



Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

República de Colombia

NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Presidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Vicepresidente

HERNANDO TORRES CORREDOR
RICARDO HERNANDO MONROY CHURCH
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora

ALEJANDRO PASTRANA ORTIZ
Coordinador Académico del Área Laboral



ESCUELA JUDICIAL
"Rodrigo Lara Bonilla"

HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ

NORMAS INTERNACIONALES
DEL TRABAJO

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

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

ISBN 978-958-8331-61-4

Autor: HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2008
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 11 No.9-24 piso 4
www.ramajudicial.gov.co - www.ejrlb.net.co

Con un tiraje de 2.000 ejemplares

Diseño de carátula y libro:

Correctora de estilo:

Composición, diagramación electrónica e impresión:

Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Bogotá, D. C.

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIONESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACION 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 **Normas Internacionales del Trabajo** 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 fundamenta 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 decurso 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,

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

busca 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-integrador

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**.

CONTENIDO

UNIDAD 1.

LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO	29
1. Las normas internacionales del trabajo	29
1.1. Un caso ilustrativo	29
1.2. Origen de las Normas Internacionales del Trabajo –NIT–	32
1.3. Qué son las Normas Internacionales del Trabajo –NIT–	34
1.3.1. Cuáles normas son NIT	35
1.4. La Organización Internacional del Trabajo –OIT–	37
1.4.1. Naturaleza y estructura	37
1.4.1.1. La constitución de la OIT	37
1.4.1.2. Los órganos	37
1.4.1.3. Los Convenios y las Recomendaciones	39
1.4.1.4. Órganos y mecanismos de control para el cumplimiento de las NIT	48
1.4.1.5. Sanciones de la OIT	53
1.4.1.6. Denuncia de un convenio de la OIT	54
Actividades pedagógicas	55
Autoevaluación	55

UNIDAD 2.

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDADY EL BLOQUE DE LEGALIDAD EN MATERIA LABORAL.	57
2. El bloque de constitucionalidad y el bloque de legalidad en materia laboral	61
2.1. Cuáles normas jurídicas internas permiten integrar las normas internacionales del trabajo en Colombia	63

2.2. ¿Es necesario para la aplicación de los tratados o convenios ratificados por Colombia que se produzca una regulación interna posterior, llámese ley o reglamento?	64
2.3. ¿Cuál es la importancia jerárquica de los convenios en el orden nacional?	65
2.3.1. ¿Qué consecuencias prácticas tiene esta distinción de la jerarquía de los convenios para la legislación colombiana?	66
2.4. ¿Puede el Estado colombiano, con una ley posterior, contradecir un convenio o tratado perfeccionado, reformándolo en peor? ..	67
2.5. ¿Con base en lo anterior, qué prevalece en Colombia, el artículo 4 de la C. P. o el artículo 93?	68
2.5.1. Análisis jurisprudencial del bloque de constitucionalidad laboral en Colombia.....	70
2.5.2. Análisis de la línea jurisprudencial.....	86
2.5.2.1. Explicación de la línea	91
Actividades pedagógicas	92
Actividades evaluativas	92

UNIDAD 3.

LAS RECOMENDACIONES DE LOS ORGANOS DE CONTROL INTERNACIONALES	95
3. Las recomendaciones de los organismos internacionales	98
3.1. ¿Qué fuerza vinculante tienen las recomendaciones?	99
3.2. ¿Qué es el Comité de Libertad Sindical, CLS?	102
3.2.1. ¿Quién puede interponer una queja ante el CLS?.....	103
3.2.2. ¿Cómo se tramita una queja ante ese Comité?	103
3.2.3. ¿Entonces las recomendaciones son o no obligatorias? ..	105
3.2.4. ¿Es el CLS autónomo en sus recomendaciones?.....	1077
3.2.5. ¿Fue esta una posición pacífica en la Corte Constitucional?.....	108
3.2.6. Conclusiones sobre las recomendaciones.....	116
Actividades pedagógicas	118
Actividades evaluativas	118

UNIDAD 4.

APLICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES POR LOS JUECES DE COLOMBIA	121
4.1. ¿De qué manera se pueden utilizar las normas internacionales del trabajo en la jurisdicción colombiana?	123
4.1.1. Aplicación directa de una disposición internacional para resolver un litigio.	123
4.2. Aplicación de la NIT como criterio auxiliar.	126
4.3. Aplicación práctica en Colombia	126
Actividades pedagógicas	128
Actividades evaluativas	129

UNIDAD 5.

