, basado en la obligación del empleador de pagar salarios, podría implicar su desnaturalización y la afectación de principios constitucionales esenciales y valiosos, por la circunstancia de que se fomentaría el ejercicio abusivo, caprichoso y de mala fe del derecho de huelga por los trabajadores y se impediría el logro de la finalidad constitucional relativa a la solución pacífica de los conflictos por la vía del acuerdo o la concertación (preámbulo, arts. 1, 2, 22, 55 y 56 C.P.), pues los trabajadores tendrían asegurada una especie de huelga contractual remunerada y no tendrían interés alguno en la solución del conflicto. Por consiguiente, el pago de salarios durante la huelga, antes que solucionar, conduciría a fomentar los conflictos colectivos de trabajo.

c) El efecto de la huelga en el no pago de salarios responde no sólo a razones jurídicas, sino a un principio de equidad, pues es injusto, irrazonable y desproporcionado que las consecuencias o perjuicios económicos que se derivan de la huelga deban recaer única y exclusivamente en una sola de las partes -los empleadores- y no en ambas, esto es, tanto en estos como en los trabajadores.

A las cargas constitucionales que implican la función social de la propiedad y de la empresa y el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares (arts. 2, inciso 2, 58, 95 y 333 de la C.P.) no puede sumarse la imposición de una carga que resulta inequitativa y desproporcionada, por afectar el patrimonio de la empresa en forma injustificada.

Adicionalmente, la huelga sufragada por los empleadores incidiría como una carga doble en el patrimonio de estos, pues no sólo tendrían que pagar salarios durante el cese de actividades, sino adicionalmente los beneficios laborales obtenidos por la realización de este.

Distinta es la situación que se presenta en los casos en que la huelga de los trabajadores no sólo es lícita, sino que obedece a reclamaciones respecto de las condiciones de trabajo que se estiman perfectamente legítimas, y se origina en causas que son imputables al empleador.

Es posible imputar la huelga a la culpa del empleador, cuando ella se origina en una conducta antijurídica de este, como sería el incumplimiento de sus obligaciones o de los

deberes legales, contractuales o convencionales, que son jurídicamente exigibles v. gr., el pago de salarios.

De este modo, cuando la huelga obedece a una justa causa la suspensión de los contratos de trabajo equivale en la práctica a que el empleador haya dispuesto dicha suspensión y se justificaría el pago de los salarios, porque según el art. 140 del C.S.T. puede causarse el salario sin prestación del servicio, cuando durante la vigencia del contrato su omisión se deriva de la disposición o de la culpa de aquél.

Es evidente que en aquellos casos en que la huelga es causada por culpa exclusiva del empleador, las consecuencias jurídicas de la misma, relativas a la suspensión de los contratos de trabajo, resultan inaplicables, toda vez que la conducta del empleador al incidir directamente en el origen del conflicto colectivo genera una clara responsabilidad, que justifica la reparación del perjuicio causado a los trabajadores, como consecuencia de la referida suspensión.

Y, en razón de la sujeción de los particulares a la Constitución, puede predicarse una especie de obligación general social de los empleadores que los obligan a adecuar su comportamiento a hacer viable el derecho de huelga, a no activar con su conducta los conflictos colectivos, a buscar la solución de estos y a asegurar y fomentar las relaciones armónicas entre empleadores y trabajadores dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social, de cuyo incumplimiento se derivan las correspondientes responsabilidades (Arts. 4, 6, 55 y 56 C.P.).

Conviene anotar que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de abril de 1999⁵³, señaló que no puede exigirse el pago del salario y de las prestaciones económicas dejados de percibir cuando la huelga es declarada de acuerdo con las disposiciones legales, lo cual significa, visto desde otra perspectiva, que en aquellos eventos en que se acredite que la conducta del empleador resultó determinante para que los trabajadores se declararan en huelga, conlleva necesariamente a que este deberá responder por los salarios y demás prestaciones dejadas de percibir durante el término en que ella dure".

Co

La OIT ha señalado que la deducción salarial en los días de huelga no plantea objeciones desde el punto de vista de los principios de libertad sindical.

53 M.P. Armando Albarracín Carreño.

UNIDAD 5

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA SEGURIDAD SOCIAL

O
g

Identificar los límites de la negociación colectiva en el tema de la seguridad social para que los jueces y juezas, magistrados y magistradas puedan decidir acertadamente los procesos judiciales.

O
e

Con el presente capítulo el discente podrá:

1. Determinar la normatividad constitucional y legal referente a la convención colectiva y a la seguridad social.
2. Hacer un seguimiento a las jurisprudencias de las altas cortes sobre la denuncia de la convención por parte del empleador en materia de seguridad social.
3. Analizar el acto legislativo 01 de 2005 en lo relativo a las limitaciones impuestas a las convenciones y a la negociación colectiva.
4. Conocer cuáles son los argumentos en contra de lo señalado en el acto legislativo.
5. Diferenciar las figuras de la “compatibilidad” y la “compartibilidad” de las pensiones legales y convencionales.

5.1. PANORAMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN COLOMBIA

El artículo 53 de la Constitución Política establece los principios laborales que deben mantenerse en cualquier situación relativa al trabajo, entre otros, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, la posibilidad de transigir sobre derechos inciertos e irrenunciables y la garantía de la seguridad social.

A su vez el artículo 48 de la C.P. señala que la seguridad social es un derecho que se presta como un servicio público y que pertenece a todos los habitantes de Colombia.

En materia laboral y en seguridad social, el empleador debe respetar la ley entendida como el mínimo de derechos y garantías consagrado a favor de los trabajadores y usuarios del sistema de seguridad social, permitiendo que cualquier beneficio adicional pactado se convierta en obligatorio para la partes. Por ello a través del contrato individual de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o cualquier forma de acuerdo voluntario, se pueden reconocer derechos adicionales a los mínimos de la ley.

Pese a lo anterior el artículo 11 de la Ley 100 de 1993 señaló:

Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente Ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que les asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes (subrayas fuera de texto).

En dicha norma se expresa el respeto a los derechos adquiridos mediante las convenciones colectivas sin perjuicio del derecho de denuncia que les asiste a las partes, situación también prevista en el artículo 48 del decreto reglamentario 692 de 1994, que reza:

“MODIFICACIÓN DE CONVENCIENCIAS COLECTIVAS. Con el objeto de armonizar las convenciones o pactos colectivos de trabajo a las disposiciones de la Ley 100 de 1993, los trabajadores y empleadores podrán ejercer el derecho de denuncia que les asiste y el tribunal de arbitramento, si se llegare a convocar tendrá la facultad de dirimir las diferencias, aun cuando la denuncia sólo hubiere sido presentada por una de las partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de dicha Ley.”

La parte atinente a “Aun cuando la denuncia sólo hubiere sido presentada por una de las partes...”, fue anulada por el Consejo de Estado⁵⁴.

⁵⁴ Sentencia del Consejo de Estado del 31 de julio de 1996. Radicado 19582. M.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

La nueva normatividad inserta una limitación a la negociación colectiva de trabajo y es que las nuevas convenciones que pacten condiciones diferentes en seguridad social a las previstas en la ley 100 de 1993, deben contar los recursos respectivos para su garantía, y en el sector público se deberán constituir “patrimonios autónomos”.

5.2. JURISPRUDENCIA SOBRE LA DENUNCIA DE LA CONVENCIÓN POR PARTE DEL EMPLEADOR

El tema de la seguridad social acordada a través de derechos extralegales ha cambiado en nuestro país, no solo con la ley 100 de 1993, con las nuevas limitaciones, sino por la jurisprudencia emanada de las altas Cortes, a las cuales a continuación se les hace un seguimiento para determinar cómo ha sido la línea jurisprudencial al respecto sobre este tema:

En sentencia del 4 de diciembre de 1995, la sección primera de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicado 7664, señaló:

“Desde luego dentro de este concepto, mal puede entenderse abolida la posibilidad de los trabajadores de mejoramiento de su situación jurídica mediante la negociación colectiva o individual, con relación a los temas regulados por la ley 100 de 1993 y las formas reglamentarias, lo que ocurre es que cualquier derecho, garantía o prerrogativa que se convenga solo es admisible en tanto resulte paralelo o complementario de las de la ley, pero de ninguna manera si se pretende en alguna medida ser derogatoria de esta.”

La Corte Suprema de Justicia, el **13 de julio de 1994**, continuó ocupándose del tema y señaló⁵⁵:

“La Ley 100 de 1993 únicamente estableció el mínimo de derechos y garantías que en materia de seguridad social corresponde a los beneficiarios del nuevo sistema, y no a un régimen exclusivo que no puedan los trabajadores aspirar a superar mediante la negociación colectiva”.

El Magistrado Rafael Méndez Arango salvó el voto señalando que la Ley 100 de 1993 había regulado la seguridad social integral en materia pensional en el sentido de haberla sustraído del campo de la autonomía de la voluntad, además que *“lo relativo al régimen pensional no es tema que se encuentre incluido dentro de la fijación de las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, que es en esencia lo que constituye una convención colectiva de trabajo”*.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Radicado 6928. Sentencia de julio 13 de 1994. M.P. Hugo Suescún Pujols.

En la sentencia de homologación del **8 de julio de 1996**⁵⁶ señala que no es posible desconocer “*las situaciones individuales concretas consolidadas... porque constituyen derechos adquiridos*” y, por otro lado, precisa se deben armonizar los derechos convencionales con la ley 100 de 1993:

“Ha sido doctrina reiterada de esta Sala, con arreglo al artículo 479 del C.S. del T., modificado por el artículo 14 D.L. 616 de 1954, que la denuncia de la convención colectiva constituye un derecho para las partes obligadas a ella el que se materializa mediante la manifestación escrita de cualquiera de sus titulares a la otra parte, por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de la voluntad de darla por terminada. (...)

De suerte que ese derecho sustancial de promover conflictos de intereses conducentes a la celebración de una convención colectiva es ejercitable exclusivamente por las organizaciones sindicales y de él se encuentra excluido el empleador, quien en virtud de la Ley no puede presentar formalmente pliegos de peticiones a sus trabajadores con la aspiración de desmejorar o aminorar el mínimo legal obtenido en las convenciones colectivas vigentes.

Empero, una vez presentado el pliego, los efectos de inderogabilidad de dichas convenciones colectivas no necesariamente se mantienen férreos e inflexibles frente al proceso de negociación colectiva en los eventos en que ha habido denuncia por cualquiera de las partes, pues en desarrollo de las conversaciones ellas, a través de sus delegados, pueden dialogar cuandoquiera que pretendan introducir cambios imprescindibles a los derechos anteriormente estipulados para la existencia de la empresa, el cumplimiento real de lo convenido o la actualización del convenio a las nuevas necesidades de los trabajadores, porque es de esa manera como la negociación colectiva cumple la función de buscar soluciones posibles al conflicto, en virtud de su naturaleza mutable”.

Lo anterior para agregar que el tribunal de arbitramento estaba en la obligación de revisar y armonizar las cláusulas convencionales denunciadas con las normas legales de seguridad social.

En la sentencia de homologación de **noviembre 27 de 1996**⁵⁷, la Corte precisó, como lo había señalado el Consejo de Estado en la anulación de parte del artículo 48 del Decreto 692 de 1994 arriba mencionado, que

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Sentencia del 8 de julio de 1996. Radicado 8989. M.P. José Roberto Herrera Vergara.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Sentencia del 27 de noviembre de 1996. Radicado 9399, M.P. Ramón Zúñiga Valverde.

“La denuncia patronal de las normas convencionales referentes a salud, pensiones o cualquiera otra reglada por la Ley 100 de 1993, solo implica la armonización obligatoria de las disposiciones convencionales con la normatividad legal, cuando el sindicato o los trabajadores denuncien la convención, pacto o laudo arbitral sobre esos mismos puntos, por lo tanto a falta de denuncia obrera, la armonización de las normas convencionales con las de la Ley 100 resulta improcedente como se desprende de la ameritada sentencia del Consejo de Estado”.

En la aclaración de voto del Dr. Germán Valdez Sánchez se señala que el fallo no toma en cuenta que el artículo 11 de la ley 100 de 1993, sobre el derecho de denuncia, no podía quedar sin efecto por la declaratoria de nulidad sobre la expresión contenida en el artículo 48 del decreto 692 de 1993, por lo menos en lo tocante con el empleador.

En la sentencia de homologación de **febrero 26 de 1997⁵⁸** se ratifica lo dicho en la sentencia anterior; sin embargo, aclara que el fallo del Consejo de Estado no afecta el alcance del artículo 11 de la ley 100 de 1993, en el sentido que los árbitros pueden resolver sobre la denuncia:

“Es verdad que mediante sentencia del 31 de julio de 1996 el Consejo de Estado anuló la expresión ‘...aún cuando la denuncia solo hubiese sido presentada por una de las partes...’, contenida en el texto del precitado artículo 48 del decreto 692 de 1994, y si bien ello dio base para que en alguna ocasión no se dispusiera por esta Sala la devolución del Laudo al tribunal de arbitramento respectivo, observa la Corte, en primer término, que el estudio detenido del texto completo de la sentencia que declaró la nulidad del precepto referido, sólo fue parcial, y en segundo lugar, el máximo organismo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que la profirió, se encargó de precisar su alcance al expresar:

Debe agregar la Sala que la norma dentro de la cual está la frase cuestionada conserva su integridad con la supresión de la misma, y antes bien, liberada de esa ambigüedad corresponde fielmente a lo que la ley 100 de 1993 previó sobre el particular, y naturalmente, a lo que las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo consagran en cuanto a la denuncia de los convenios colectivos, el pliego de peticiones, y los efectos de esos instrumentos laborales” (subraya la Corte).

De tal modo que continúa incólume lo manifestado por la Corte en la prenombrada sentencia del 8 de julio de 1996 porque después de la anulación parcial de la norma acusada,

58 Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Sentencia del 26 de febrero de 1997. Radicado 9735, M.P. José Roberto Herrera Vergara.

esta conservó su esencia y está en consonancia perfecta con el artículo 11 de la Ley reglamentada, de forma que con las excepciones señaladas en el artículo 279 de la misma, el Sistema General de Pensiones instituido en dicha Ley se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, ‘conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones anteriores’ para quienes al momento de entrar a regir la Ley 100 hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados, lo que comporta el respeto por los derechos adquiridos, lo que de ninguna manera se opone, como lo pregonó el mismo texto, al ‘derecho de denuncia que asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias...’ entre ellas.

(...)"...No cabe duda que la competencia que tienen los árbitros para resolver ese punto específico de la denuncia, atinente a las pensiones de jubilación, sin ningún otro requisito o aditamento, pues en estos casos la propia ley se encarga de asignarle los efectos específicos y nítidos, por lo que los tribunales de arbitramento no pueden excusarse de cumplirlos...".