LA LIBERTAD SINDICAL. DERECHO DE SINDICACIÓN	135
5. La libertad sindical	135
5.1. Instrumentos internacionales que contienen este derecho	136
5.2. Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre libertad sindical	138
5.3. ¿Qué comprende la libertad sindical?	139
5.3.1. La libertad sindical individual	139
5.3.1.1. La libertad de constitución	140
5.3.1.2. Libertad de afiliación	142
5.3.2. Libertad sindical colectiva	145
5.3.2.1. La libertad de reglamentación	146
5.3.2.2. La libertad de representación	146
5.3.2.3. Libertad de federación y confederación	148
5.3.2.4. Libertad de disolución	149
5.3.2.5. Libertad de gestión	149
Actividades pedagógicas	150
Cuestionario de autoevaluación	150

UNIDAD 6.

LOS OTROS CONVENIOS FUNDAMENTALES	179
6.1. Los convenios fundamentales	182
6.2. La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio	183
6.3. Definición del trabajo forzoso	184
6.4. Exclusiones	185
6.5. Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso	187
6.6. Igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación.....	187
6.7. Sobre igualdad de remuneración. Convenio 100 y Recomendación 90	189
6.8. Discriminación en el empleo y la ocupación	193
6.9. Discriminación indirecta	196
6.10. El acoso sexual	197
Actividades pedagógicas.....	199
Cuestionario de autoevaluación	215
Apéndice 1.	215
Apéndice 2.	217

NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONVENCIONES

O _g	Objetivo General
O _e	Objetivos Específicos
A _p	Actividades Pedagógicas
A _t	Actividades de Taller
A _e	Autoevaluación
T	Tema
C	Caso propuesto
N	Normas
P _j	Problema Jurídico
S _j	Sentencia Jurisprudencial
Co	Comentario

ESTRUCTURA DE LAS UNIDADES

Las unidades presentan la siguiente estructura básica:

Un caso ilustrativo práctico como introducción y concientización del tema por desarrollar.

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

INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado donde las empresas nacionales operan en el exterior o las empresas foráneas operan en el país, es una preocupación constante de los organismos internacionales que las condiciones de trabajo sean más o menos similares en cualquier lugar del planeta, no siendo concebible que las legislaciones laborales sean islas independientes, con normas casuísticas y sometidas al capricho de los intereses públicos y privados. De otro lado, la creciente preocupación mundial sobre los derechos humanos, entre ellos el derecho del trabajo, ha ejercido una gran presión para que organismos como la ONU, la OEA o la OIT, instituciones de las cuales Colombia es miembro activo, acuerden un tratamiento humanista a las relaciones laborales, en el que la dignidad del trabajador prevalezca a través de criterios de aplicación universal.

La gran mayoría de los jueces y juezas fuimos formados para dar valor preponderante a la ley. Solo desde los años noventa se le dio preponderancia a la Constitución Política, por ello, es un imperativo categórico abrir nuestras mentes para dar el valor requerido no solo a los tratados y los convenios internacionales, sino además a las recomendaciones de organismos como el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo o la Comisión Internacional de Derechos Humanos de la OEA y aun de jurisprudencias internacionales, que deberán ser tenidas en cuenta siempre que de resolver un asunto laboral se trate.

La misma Constitución, en sus normas de textura abierta, como en el caso de los artículos 53 y 93, ordena en este primer precepto tener los convenios del trabajo como parte de la legislación interna, y el segundo precepto da fuerza constitucional a los tratados de derechos humanos.

Lo anterior es razón suficiente para acometer con plena conciencia el presente módulo, pues cada vez son más los profesionales del Derecho que en sus demandas integran en los fundamentos y razones de derecho los convenios y recomendaciones de la OIT y los tratados internacionales de derechos humanos y es cada vez más la presión a los jueces y juezas para que definan los procesos, teniendo en cuenta las normas internacionales.

Fue necesaria la construcción de esta unidad, por cuanto dentro de los ejes problemáticos encontrados sobre el tema, en los diferentes talleres realizados, para jueces y juezas, magistrados y magistradas de todo el país, estaba

el desconocimiento general sobre el asunto, no siendo lógico ni práctico tocar los problemas jurídicos reales que tiene la integración de estas normas al derecho interno y su obligatoriedad o no, sin conocer qué son y cómo se producen las normas internacionales del trabajo.

Por lo anterior se plasman, de manera didáctica, aunque no menos profunda, en este módulo no solo los conceptos fundamentales sobre la materia, sino las decisiones que más polémica han generado en el país a nivel interpretativo.

UNIDAD 1

1. LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO



Identificar y fortalecer los conocimientos y competencias que los jueces y juezas, magistrados y magistradas tienen sobre las normas internacionales del trabajo con miras a mejorar la calidad de su gestión judicial.

Concientizar a los funcionarios y funcionarias judiciales sobre la importancia, en su formación, de las normas internacionales del trabajo y su integración con la Constitución y la ley.