En la sentencia del **4 de marzo de 1997**⁵⁹ en donde el tribunal desestimó la denuncia del empleador, la Corte Suprema de Justicia, por medio de esta sentencia, decidió devolver el expediente a los árbitros, para que en desarrollo de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, adoptaran la correspondiente decisión en el punto denunciado por la empresa relativo a pensiones de jubilación, allí dijo:

"Con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993 y particularmente por lo preceptuado en su artículo 11, el patrono puede hacer conflictivo el tema pensional y por lo mismo los árbitros tienen competencia para decidir sobre esa materia".

La Corte mantiene la posición de que los árbitros pueden ocuparse de los aspectos denunciados solo por el empleador relativos a la seguridad social, y señala que “*si durante la negociación colectiva el sindicato convino en discutir la denuncia del empleador, el objeto denunciado se torna controvertible*”. El salvamento de voto del doctor Ramón Zúñiga Valverde señala que con la sentencia de nulidad del aparte del artículo 48 del Decreto 692 de 1994, no existe posibilidad de que los árbitros puedan conocer a pesar de la denuncia del empleador, si los trabajadores no accedieron a discutir el punto.

En la sentencia de homologación de **agosto 18 de 1998**⁶⁰, la Corte Suprema de Justicia afirma con relación a la Ley 100 de 1993 que “*si bien no permite que las*

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Sentencia del 4 de marzo de 1997. Radicado 9687. M.P. Germán Valdés Sánchez.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Sentencia del 18 de agosto de 1998. Radicado 10.630. M.P. Jorge Iván Palacio.

convenciones colectivas de trabajo afecten la columna vertebral de la misma, si posibilita la existencia de regímenes complementarios de beneficios respecto de los acuerdos colectivos celebrados antes de su vigencia, y también después de ella, siempre que cuenten con los recursos económicos respectivos que garanticen que la entidad que se compromete a ese beneficio complementario puede pagarlos en condiciones de estabilidad actuarial y financiera". Y agrega: "Si bien la Ley 100 de 1993 no puede considerarse como un simple estatuto que garantice derechos mínimos pensionales, puesto que no es susceptible de todo tipo de modificaciones a través de la contratación colectiva, tampoco es acertado afirmar que los aspectos regulados por esta ley hayan quedado sustraídos del campo de la autonomía de la voluntad"; agrega frente al caso particular que "cuando los árbitros no han efectuado la debida articulación entre lo legal y lo convencional para dirimir real y correctamente el conflicto, no es dable entender que los beneficios extralegales puedan subsistir indefinidamente en el tiempo en la misma forma y cuantía a cargo de una entidad territorial en este caso y a manera de pensión independiente al margen de la seguridad social"; por lo anterior la Corte avaló la decisión arbitral al no dejar incólume la cláusula de acuerdo colectivo que asignaba una carga pensional indefinida y exclusiva a un departamento y sustituirla por el régimen compartido con el ISS, esto es una subrogación pensional. Nuevamente el doctor Rafael Méndez salvó el voto, por considerar que lo relativo a las pensiones de la seguridad social integral no puede ser materia de convenios particulares tendientes a modificarla o alterar lo dicho en la ley.

En sentencia de casación de **diciembre 19 de 2001**⁶¹, ante la demanda del sindicato de trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros contra la Federación Nacional de Cafeteros por el incumplimiento de unas obligaciones convencionales afirmó:

"Ahora bien, el novedoso esquema de seguridad social integral introducido en nuestro país con la expedición de la Ley 100 de 1993 y sus decretos que la reglamentan, consagra el mínimo de derechos y garantías a que tienen derecho los trabajadores y demás beneficiarios y afiliados a cada uno de los regímenes que integran el sistema tanto en salud, pensiones y en riesgos profesionales, lo que implica que a través de pactos o convenciones colectivas de trabajo se puedan acordar otra clase de beneficios que los superen o complementen, claro está, sin salirse del esquema rector que la ley prevé y los principios que caracterizan el sistema.

Y la aludida ley con el fin de preservar los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia y que guardan relación con la seguridad social integral, mantuvo la vigencia de

⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Sentencia del 19 de diciembre de 2001. Radicado 9687, M.P. Fernando Vásquez Botero.

ellos en tanto no se sustraigan a los principios básicos del sistema, a los objetivos generales y específicos de cada uno de sus regímenes y a las modalidades previstas en su normatividad. Así se afirma por cuanto son los artículos 11 y 283 de la pluricitada ley que así lo dispone, al expresar: 'Esta ley no vulnera derechos adquiridos mediante convenciones colectivas del sector privado o público, sin perjuicio del derecho de denuncia que asiste a las partes'.

Así mismo, para la viabilidad en cuanto al replanteamiento del contenido de las normas convencionales en esa materia y buscando una armonía y conciliación con aquellas normas generales que regulan el sistema de seguridad social integral, la Ley 100 previó el mecanismo idóneo para ello, como es la figura jurídica de la denuncia de la convención colectiva de trabajo. Esto es lo que claramente se desprende de los dos artículos antes citados y del 48 del Decreto Reglamentario 692 de 1994".

Concluye la Corte su intervención frente al caso, imponiendo a la empresa demandada la obligación de satisfacer lo no cubierto por el sistema de seguridad social a los trabajadores y sus familiares, por cuanto las cláusulas convencionales, debían entenderse como complementarias a los derechos contenidos en la ley 100.

En conclusión, la Ley 100 de 1993 trajo una normatividad integral y orgánica que no permite que se legisle en su contra en materia de seguridad social, mas como se trata de derechos y prerrogativas mínimas sí permite su complementación, a través de nuevos beneficios vía convención colectiva y de otro lado frente a la armonización de la ley frente a la convención; la Corte Suprema de Justicia, conforme el artículo 11 de la ley de seguridad social integral, avala que los árbitros puedan tocar el tema, en la medida que exista denuncia del empleador sobre la convención.

5.3. EL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005 Y LA CONVENCIÓN COLECTIVA

El acto legislativo 01 de 2005, modificadorio del artículo 48 de la Constitución política, cambió la situación de la siguiente manera:

Artículo 1º. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política: (...)

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

(...)

“Parágrafo 2º. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”(...).

“Parágrafo transitorio 3º. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.

Si bien varias demandas de inconstitucionalidad por el acto legislativo 01 de 2005 se han presentando por vicios de forma, esto es, vicios de trámite o como un acto sustitutivo parcial de la Carta Política y otras demandas de fondo, hasta septiembre de 2008 se tiene el siguiente resultado, la Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre parte del artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-181-06, M. P. doctor Alfredo Beltrán Sierra e igualmente se declaró INHIBIDA de fallar otros incisos del precepto por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-472-06, M. P. doctor Manuel José Cepeda Espinosa y en la C-740 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda.

Pronunciamiento de fondo realizó la alta Corte sobre el inciso que señala que *“La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados”*. Inciso declarado EXEQUIBLE en la sentencia C-181-06, en igual sentido fue declarado exequible mediante sentencia C-337-06 el inciso que reza *“Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”*, M. P. doctora Clara Inés Vargas Hernández.

Algunas otras sentencias al respecto son la C-986 de 2006, C-153 de 2007, C-178 de 2007, C-216 de 2007, C-292 de 2007 y la C-277 de 2007.

Esta reforma constitucional buscó evitar que a partir de su vigencia (25 de julio de 2005, aunque algunos señalan que lo fue el 29 de junio) por vía de los acuerdos individuales o las negociaciones colectivas, en el sector público o privado,

UNIDAD 5

se modificaran las condiciones (requisitos y beneficios pensionales) previstos en la Ley 100 de 1993. En los otros pocos aspectos, podrá el empleador y los trabajadores acordar nuevas negociaciones.