Con el presente capítulo se pretende:

1. Establecer qué se entiende por una norma internacional del trabajo, su importancia y su origen.
2. Identificar la naturaleza jurídica y administrativa de la Organización Internacional del Trabajo y su incidencia en Colombia.
3. Establecer los procedimientos de creación de los convenios y las recomendaciones, para conocer la obligatoriedad o no de sus decisiones.

1.1. UN CASO ILUSTRATIVO

Con el ánimo de comprender la importancia de las normas internacionales del trabajo, y siguiendo la metodología de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, a continuación se plantea el siguiente proceso judicial internacional que fue puesto a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente pasó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)

Decisión: 2 de febrero de 2001

Se denunció por parte del Comité Panameño por los Derechos Humanos, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al Estado de Panamá por el despido arbitrario de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales que habían participado en distintas protestas contra la política gubernamental en reclamo de sus derechos laborales. Para concretar la sanción, el Estado aplicó una ley (la 25) dictada con posterioridad a los hechos, la cual estableció que la tramitación de los juicios que iniciaran los trabajadores a raíz de los despidos se realizaría en el fuero contencioso-administrativo y no en el laboral, tal como determinaba la legislación vigente.

Previo a la llegada del caso a la CIDH, la Jurisdicción de Panamá denegó las pretensiones de reintegro, en tres tipos de procesos: a) los recursos de amparo de garantías constitucionales planteados ante el pleno de la Corte Suprema de Justicia; b) las demandas de inconstitucionalidad de la Ley 25 interpuestas también ante el pleno de la Corte Suprema de Justicia, y c) las demandas contencioso-administrativas de plena jurisdicción interpuestas ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, realizó unas recomendaciones que no fueron acatadas por el Estado y por ello se decidió ir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte, por unanimidad, después de un proceso en donde se presentaron pruebas y alegatos de conclusión de ambas partes, declaró que el Estado de Panamá había violado los derechos a la libertad de asociación, a las garantías judiciales y a la protección judicial y los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley en perjuicio de los 270 trabajadores. En la parte considerativa afirmó:

“136. Debe reiterar la Corte que los procesos judiciales se basaron en la aplicación de la Ley 25 a los trabajadores destituidos, la cual no regía al momento de los hechos que motivaron las destituciones y que este Tribunal ha considerado contraria al principio de legalidad y de no retroactividad (supra, párr. 115). La normativa jurídica que contemplaba los procesos aplicables en el momento de los hechos por los cuales fueron despedidos fue derogada precisamente por la citada Ley 25.

137. El artículo 8.1. de la Convención (Americana de Derechos Humanos) consagra los lineamientos del llamado ‘debido proceso legal’, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en

la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos. El artículo 8.2. de la Convención establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. Por su parte, el artículo 25 de la Convención ordena proporcionar un recurso sencillo y rápido para la protección de los derechos de las personas”.

En la parte resolutive la Corte señaló que el Estado violó los principios de legalidad y de irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial consagrados en los artículos 8.1., 8.2. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violó el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Decide por ende que el Estado debe reintegrar en sus cargos a los 270 trabajadores, pagarles los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que les correspondan según su legislación interna. Si no fuere posible el reintegro, deberá brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, el Estado deberá proceder al pago de la indemnización.

Condena por equidad a pagar a cada uno la suma de US\$ 3.000 por concepto de daño moral, US\$ 100.000 como reintegro de gastos generados por las gestiones realizadas por las víctimas y sus representantes, y la suma de US\$ 20.000 como reintegro de costas, causadas en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección.

Decide además la Corte Interamericana que supervisará el cumplimiento de esta sentencia y solo después dará por concluido el caso.

Reflexión

A partir de este caso y de la revisión de la Convención Americana de Derechos Humanos, se le pide al docente, antes de estudiar la unidad, que reflexione sobre los siguientes interrogantes:

1. ¿Es obligatorio para los Estados pertenecer a la ONU, a la OEA o a la OIT? ¿Es conveniente estar en ellos?

2. ¿Se sacrifica la soberanía de un país cuando un Estado reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
3. ¿Por qué son obligatorias las sentencias que profiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Internacional de Justicia?

1.2. ORIGEN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO –NIT–

Antes de que las Normas Internacionales del Trabajo surgieran, en el siglo XIX, los países industrializados de Europa experimentaron una inusitada producción, que sobrepasaba las necesidades de abastecimiento de cada país y por ello comercializaron el excedente en otros países, a la par que redujeron los salarios de los trabajadores, como medio para mantener la competencia expansionista.

Como consecuencia del maltrato a los trabajadores y las precarias condiciones de pobreza el descontento popular fue acrecentando, la situación se tornó en un peligro para el orden interno de cada país; por ello surgieron voces políticas y sociales para afrontar el problema. A partir del año 1890 se celebraron varias reuniones entre los países afectados, para regular la competencia entre ellos; y se unificaron reglas de conducta en el tratamiento de los trabajadores, que concluyeron con pautas relativas al mejoramiento de las condiciones de trabajo.

En el siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial y frente a la realidad de reconstruir a la devastada Europa, se asumió como un imperativo establecer unas normas mínimas de trabajo, para que la competencia del comercio no se basara en la explotación laboral.

Así fue como en el Tratado de Versalles, que puso fin oficialmente a la Primera Guerra Mundial, también se creó la Organización Internacional del Trabajo, con el objetivo de ayudar a construir la paz y la justicia social.

En esos primeros años de funcionamiento fueron acogidos por los países miembros muchos de los convenios aprobados por su asamblea general, avance humanista que se vio truncado por la Segunda Guerra Mundial, pero que en la época de la posguerra fue reactivado el fervor por el mejoramiento de las condiciones

sociales de los trabajadores. En dicho periodo se acordaron temas como la jornada laboral, el descanso remunerado, las vacaciones, la libertad sindical, entre otros.

Carlos Ernesto Molina M., en su obra *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*, afirma al respecto:

“Con la OIT se inició un fecundo periodo de varios decenios en el cual las NIT (léase Normas Internacionales de Trabajo) fueron sin duda alguna las fuentes y baremo más importantes del moderno D de T (léase Derecho del trabajo). Los Estados, al menos durante las primeras décadas de existencia de la OIT, acogieron en buena medida los convenios emanados de dicho organismo. En la Segunda Postguerra además se suscribieron los más trascendentales pactos, declaraciones y convenciones, de ámbitos orbitales y regionales, que agrupaban contenidos laborales fundamentales (Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Carta de la OEA; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, etc.)”¹.

Con los nuevos avances tecnológicos, los países desarrollados en los años posteriores a los sesenta fueron expandiendo su radio de acción, introduciendo nuevas relaciones y bienes a otros países, globalizando las relaciones económicas, comerciales y financieras, siendo propicio el momento para crear organizaciones multilaterales, como la Organización Mundial del Comercio –OMC–, el Banco Mundial –BM–, El Fondo Monetario Internacional –FMI–, entre otros, quedando relegado paulatinamente el factor humano, por la mayor importancia dada al factor mercado.

Como consecuencia de esta mayor valorización por el comercio internacional, hasta nuestros días, asistimos a una presión de los países desarrollados hacia los otros, para que se produzca la apertura de las fronteras, menos proteccionismo estatal y por ende leyes más permisivas de la entrada de mercados foráneos, donde lo que opere sea la ley económica de la oferta y la demanda, mientras que por el lado del factor humano se pauperiza el ingreso salarial de la fuerza de trabajo.

Por ello ahora, más que nunca, Colombia, como Estado miembro la OIT, debe hacer efectivos los convenios y recomendaciones de este organismo internacional, para efectos de preservar la justicia social y por ende la paz, como

¹ MOLINA M., Carlos Ernesto. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá, Editorial Temis, 2005, pág. 19.

derecho fundamental de nuestra Constitución y como postulado viviente del preámbulo de los Estatutos de la OIT, que a la letra dice:

“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”.

1.3. QUÉ SON LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO –NIT–

El doctor Carlos Ernesto Molina M. propone una definición de las Normas Internacionales de Trabajo²:

“Son normas jurídicas generales, impersonales y abstractas de derecho internacional público, de índole predominantemente laboral, de origen convencional o consuetudinario, generalmente contenidas en tratados o acuerdos internacionales vinculantes, que, una vez incorporadas al ordenamiento interno estatal, crean

² MOLINA M. Carlos Ernesto. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá, Editorial Temis, 2005, pág. 37.

directamente derechos subjetivos o comprometen internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos.”

Son las organizaciones internacionales las que las crean (OIT, OEA, ONU), su fuente son los tratados internacionales y su finalidad es que con su aprobación el Estado se obligue a incorporarlas en la legislación interna.

1.3.1. CUÁLES NORMAS SON NIT

Las NIT no solo provienen de la OIT, también otros organismos las producen, aunque en menor cantidad y menor especialidad. Entre otros y de manera sucinta estarían:

La Carta de Naciones Unidas (1945), en cuanto se refiere a los derechos humanos en general.

La Declaración de Filadelfia (1944), que redefinió los objetivos y fines de la OIT.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que consagra el derecho a la libre elección del trabajo, la protección al desempleo, el descanso remunerado, las vacaciones y el derecho de asociación en sus artículos 23 y 24 (1948).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en sus artículos 8A y 22 se refiere a la prohibición al trabajo forzoso y al derecho a fundar sindicatos (1966).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en sus artículos 6, 8 y 9 retoman los derechos humanos y se refieren a la seguridad social (1966).