De otro lado estableció que respecto de los derechos extralegales pensionales, previstos en convenciones colectivas, pactos o actos jurídicos válidamente celebrados se mantienen por el término de vigencia de la convención, pacto o acto unilateral, por ende es necesario volver a negociarlos, si no desparecerán los beneficios.

Igualmente, es determinante estipular que entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes, en este sentido.

Y por último, todas las cláusulas convencionales o de cualquier acto jurídico, que contengan condiciones más beneficiosas que las previstas por la ley perderán vigencia el 31 de julio de 2010, incluso los acuerdos privados. Debiéndose aclarar que las personas que con base en el criterio clásico del derecho adquirido hayan cumplido los requisitos exigidos (edad y tiempo causados) antes del 31 de julio de 2010, así no hayan solicitado aún su pensión, conservan estas condiciones y beneficios. A contrario sensu, si durante ese lapso no se cumple con los requisitos, serán las normas legales las que podrán invocarse para acceder a la pensión.

Los proyectos de Acto Legislativo 34 y 127 de 2004, presentados a la Cámara de Representantes, que finalmente se convirtieron en el acto legislativo por medio del cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, en la exposición de motivos frente al tema señalo:

“Como ya se dijo, las reformas legales mantienen los regímenes de transición y más grave aún, no impiden que se celebren pactos o convenciones por los cuales se convengan beneficios pensionales muy superiores a los previstos por las leyes que regulan el Sistema de Seguridad Social.

Dicha situación tiene un impacto profundo desde el punto de vista de la equidad, de la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, de muchas empresas públicas y de la posibilidad para la Nación de atender sus deberes en otras materias.

En efecto, no es justo que los colombianos con el pago de impuestos crecientes y/o con sus cotizaciones financien el que algunas personas puedan pensionarse con edades y tiempos de cotización inferiores. A lo anterior se agrega que las personas que pueden pensionarse con edades y tiempos de servicios menores terminan recibiendo pensiones superiores a las del resto

de los colombianos, con montos mayores a los 25 salarios mínimos que es el tope de pensión que señala la ley, sin que en la mayoría de los casos hayan realizado cotización alguna, lo que implica cuantiosos subsidios.”

Se presentaron ejemplos de cláusulas pensionales de las extintas Foncolpuertos, Carbocol, Caja Agraria, Idema y de manera actual, Ecopetrol, Sena, ISS. En cuanto a las entidades del orden territorial, se citaron Emcali, Universidad del Atlántico y los Hospitales de la Red Pública, etc.

En relación con las entidades privadas se señaló:

“En cuanto a las entidades privadas también se presentan casos en los que los beneficios pensionales por efecto de acuerdos y convenciones colectivas han ocasionado fuertes cargas financieras, que han llegado a comprometer la existencia de las empresas. Se pueden citar como ejemplos: la industria textilera y de cementos.”

5.4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL RÉGIMEN PENSIONAL

Como ya se dijo, el artículo 48 de la Constitución Política estableció que la seguridad social se prestaría con arreglo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Bajo estos principios la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema General de Pensiones. Para lograr una armonía en materia pensional, la Ley 100 de 1993, al desarrollar el precepto constitucional, previó claramente el respeto de los derechos adquiridos “conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo”, pero igualmente dejó claro que ello era “sin perjuicio del derecho de denuncia que les asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”. Lo anterior con el claro propósito de que las convenciones y pactos colectivos se ajustarán a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y al hecho de que la pensión ya no puede considerarse simplemente una consecuencia de una relación laboral, sino una prestación derivada del régimen de seguridad social organizado por el legislador.

Sin embargo, dado que la Constitución Política garantiza el derecho a la negociación colectiva, con las excepciones previstas en la ley, no se ha podido lograr el propósito de la Ley 100, expresado en su artículo 11, pues aún existe la posibilidad de continuar estableciendo reglas particulares en materias pensionales, por lo cual y a pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha afirmado reiteradamente que los beneficios pensionales deben armonizarse con la Ley 100 de 1993, no solamente no se han armonizado las convenciones colectivas con la ley, sino que se siguen suscribiendo convenios en los que las entidades se obligan a asumir directamente nuevas obligaciones pensionales, privilegiando a ciertos servidores y rompiendo la igualdad que quiso el Constituyente imprimirle al régimen de seguridad social (...).

Por lo anterior, y con el fin de lograr el propósito que inspira el artículo 48 de la Constitución Política es necesario establecer claramente que el régimen pensional no se encuentra dentro del ámbito de la negociación colectiva.

(...)

5.3.1. El derecho a la negociación colectiva y sus limitaciones

El artículo 55 de la Constitución Política prevé que “se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley”.

Desde este punto de vista podría sostenerse que una ley podría determinar el alcance del derecho de negociación colectiva y excluir del ámbito del mismo el régimen pensional.”

(...)

Lo anterior se funda, como ya se dijo, en el hecho de que la Constitución Política consagró el derecho a la seguridad social como un derecho irrenunciable el cual se sujeta a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Dicho derecho fue desarrollado por la Ley 100 de 1993 estableciendo un sistema que está destinado a cubrir a todos los habitantes, y en esta medida los principios de la negociación colectiva, que se fundan en una negociación particular de las condiciones de trabajo en una empresa, deben subordinarse a los principios de organización de un sistema universal y solidario que cobija a todos los habitantes.”

5.4. ARGUMENTOS EN CONTRA DEL ACTO LEGISLATIVO EN MATERIA CONVENCIONAL

De otro lado los detractores en su momento de esta exposición de motivos y del Acto legislativo final señalan que la misma va en contra de los Convenios internacionales y aun de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, además de que no es dable en un país democrático que el Estado pueda inmiscuirse en los acuerdos privados de los particulares, esto es de los empleadores privados y el colectivo de sus trabajadores, pues el acuerdo de voluntades es principio general que rige para estos.

En relación a los convenios internacionales, en la exposición de motivos se señaló que no se violentaban ni el convenio 87 relativo a *la libertad sindical y a la protección del derecho de asociación*, ni el 98 relativo a *la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva*, para que “...un acto legislativo se pueda incluir en la Constitución colombiana una limitación a negociar colectivamente el régimen obligatorio de pensiones”. En el artículo 40 del convenio 97 que se refiere

específicamente a la negociación colectiva, señala que “deberán adoptarse medidas idénticas a las condiciones mismas, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos las condiciones de empleo”. Interpretando el ponente del proyecto de ley que “esta norma indudablemente está dejando en libertad a los Estados que han adoptado el Convenio, para limitar el campo de la negociación colectiva cuando se afectan regímenes obligatorios como el de pensiones, que permitan crear excepciones que afecten en forma importante el presupuesto nacional y la igualdad de los trabajadores, en un campo tan importante como es el de las jubilaciones”.