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 32 se reconocen los derechos del menor a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de todo trabajo peligroso o que entorpezca su educación o su salud física o mental y se obliga allí a que los Estados miembros de la ONU adopten medidas para asegurar lo anterior, tales como fijar una edad mínima para trabajar, adecuados horarios y condiciones de trabajo y sanciones para los empleadores infractores.

La Carta de la OEA, que proclama los derechos fundamentales de las personas, la erradicación de la pobreza (1948, 1967, 1985 y 1993).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en sus artículos XIV, XVI y XVII señala que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas, a recibir una remuneración en relación con su capacidad que le asegure un nivel de vida conveniente, que toda persona tiene derecho a la seguridad social y el derecho de asociarse con otros para promover intereses de cualquier orden (1948).

El Protocolo de Buenos Aires, que en el artículo 43 señala que el trabajo es un derecho y un deber social "...otorga dignidad a quien lo realice y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar". Igualmente, el derecho de asociación y la importancia de la contribución de las organizaciones (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 se refiere al derecho de asociación.

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), el principal instrumento contentivo de las NIT en el sistema interamericano, contiene 4 artículos dedicados a lo laboral (6, 7, 8 y 9), que se refieren al derecho al trabajo, condiciones justas, equitativas y satisfactorias de este, los derechos sindicales y el derecho a la seguridad social.

Otros instrumentos internacionales que pueden generar NIT son los tratados bilaterales o multilaterales entre países, que a pesar de no estar referidos expresamente a lo laboral, como en el caso de los Tratados de Libre Comercio, consagran normas de protección laboral, como elemento esencial para mantener el convenio entre los países firmantes.

A pesar de los numerosos instrumentos internacionales expuestos, es una realidad que los convenios y recomendaciones de la OIT son la principal fuente de creación de las Normas Internacionales del Trabajo, producto de la inevitable internacionalización del trabajo por efectos de la expansión de la economía. Conclusión de lo expuesto es la necesidad de conocer la estructura, la organización interna y el funcionamiento de esta entidad internacional.

1.4. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO –OIT–³

1.4.1. NATURALEZA Y ESTRUCTURA

La Organización Internacional del Trabajo es un organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas⁴, cuyo propósito es fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales, a través de la adopción de normas internacionales, llamados convenios o recomendaciones, que fijan las condiciones mínimas en materia de derechos laborales.

La OIT es la principal fuente de norma internacional del derecho del Trabajo; por ello es importante establecer cómo es la estructura y funcionamiento de este organismo.

La Organización Internacional del Trabajo tiene su sede en Ginebra, Suiza, y se rige por:

1.4.1.1. LA CONSTITUCIÓN DE LA OIT

La Constitución es un conjunto de normas que contienen los principios para el establecimiento de políticas institucionales o de elaboración de instrumentos internacionales de trabajo, además de sus reglas de organización y funcionamiento, los derechos y obligaciones de los Estados miembros, sus fines y objetivos, además de ser en sí misma fuente de derecho.

Colombia, por ser miembro de la OIT desde su fundación y por haber ratificado la Constitución de este organismo mediante la Ley 49 de 1919, está obligada a acatarla.

1.4.1.2. LOS ÓRGANOS

De la Constitución, que ha sido objeto de varias enmiendas (1922, 1945, 1953, 1962, 1972 y 1997), se extrae que la OIT está conformada por

³ Dado que esta es una breve síntesis de la estructura y funcionamiento de la OIT, orientada a facilitar la lectura y comprensión del módulo, se remite al lector para su profundización a la página electrónica www.ilo.org/public/spanish o www.ilo.org/global/about_the_ilo/languages/index.htm.

⁴ Pese a que la OIT se fundó en 1919, esto es, con anterioridad a la ONU, que fue creada en 1945, posteriormente se hizo un organismo especializado de esta.

1.4.1.2.1. LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO –CIT–

Órgano máximo de la OIT. Se reúne cada vez que sea necesario o anualmente en junio en la sede de la Organización; su función principal es de tipo legislativo, es decir, adopta los convenios y las recomendaciones propuestos en la conferencia. Además, admite a nuevos Estados como miembros, adopta resoluciones y aprueba el presupuesto de la Organización.

La asamblea está integrada de manera tripartita a razón de dos delegados del gobierno miembro, un delegado de los empleadores y un delegado de los trabajadores. Cada delegado tiene derecho a votar individualmente sobre los asuntos sometidos a consideración de la Conferencia.⁵

1.4.1.2.2. EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Es el órgano ejecutivo de la OIT, de composición tripartita, integrado por 56 personas, así: 28 representantes de los gobiernos, 14 representantes de los empleadores y 14 representantes de los trabajadores, para periodos de 3 años. Son elegidos por los delegados gubernamentales, empleadores y trabajadores de la Conferencia y se reúnen ordinariamente 3 veces al año.⁶

Dentro de sus funciones están: elegir a su presidente y dos vicepresidentes; fijarse su propio reglamento; elegir al Director General de la OIT; coordinar las actividades de la Organización y hacer seguimiento sobre los programas por ejecutar; definir la agenda de las reuniones, incluida la de la Conferencia Internacional; realizar consultas y trabajos previos en la formación de propuestas sobre convenios y recomendaciones que se propondrán a la CIT; designar los miembros de las distintas comisiones, tales como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) –incluidas las memorias anuales que presentan los Estados sobre aquellos–, el Comité de Libertad Sindical (CLS), Comité de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical (Cicls) y las comisiones de encuestas.

⁵ Constitución OIT, arts. 3 y 4.

⁶ Constitución OIT, art. 7.

1.4.1.2.3. LA OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Es la secretaría permanente de la OIT, presidida por el Director General, elegido por el Consejo de Administración. Es el responsable de la buena marcha de la Oficina⁷. El personal de esta Oficina debe provenir en cuanto sea compatible de diferentes nacionalidades que ejerzan su labor bajo un estatuto administrativo, independiente de los países miembros.

El Director y su personal adscrito compilan y distribuyen todas las informaciones relativas a la reglamentación internacional de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores; estudian, investigan y preparan la documentación que ha de someterse a la CIT; realizan encuestas especiales ordenadas por la Conferencia o el Consejo de Administración; asesoran a los gobiernos que lo soliciten para elaborar legislación relativa a los convenios y recomendaciones, para mejorar prácticas administrativas⁸ y los sistemas de inspección; redactan y editan en diferentes idiomas publicaciones relativas a la industria y el trabajo.⁹

1.4.1.3. LOS CONVENIOS Y LAS RECOMENDACIONES

La OIT adopta las proposiciones de la Conferencia Internacional del Trabajo —que, recordemos, está integrada de manera tripartita por los representantes de los países miembros—, a través de convenios o recomendaciones, que requieren una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados.

1.4.1.3.1. LOS CONVENIOS.

Son instrumentos internacionales de trabajo adoptados por la Conferencia, que generan obligaciones encaminadas a que con posterioridad los países miembros los adopten en su respectivo territorio, a través de su ratificación.¹⁰

⁷ Ibídem, art. 8.

⁸ El Decreto 427 de 2008 da participación de un representante de la OIT en la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales en Colombia.

⁹ Constitución OIT, art. 10.

¹⁰ Artículos 19.1., 19.2. y 19.5. de la Constitución de la OIT.

La naturaleza jurídica de los convenios se asimila a la de los tratados, según la definición de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados¹¹.

Las normas en ellos contenidas son el “mínimo exigible” a cualquier país miembro en la materia laboral de que traten, por ello el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT reza:

“8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”.

Con base en lo anterior, debe entenderse que así Colombia ratificase un convenio de la OIT, no quedará sin efectos la legislación que sea más favorable al trabajador.

Como se verá más adelante, los convenios no ratificados por el país no lo vinculan, pero son fuente supletoria de la ley y sirven de fuente de inspiración a la nueva legislación y jurisprudencia nacional; ejemplo de ello son los convenios 102, sobre normas mínimas de la seguridad social; el 183, relativo a la protección de la maternidad o en materia de representantes de los trabajadores, se ha utilizado jurisprudencialmente el convenio 135 y su recomendación 143.

Al año 2008 existen 187 convenios aprobados por la OIT, 60 ratificados por Colombia, aunque en vigor solo son 54 los aplicables, pues 6 de ellos se han denunciado, tal como se detalla en el anexo de este módulo.

1.4.1.3.1.1. DISPOSICIONES QUE PUEDEN ENCONTRARSE EN LOS CONVENIOS:¹²

- a) Disposiciones subjetivas determinadas:** Son aquellas normas de los convenios que pueden aplicarse sin necesidad de ninguna ley adicional regulatoria, son normas de aplicación directa, también

¹¹ “Se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (literal a de su artículo 2).” Este Tratado fue complementado por otra Convención de Viena, de 1986, que se ocupa de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

¹² Beaudonnet Xavier, Seminario sobre Normas Internacionales del Trabajo para Magistrados, Jueces, Procuradores y Fiscales, OIT, Bogotá, 2008.