Al respecto los detractores de esta posición jurídica señalan que los organismos de control de la OIT no permiten que se restrinja la libertad sindical y se impongan temas vedados para la misma, por lo menos de forma definitiva. En el estudio general de la Comisión de expertos de la OIT de 1994, párrafos 263 y 264, se afirma:

Es distinto el caso de las disposiciones legislativas motivadas por la situación económica de un país que, por ejemplo, imponen unilateralmente un porcentaje de aumento salarial determinado y excluyen toda posibilidad de negociación, especialmente cuando prohíben el recurso a los mecanismos de presión so pena de severas sanciones. La Comisión es consciente de que «la negociación colectiva en el sector público exige la verificación de los recursos disponibles en los distintos organismos o empresas públicas, de que tales recursos están condicionados por los presupuestos del Estado y de que el período de vigencia de los contratos colectivos en el sector público no siempre coincide con la vigencia de la ley de presupuestos del Estado, lo cual puede plantear dificultades». En consecuencia, la Comisión toma enteramente en cuenta las graves dificultades financieras y presupuestarias que deben afrontar los gobiernos, sobre todo en períodos de estancamiento económico general y prolongado. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la Comisión considera que las autoridades deberían privilegiar en la mayor medida posible la negociación colectiva como mecanismo para determinar las condiciones de empleo de los funcionarios públicos; si en razón de las circunstancias ello no fuera posible, esta clase de medidas deberían aplicarse durante períodos limitados y tener como fin la protección del nivel de vida de los trabajadores más afectados. En otras palabras, debería encontrarse un compromiso equitativo y razonable entre, por una parte, la necesidad de preservar hasta donde sea posible la autonomía de las partes en la negociación y, por otra, el deber que incumbe a los gobiernos de adoptar las medidas necesarias para superar sus dificultades presupuestarias.

Así mismo dijo:

265. Los elementos esenciales del artículo 4 del Convenio núm. 98 se refieren, por una parte, a la acción de las autoridades públicas para fomentar la negociación entre los interlocutores sociales y, por otra, al carácter voluntario de la negociación. La Comisión estima que es contrario a los principios del Convenio núm. 98 excluir de la negociación colectiva ciertas materias que atañen en particular a las condiciones de empleo, exigir la aprobación previa de un convenio colectivo para que pueda entrar en vigor, o permitir que sea declarado nulo porque sería contrario a la política económica del Gobierno. Las partes implicadas en un conflicto de intereses deberían disponer de total latitud para negociar colectivamente, durante un período de tiempo suficiente, con la ayuda de una mediación o conciliación independiente. El Gobierno debería esforzarse por convencer a las partes de que, voluntariamente, tengan en cuenta en sus negociaciones las razones mayores de política económica y social y de interés general que sustentan su política. Cuando, por imperiosos motivos de interés económico nacional, un gobierno estimara que no pueden fijarse libremente por negociación colectiva las tasas de salarios en el sector privado, esa restricción debería aplicarse como medida de excepción, limitándola a lo indispensable, no sobrepasar un período razonable e ir acompañada de garantías que protejan el nivel de vida de los trabajadores. En lo que respecta a las negociaciones en el sector público o semipúblico, las intervenciones de las autoridades son compatibles con el Convenio en la medida en que dejan espacio significativo a la negociación colectiva. Las medidas encaminadas a fijar de manera unilateral las condiciones de trabajo deberían tener carácter excepcional, limitarse a un período determinado y contener garantías a favor de los trabajadores.

En segundo lugar, al analizar la posición esgrimida por la Corte Constitucional sobre el tema, se nota una variación, la cual brevemente se describe:

En la Sentencia **C-112-93**, M. P. Hernando Herrera Vergara permite la posibilidad de establecer razonablemente límites a la negociación colectiva, para evitar “el aniquilamiento de la empresa, a su quiebra, deterioro o improductividad”.

En la sentencia **C-408 de 1994**, M.P. Fabio Morón Díaz declaró exequible el artículo 242 de la Ley 100 de 1993, el cual contemplaba “A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable”. Aceptándose una restricción legislativa a la negociación colectiva, como una excepción razonable.

A partir de la Sentencia **C-1504 de 2000**, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte Constitucional restringió su criterio, considerando inconstitucional la Ley 547 de 1999 que había impuesto un límite a la negociación colectiva:

“2.1. En relación con la prohibición a las entidades descentralizadas y los entes autónomos del orden nacional, de expedir acuerdos o resoluciones que incrementen salarios,

primas, bonificaciones, etc., y que con los trabajadores oficiales de las mencionadas entidades se acuerden aumentos salariales por fuera de los límites de la Ley 4^a de 1992, considera el actor que vulnera todos los preceptos constitucionales que garantizan las negociaciones colectivas, artículos 2, sobre el Estado social de derecho, 9 y 53 de la Carta, que obligan al Estado Colombiano a respetar convenios internacionales, pues, existen tratados y convenios de la Organización Internacional del Trabajo, suscritos y ratificados por Colombia, que protegen el derecho a la sindicalización y a la negociación colectiva de los servidores públicos.

En la sentencia **C-1187 de 2000**, M.P. Fabio Morón Díaz, la Alta corte expresó que el artículo 13 de la Ley 549 de 1999 era inexistente, por cuanto la norma acusada establece que para celebrar pactos o convenciones colectivas de las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas cuando se comprometan recursos de más de una vigencia fiscal, se requerirá “autorización previa de la Asamblea Departamental o el Concejo Distrital o Municipal”, para ese efecto. Lo que va en contra del artículo 55 de la C.P. que garantiza el derecho a la negociación colectiva para regular las relaciones laborales:

“3. La Constitución, en el artículo 55 ya mencionado, no establece límites de carácter temporal para la celebración de la negociación colectiva, ni tampoco ordena que la vigencia de la misma tan solo lo sea por una anualidad, razón esta por la cual si la ley opta por restringir en el tiempo la duración de una convención colectiva o de un pacto colectivo, resulta contraria a la Carta Política.

4. Eso es justamente lo que ocurre con el artículo 13 de la Ley 549 de 1999, pues si no se llegare a obtener la autorización previa de la Asamblea Departamental o del Concejo Municipal para la celebración de pactos o convenciones colectivas con las entidades territoriales o sus descentralizadas, la consecuencia sería que el pacto o convención no podría exceder de un año. Es decir, que, en el fondo, lo que la norma cuya constitucionalidad se examina dispone es una limitación de carácter temporal a la vigencia de tal negociación entre empleadores y trabajadores, sin que para el efecto exista ningún soporte constitucional que así lo justifique, máxime si se tiene en cuenta que lo que se convenga al culminar el proceso propio de la negociación colectiva en materia salarial, siempre tendrá efectos no solo para el año inmediatamente siguiente, sino durante el tiempo que duren vinculados los trabajadores con el empleador respectivo, pues, de ser así, cada año habría entonces que renegociar de nuevo todos los salarios, lo que resultaría altamente perturbador para el desarrollo de las pacíficas relaciones que han de presidir la actividad económica laboral, dentro del marco de la recíproca deferencia y el mutuo respeto.

Además, considera la Corte que la norma en estudio es violatoria de los Convenios 87 y 98 de la OIT, aprobados por las Leyes 26 y 27 de 1976, respectivamente”.

En tercer lugar voces de juristas no están de acuerdo con que por medio del acto legislativo se hubiese limitado la capacidad de negociación en las negociaciones de carácter particular.

El doctor Gerardo Monsalve Arenas, al respecto señala:

“Esta prohibición de los acuerdo extralegales pensionales, si bien resulta explicable para el sector público, donde se han dado a través de la historia inmensos excesos de este orden, carece completamente de justificación respecto del sector privado. No tiene explicación alguna que se prohíba a los empleadores reconocer beneficios de seguridad social de los trabajadores, pues ello aparte de violar la libertad de negociación colectiva, afecta la libertad de empresa, y otros importantes principios de la misma Constitución como el libre desarrollo de la personalidad”⁶².