llamadas disposiciones autoejecutivas (*self-executing*), pues su mismo contenido indica que no requieren desarrollo legislativo por ser directrices claras y expresas. Es claro que corresponde al derecho interno definirlas, pues los criterios son distintos en cada país. Ejemplo de estas se encuentran en el Convenio 87 perteneciente al bloque de constitucionalidad, artículos 2º y 4º, relativos a libertad sindical en lo referente al derecho de sindicación, que pertenece a todos los trabajadores “sin distingos”, y el relativo a que la liquidación del sindicato no puede ser determinada por una autoridad administrativa. En cuanto al bloque de legalidad (art. 53 de la C. P.), a manera de ejemplo¹³ tenemos el Convenio 167, relativo a la seguridad y salud en la construcción, los artículos 13 a 34, en lo relativo a andamiajes, trabajos en alturas; los artículos 11 y 21 del Convenio 174, sobre productos químicos, relativo a la prevención de accidentes industriales mayores, etc.

Existen varias normas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que serían de aplicación inmediata, como el artículo 7-a) e -i), que trata del “... *derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que le aseguren en especial: (...)*

“3-2. Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

3-2-1. Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.”

Así mismo, se podría señalar el artículo 8, relativo “a) *al derecho de toda persona de fundar sindicatos y a afiliarse...* b) *al derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones*”, etc.

b) Disposiciones subjetivas indeterminadas: Son normas que contienen derechos personales pero con un grado de generalidad

¹³ MOLINA M., Carlos Ernesto. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano*. Bogotá, Editorial Temis, 2005 págs. 39 a 243.

que no permite su aplicación directa y por tanto requieren ser reglamentadas; ejemplo de ello es el Convenio 98, relativo a la protección adecuada ante la discriminación sindical.

- c) **Disposiciones que obligan a incorporar principios y derechos:** Este tipo de disposiciones obliga a los Estados a especificar formas de protección de diversos derechos; ejemplo de ello es el convenio 132 cuando señala que el Estado deberá especificar cuáles son las peores formas de trabajo.
- d) **Disposiciones programáticas:** Por las cuales un Estado se compromete a llevar una política general, no son autoejecutables, por cuanto no contienen derechos directamente aplicables, requieren de un desarrollo del ente a quien va dirigida; ejemplo de ello es el convenio 111 cuando se refiere a que se deben establecer políticas para eliminar cualquier forma de discriminación. Los verbos con que se identifican este tipo de normas son: “garantizará”, “promoverá”.

Es claro que en un mismo convenio pueden existir normas autoejecutivas y normas programáticas.

- e) **Disposiciones que contienen definiciones:** Conceptos generales que clarifican qué entiende la OIT en cada tema objeto de estudio; ejemplo de estos es la definición de salario prevista en el Convenio 95; la definición de discriminación en el empleo y la ocupación en el Convenio 111; qué se entiende por la injerencia de una organización en el Convenio 98, y qué se define por trabajo en el Convenio 182.

Vale la pena en este aparte señalar que en otras disposiciones internacionales se contienen definiciones de relevancia jurídica para Colombia; verbigracia, la definición de accidente de trabajo prevista en la Decisión 582 de la Comunidad Andina de Naciones –CAN– y de Enfermedad Profesional.

Por último, debe señalarse que en un mismo convenio pueden encontrarse disposiciones diferentes de las anteriormente explicadas.

1.4.1.3.1.2. CONVENIOS FUNDAMENTALES

En 1995, tras el 75 aniversario de la OIT, la Conferencia Internacional calificó ocho convenios como fundamentales por considerar que son la base para

el desarrollo de las sociedades democráticas. Dos de ellos están relacionados con la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva: el Convenio 87 y el 98. Otros dos convenios están relacionados con la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio: el 29 y el 105. Los dos siguientes tratan la abolición efectiva del trabajo infantil: el 138 y el 182. Los dos restantes están relacionados con la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación: el 100 y el 111. Todos han sido ratificados por Colombia.

El Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo ha calificado estos derechos como “*condición previa para el desarrollo de los demás, por cuanto proporcionan el marco necesario para esforzarse en mejorar libremente las condiciones de trabajo individuales y colectivas*”¹⁴.

Los derechos a los que se refieren dichos convenios fundamentales han sido reconocidos además como principios y derechos fundamentales en el trabajo a través de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998.

Estos convenios contienen disposiciones del *ius cogens*¹⁵; estas son normas que deben cumplirse independientemente de la voluntad de las partes, dado que se refieren a los derechos humanos; por ello en esta declaración se estableció para todos los países miembros la obligación de observarlos, aun cuando no se hayan ratificado los convenios aludidos.

Los gobiernos deben rendir informes cada dos años respecto de los convenios fundamentales y de los convenios prioritarios y cada cinco años respecto de la mayor parte del resto de convenios ratificados.