Con base en lo anterior, puede señalarse que el tema no está concluido, debiéndose depurar aun más.

Ap

1. ¿La seguridad social en pensiones será un tema propio de la negociación colectiva, a pesar de no tener una relación con las condiciones de trabajo y el empleo?
2. ¿Puede el empleador denunciar las cláusulas convencionales que no estén en armonía con la misma ley? De ser así, ¿en qué casos lo puede hacer?
3. ¿Cuáles son las principales limitantes que trajo el Acto legislativo 01 de 2005 en relación con los beneficios pensionales convencionales?
4. ¿Cuáles fueron los argumentos expuestos en la exposición de motivos para dejar el tema pensional en reserva legal?
5. ¿Cuáles son los argumentos expuestos por los detractores de la norma que limitó la negociación colectiva en pensiones?

Ca

Este cuestionario de autoevaluación será muy útil para medir sus conocimientos respecto de las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Se sugiere que responda las preguntas antes de analizar los casos, y saque sus conclusiones, antes de leer las guías prácticas de los casos típicos.

62 Arenas Monsalve, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. Ed. Legis. Bogotá, 2006, pág. 163.

1. ¿Puede una negociación colectiva que terminó en laudo arbitral, afectarse de nulidad por haberse pretermitido una de sus etapas?
2. ¿La desaparición de los beneficios de la convención colectiva por la llegada del acto legislativo 01 de 2005, extingue los derechos previstos en la convención colectiva que pierde vigencia?
3. ¿Cuándo operan la compatibilidad y la compatibilidad de las pensiones de jubilación legales y convencionales y la pensión de vejez.

At

Guías de casos típicos

T
C

Pj

N

Cumplimiento de las etapas de la negociación colectiva

La empresa “Citrus” solicita la nulidad del laudo arbitral que resolvió la negociación colectiva, con el argumento que no se llevó a cabo la etapa de arreglo directo, dado que el sindicato de trabajadores de esta, se negó a sentarse a la mesa, durante ese periodo.

¿Es posible que una negociación colectiva pueda adelantarse hasta sus últimas consecuencias si se pretermitió una de las etapas exigidas por la ley?

Art. 29 de la C.P. reza:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (...).”

El artículo 433 del C.S.T., subrogado D.L. 2351/65, art. 27, reza:

“Iniciación de conversaciones. 1. El patrono o su representante están en la obligación de recibir a los delegados de los trabajadores dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación oportuna del pliego de peticiones para iniciar conversaciones. Si la persona a quien se presentare el pliego considera que no está autorizada para resolver sobre él, debe hacerse autorizar o dar traslado al patrono dentro de

las veinticuatro horas siguientes a la presentación del pliego, avisándolo así a los trabajadores. En todo caso la iniciación de las conversaciones en la etapa de arreglo directo no puede diferirse por más de cinco (5) días hábiles a partir de la presentación del pliego” (...).

El Artículo 434 del C.S.T., subrogado Ley 50/90, art. 60, afirma: **“Duración de las conversaciones.** Las conversaciones de negociación de los pliegos de peticiones en esta etapa de arreglo directo durarán veinte (20) días calendario, prorrogables de común acuerdo entre las partes, hasta por veinte (20) días calendario adicionales” (...).

Sj

En la sentencia C-548/94, la Corte Constitucional señaló: *“La huelga se considera como uno de los más valiosos derechos e instrumentos jurídicos con que cuentan los trabajadores para solucionar sus conflictos laborales de carácter económico, previo desde luego, el agotamiento de las etapas encaminadas a lograr la definición de las diferencias laborales mediante el arreglo directo o la mediación. En ejercicio del derecho de huelga y con el cumplimiento de las disposiciones legales que la reglamentan, los trabajadores y las organizaciones sindicales no solo promueven y defienden sus intereses económicos y profesionales tendientes a obtener el mejoramiento de las condiciones del trabajo, sino que también persiguen el reconocimiento de derechos y garantías que superan el mínimo de estos, consagrados en las disposiciones laborales, como medio efectivo para la solución de los conflictos en las relaciones entre trabajadores y empresarios.”*

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de febrero 26 de 1996, radicado 9735, M.P. Dr. Herrera Vergara se señaló: *“De ese contexto normativo surge como derrotero para las partes intentar arreglar “su” conflicto primeramente por ellas mismas, mediante el mecanismo de la autocomposición, que se manifiesta en “... el libérmino juego de propuestas y contrapropuestas, fórmulas y réplicas, propias de una discusión racional y creadora...” (Sentencia de 25 de junio de 1992), conducentes al avenimiento total. Pero ocurre que en la práctica, en ocasiones, esa sana aspiración legislativa y la buena voluntad de obedecerla puede verse frustrada por acciones u omisiones de una de ellas o de ambas que, prevalidas de un ficticio sustento legal, se abstengan de reunirse con su interlocutor laboral y de adelantar las conversaciones, impidiendo de esta forma el normal discurrir*

de la etapa de arreglo directo. Naturalmente que dentro de un Estado Social de Derecho estas situaciones no pueden coherir, por lo que reclaman la acción inmediata de las autoridades administrativas competentes, de oficio o a petición de parte, para evitarlas, de tal modo que la negativa de una parte a negociar no puede servir de pretexto para posteriormente, y en forma extemporánea, alegar la inexistencia de la etapa de arreglo directo e imponer la nulidad del Laudo Arbitral, en el evento de que este le haya sido desfavorable total o parcialmente".

Por la desaparición de los beneficios de la convención colectiva no se extinguén los derechos adquiridos en la convención colectiva

El señor Ocampo solicita su pensión de jubilación conforme la cláusula 20 de la convención colectiva, precepto que perdió vigencia el 31 de diciembre de 2007, conforme el acto legislativo 1° de 2005, alegando que los requisitos los cumplió antes de esa fecha.

¿Se afectaron los derechos del Sr. Ocampo, por no haber reclamado antes de la fecha de terminación de la vigencia de la convención colectiva? ¿Los beneficios pensionales adquiridos al amparo de la convención colectiva se extinguieron al perder vigencia la Convención?

Artículo 1° del Acto legislativo 01 de 2005 reza:

"Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política: (...)

"Parágrafo transitorio 3°. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado".

En la sentencia del 3 de abril de 2008, radicado 29907, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza, reza:

"Empero ella no impide considerar que del texto del aludido acto reformatorio de la Constitución no se infiere, como lo pretende la censura, que automáticamente dejaron de tener vigencia y efectos jurídicos los acuerdos sociales pactados entre los empleadores y los sindicatos en materia de

T

C

Pj

N

Sj

pensiones y mucho menos los derechos adquiridos por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de esa reforma constitucional...

(...)

Lo que sí queda claro es el celo del constituyente por salvaguardar los derechos adquiridos, esto es, aquellos que han entrado en el patrimonio de las personas y que no les pueden ser arrebatados o quebrantados por quien lo creó o reconoció legítimamente.

(...)

Y ello tenía que ser así, en cuanto traduce el respeto a la propia carga de principio y valores reflejados en la Carta; concretamente el acto legislativo puso a buen recaudo el valor seguridad jurídica que permea el artículo 58, en cuanto garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, “los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por las leyes posteriores”.

Son varios los pasajes del acto legislativo que evidencian su firme propósito de respetar los derechos adquiridos en materia pensional. En efecto, se lee: “el Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del sistema pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley”. “En materia pensional se respetará todos los derechos adquiridos”. “Sin perjuicio de los derechos adquiridos ...”. Toda una profesión de fe en la seguridad jurídica y, en tránsito por esa vía, en la dignidad humana, como valor fundamental del Estado social de derecho.

Sobre esta base axiológica de respeto por los derechos adquiridos en materia pensional, el constituyente, en el acto legislativo 01 de 2005 –quizá acuciado por la necesidad de potenciar los principios de universalidad y de solidaridad, informadores del sistema de seguridad social integral creado por la ley 100 de 1993, que habían entrado en crisis, en tanto que por el mecanismo de la negociación colectiva se crearon sistemas pensionales que originaron odiosas discriminaciones e inequidades– contempló esta prohibición categórica:

“A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones”.

Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales

o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

“Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010 no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.”

Del texto citado se desprende que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las “reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo”, pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieran causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales. (...) Desde luego, la existencia del derecho y su exigibilidad no depende del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente ello no podía ser cambiado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

T

C

Pj

La compatibilidad y la compatibilidad de las pensiones de jubilación y vejez

El demandante reclamó del Instituto de Seguros Sociales el pago de la pensión de vejez indexada y la declaratoria de que esa prestación debe compartirse con la pensión de jubilación por mandato de la Convención Colectiva que paga la empresa, por efectos de que contaba con más de diez (10) y menos de veinte (20) años de servicios al 1º de enero de 1967 cuando el Seguro asumió los citados riesgos, por lo que la pensión que le otorgó la empresa en 1977 debe ser compartida con el Seguro, pues la empresa continuó cotizando para los riesgos de IVM. El ISS le negó la pensión de vejez fundado en que no podía tener en cuenta las semanas cotizadas como jubilado. Como juez ¿cómo resolvería el asunto?

¿Tiene derecho el demandante a una pensión compartida entre el ISS y la empresa, y que por ende esta última pague únicamente el mayor valor si lo hubiere?

N

El Decreto 3041 de 1966, por medio del cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte (Acuerdo 224 de 1996), en los artículos 60 y 61 reza:

"Artículo 60. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social Obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este Seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono".

Artículo 61. "Los trabajadores que lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000.00) moneda corriente o superior, diez años más de servicios continuos o discontinuos ingresarán al Seguro Social Obligatorio como afiliados en las mismas condiciones de los anteriores y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la Ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los Reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por este para otorgar la pensión de vejez; en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión siendo obligación del patrono continuar pagando la pensión restringida. En todo lo demás el afiliado gozará de los beneficios otorgados por el Instituto".

Parágrafo. Esta disposición regirá únicamente durante los primeros 10 años de vigencia del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte.

El Decreto 2879 de 1985, por el cual se aprueba el Acuerdo número 029 del 26 de septiembre de 1985, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, en su artículo 5º, expresa.

Artículo 5º. Los patronos insertos en el Instituto de Seguros Sociales que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente comunicarán lo cotizado para los aseguradores de Invalidez, Vejez, y muerte hasta cuando los aseguradores cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

La obligación de seguir cotizando el Seguro de Invalidez, Vejez, y Muerte de que trata este artículo solo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros sociales.

El Decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo 049 de 1990 en su artículo 18, preceptúa:

“Compartibilidad de las pensiones extralegales. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado”.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente que las pensiones en ellos reconocidas no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales”.

Sj

En la sentencia del 15 de diciembre de 1995, radicado 7960, M. P. Germán G. Valdés Sánchez, se dijo:

“Una de las finalidades de la Ley 90 de 1946 fue establecer un sistema de seguros sociales que reemplazara las prestaciones patronales de origen legal y que liberara al empleador del pago de determinados riesgos laborales para que fueran asumidos por el Seguro Social, sin que en el articulado de esa ley se consagrara disposición alguna que le impusiera al Seguro Social el pago de prestaciones surgidas del acto voluntario

del patrono o del acuerdo individual o colectivo celebrado con sus trabajadores. La misma regulación legislativa está en las normas transitorias sobre subrogación de las prestaciones patronales por las del seguro social (artículos 12 y 13 de la Ley 6^a de 1945, 193 y 259 del C.S.T.). En consecuencia, nada hay en la Ley 90 de 1946 o en el Acuerdo 224 de 1966 que la reglamentó, que permita deducir la existencia de un principio general sobre compatibilidad de la pensión de origen contractual o voluntaria con la pensión de vejez. De ahí que la jurisprudencia haya tenido en cuenta que si en las relaciones laborales el patrono se obliga de manera pura y simple por un acto o declaración de voluntad, asume esa carga prestacional de manera indefinida y sin restricciones o posibilidades de subrogación no estipuladas o no precisadas por quien se obliga, pues las modalidades que afectan el derecho, o sea la condición o el plazo extintivo o su resolución, son situaciones que exigen declaración expresa del obligado. “En consecuencia, si como lo dice la misma recurrente, el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 estableció –para la situación que allí se regula– la compatibilidad de la pensión legal de jubilación con la de vejez sin referirse a las pensiones extralegales, y el artículo 61 la compatibilidad de la pensión sanción con la de vejez, y si ninguno de ellos le impuso al Seguro Social la asunción de las pensiones de origen convencional, no aplicó indebidamente el Tribunal el artículo 61 del Acuerdo 224 citado, pues ni esa norma ni la Ley 90 de 1946 ni los principios generales que la informan eliminaron la posibilidad de obligarse indefinidamente y sin las modalidades de la condición o el plazo a pagar una pensión vitalicia, ni previeron, expresa o tácitamente, un mecanismo para reemplazar en todo o en parte la pensión voluntaria por la pensión de vejez”.

“La jurisprudencia sobre la no compatibilidad de la pensión voluntaria con la de vejez del Seguro Social está contenida, entre otras, en la sentencia del 11 de diciembre de 1991 (Rad. 4441) en estos términos:

“1. En primer término, debe la Corte señalar que las sentencias invocadas por la parte recurrente se refieren exclusivamente a la imposibilidad de disfrutar simultáneamente dos pensiones que como la plena de jubilación patronal y la de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales, cubren exactamente el mismo riesgo; ya que la única diferencia entre ellas es la de que la primera está a cargo del patrono hasta tanto esta última entidad de previsión social, de acuerdo

con sus reglamentos, asuma la pensión correspondiente. Lo mismo ocurre con la incompatibilidad entre la pensión de invalidez –que bajo ciertos respectos se torna en pensión de jubilación de vejez, según sea el caso– y la pensión de jubilación.

“Pero precisamente por ser las antes dichas pensiones legales, no puede aplicarse la doctrina contenida en los fallos que se recuerdan por la censura, a una situación en la que pueden concurrir, por no ser excluyentes ni incompatibles, una pensión ‘legal’ prevista en los reglamentos del Seguro Social y otra ‘especial y voluntaria’ que, según el Tribunal Superior, fue la reconocida por la recurrente a Ernesto Escolar Nieto. “2. En segundo término debe recordarse, como lo resalta el opositor, que la legislación laboral sólo consagra mínimos de derechos y garantías y que por ello no repugna al Derecho del Trabajo, sino que por el contrario puede decirse que desarrolla su esencia, que mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad –acordadas las voluntades del empleador y el trabajador, individual o colectivamente, o expresada ella unilateralmente por el primero–, puedan crearse nuevos derechos o mejorarse los existentes. Todo ello es propio de la dinámica y de la progresividad que inspira este Derecho Social.

“Por tal razón no es dable pensar en una aplicación indebida de la ley por el hecho de que se reconozca, como aquí en el sub lite se hizo, la compatibilidad entre una pensión de jubilación voluntaria y otra pensión prevista en el reglamento del Instituto de Seguros Sociales, cuya naturaleza es, desde este punto de vista, estrictamente ‘legal’, y que como tal se debe considerar mínima (no máxima), pues siempre será susceptible de mejoramiento convencional o por unilateral voluntad del empleador (Rad. 4441)”.

En igual sentido en la sentencia del 8 de agosto de 1997, radicado 9540 M.P. Germán G. Valdés Sánchez, se añadió: “(...) De otro lado, la posición de la Corte expuesta en las providencias memoradas no sufre detrimiento por el hecho de que la obligación asumida por Fabricato proviniera de un convenio colectivo en el que aceptó reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores solo hasta cuando el Instituto de Seguros Sociales asumiera la pensión de vejez, continuando a su cargo únicamente la diferencia, si la hubiere, entre la prestación que venía pagando y la que entraría a reconocer la entidad de previsión social. Como se señaló en las mencionadas decisiones, el Seguro Social no

podía reconocer la pensión de vejez en esos eventos por no encontrarse reseñados dentro de los que le generaban tal obligación, pero, además, porque no pueden las partes de un convenio colectivo exigirle a un tercero el cumplimiento de obligaciones sin su expreso consentimiento, el que por lo demás, en tratándose de una persona jurídica de derecho público, solo podía ser válido en la medida en que la ley o sus propios reglamentos lo contemplaran.

La obligación de reconocer una pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales no surge por el simple hecho de haberse efectuado unas determinadas cotizaciones, sino que es indispensable que ellas correspondan a las hipótesis dentro de las cuales se ha previsto que el ISS asuma el riesgo correspondiente. Es necesario, por tanto, el cumplimiento de todas y cada una de las exigencias previstas en la ley o en sus reglamentos para que se materialice la obligación a cargo del Seguro Social. El simple evento de completar un número de cotizaciones no conduce a la configuración de un derecho pensional si la obligación correlativa no se encuentra dentro de las que la ley y los reglamentos han prescrito como existentes a cargo del ISS.

(...) la legislación sobre seguridad social y que para este caso específico corresponde a las orientaciones señaladas por la Corte en las sentencias atrás citadas, pues su artículo 18 señaló de manera expresa, en cuanto se refiere a la ‘Compartibilidad de las pensiones extralegales’ –así aparece titulado el precepto–, que la obligación de cotizar para el seguro de invalidez, vejez y muerte estaba a cargo de los empleadores que otorgaran a sus trabajadores pensiones extralegales ‘causadas a partir del 17 de octubre de 1985’, fecha en la que entró a regir el Decreto 2879 de 1985 que aprobó el Acuerdo 029 de ese mismo año, lo que de manera natural lleva a la conclusión de que con anterioridad a la mencionada fecha, no era posible la compatibilidad de una pensión extralegal con la pensión de vejez a cargo del ISS.

Co

Pese a que actualmente existe jurisprudencia unificada al respecto, se presenta este tema, por expresa solicitud de los jueces en los talleres de diagnóstico del módulo y porque todavía se presenta este tipo de conflictos en la práctica judicial.

El artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966 (art. 1º. del Decreto 3041 de 1966) señala que al iniciarse la obligación obrero-patronal de afiliarse al ISS para los riesgos de invalidez, vejez

y muerte para aquellos trabajadores que llevaran 15 años o más años de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital \$800.000 o superior, ingresaban al seguro social obligatorio como afiliados para los riesgos IVM y al cumplirse los requisitos exigidos en el Artículo 260 del C.S.T., podrían exigir la jubilación al empleador y continuaba cotizando a esa entidad hasta que cumplidos los requisitos mínimos (Art. 11 del Acuerdo 224/66) les otorgaba la pensión de vejez y solo quedaba con el deber de pagar la diferencia si a ello hubiera lugar.

Solo se estableció el **régimen pensional compartido** entre la pensión plena de jubilación consagrada en el artículo 260 del C.S.T. y la que concedía el ISS, al cumplirse los requisitos exigidos en el artículo 11 del mencionado Acuerdo y únicamente hasta cuando entró en vigencia el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el artículo 1º del Decreto 2789 de 1985, se amplió la cobertura de esa compatibilidad a otra clase de pensiones distintas a la legal, como eran las de origen convencional o arbitral o consagradas en pacto colectivo o por decisión unilateral y voluntaria del empleador de turno.

Más aun, cuando el decreto 2879 de 1985 estableció en su artículo quinto la obligación para los empleadores de continuar cotizando para los riesgos de vejez, invalidez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan con los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, siendo a cargo del empleador el mayor valor, si lo hubiere, en los eventos en que les otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente

El artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, relativo a "**la compatibilidad de las pensiones extralegales**", señala que las pensiones causadas con anterioridad al 17 de octubre de 1985, fecha de vigencia del Acuerdo 029 de 1985, no podían ser compartidas por el patrono y el ISS una vez se hubiere cotizado lo exigido por la norma, sino que esas pensiones eran de responsabilidad de los empleadores.

Con posterioridad a esa fecha se presenta la subrogación total o parcial de la pensión voluntaria o extralegal otorgada por el patrono por la de vejez otorgada por el ISS, con la exigencia expresa que el empleador debe seguir cotizando hasta cumplir los requisitos exigidos por el ISS, siendo de cuenta del patrono el mayor valor. La única excepción se

presenta cuando en la convención, pacto o acto jurídico se haya dispuesto expresamente que la pensión que se otorga no sea compartida por el ISS.

En la Ley 100 de 1993, el asunto se mantuvo en forma similar, al señalar el Decreto 1160 de 1994, reglamentario de esta ley, que:

Artículo 20. El artículo 5º del Decreto 813 de 1994, quedará así:

"Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.

Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, este continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

El tiempo de servicios al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del ISS. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resultante a 1º de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador o la empresa continuará con la totalidad de la pensión a su cargo;

b) Cuando a 1º de abril de 1994, el trabajador tuviera 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, al servicio de un mismo empleador o tenga adquirido el derecho a la pensión de jubilación a cargo de este, la pensión de jubilación será asumida por dicho empleador.

c) Las pensiones de jubilación causadas o reconocidas por el empleador con anterioridad al 10 de abril de 1994 que vayan a ser compartidas con el Instituto de Seguros Sociales, continuarán rigiéndose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones". (Subrayas fuera de texto). Parágrafo. Lo previsto en este artículo sólo será aplicable a aquellos trabajadores que presten o hayan prestado sus servicios a un mismo empleador.

SENTENCIAS ADICIONALES SOBRE EL DERECHO COLECTIVO
LABORAL

SOBRE LIBERTAD SINDICAL

C-567 de 2000, C-201 de 2002, C-063 de 2008, C-465 de 2008, C-466 de 2008, C-621 de 2008, C-672 de 2008, C-691 de 2008, C-734 de 2008 y C-737 de 2008

SOBRE FUERO SINDICAL

C-201 de 2002, C-119 de 2005, C-240 de 2005, C-1232 de 2005, C-735 de 2007 y C-465 de 2008.

SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

C-476 de 1998, C-201 de 2002, C-574 de 2004, SU-342 de 2005, C-280 de 2007, y C-466 de 2008.

SENTENCIA SOBRE HUELGA

CSJ: Sentencia de 3 de junio de 2009, radicado 40428. M.P. Luis Javier Osorio López.

C-349 de 2009.-



www.imprenta.gov.co
PBX (0571) 457 80 00
Carrera 66 No. 24-09
Bogotá, D. C., Colombia