1.4.1.3.1.3. CONVENIOS PRIORITARIOS

El Consejo de Administración ha calificado a cuatro convenios como prioritarios, por considerar que son de suma importancia para las instituciones del trabajo y la formulación de políticas en las materias que tratan. Ellos son el 81, sobre la inspección del trabajo; el 122, sobre la política de empleo; el 129, sobre

¹⁴ www.oit.org/public/spanish/standards/index.htm

¹⁵ UPRIMNY, Rodrigo. *Módulo Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Rodrigo Lara Bonilla.

la inspección del trabajo agrícola; y el 44, sobre la consulta tripartita en materia de normas internacionales de trabajo. Todos han sido ratificados por Colombia, con excepción del 122.

1.4.1.3.2. LAS RECOMENDACIONES

“Las recomendaciones son instrumentos internacionales de trabajo adoptados por la conferencia sin la intención de generar obligaciones internacionales. Usualmente desarrollan los mismos temas que los convenios y establecen disposiciones que pueden orientar la política y la acción nacionales. Las recomendaciones se adoptan con el voto de dos tercios de los delegados presentes, quienes votan de manera individual y libre (artículos 19.1., 19.2. y 19.6. de la Constitución de la OIT)”¹⁶.

Las recomendaciones emanadas de la OIT pueden ser de varios tipos:

1. Algunas recomendaciones son complementarias de convenios, se constituyen en guías de aplicación del convenio, pues precisan puntos generales de este último; ejemplo de estas son: la recomendación N° 159 de 1978, sobre los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, complementario del Convenio N° 151 de 1978, sobre la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública (aprobado por Ley 411 de 1997). La Recomendación N° 163 de 1981, sobre el fomento de la negociación colectiva, complementaria del convenio N° 154 de 1981, sobre el fomento de la negociación colectiva (aprobado por la Ley 524 de 1999).
2. Otras recomendaciones tienen esa naturaleza, por cuanto su contenido técnico no permite que pueda convertirse en un convenio, dado que las situaciones varían de país a país.
3. La Conferencia Internacional del Trabajo puede decidir que un convenio no adoptado, por no lograrse los votos necesarios para ello, se vote como recomendación.¹⁷

¹⁶ HERNÁNDEZ PULIDO, RICARDO. Documento: “Normas Internacionales del Trabajo”: Constitución, Convenios y Recomendaciones, 2005, pág. 3.

¹⁷ Constitución de la OIT, artículo 19.5.e.

Al año 2009 existen 198 recomendaciones aprobadas por la Conferencia Internacional del Trabajo.

Como las recomendaciones, en términos generales, no son tratados, no son objeto de ratificación ni de denuncia.

Otras recomendaciones, diferentes a las anteriores, son las emanadas de los órganos de control como la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical y dirigidas a un país específico, tienen influencia sobre los Estados y sus distintas instancias administrativas o judiciales.

Es necesario indicar que “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” –CIDH–, órgano principal de la OEA, y cuya competencia está en promover la observancia de los derechos humanos dentro de los Estados miembros, integrada por 7 personas de alta autoridad moral y conocimiento profundo en derechos humanos, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que la reglamenta, también formula recomendaciones por solicitud de cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental, siempre que se hayan agotado los recursos existentes en la jurisdicción interna y aun de oficio puede conocer¹⁸.

1.4.1.3.3. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LOS CONVENIOS Y LAS RECOMENDACIONES

La sección E, artículos 39 a 42 del reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo, trata de la formación de un convenio y una recomendación.

Pese a que existen dos procedimientos, el de una o el de dos discusiones, como regla general se utiliza el procedimiento de doble discusión, que consiste en que el tema se debate en dos reuniones sucesivas, previo informe de la Oficina Internacional del Trabajo, donde se expone la legislación vigente al respecto, su práctica en los diferentes países y el resultado de un cuestionario, que fue enviado a los gobiernos, para que a su vez sea consultado además con las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre el asunto.

Basándose en las respuestas de los miembros, la Oficina prepara un informe donde se indiquen los principales temas que debe considerar la Conferencia y lo

¹⁸ Para mayor información del Comité Interamericano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, visite www.cidh.org/default.htm.

enviará a los países miembros. El día de la reunión de la Conferencia se discutirá entre los participantes y si se considera que la cuestión es apropiada para un convenio o una recomendación, se adoptan las conclusiones y ordenará que se inscriba en el orden del día de la reunión siguiente. A continuación la Oficina preparará uno o varios proyectos de convenio o de recomendación y los enviará a los gobiernos, para que además consulten a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre el asunto y sean enviadas las enmiendas u observaciones. Llegados estos, la Oficina redactará un proyecto definitivo de los textos del convenio o la recomendación y lo enviará nuevamente a los gobiernos por lo menos con 3 meses de anticipación para que sean estudiados y posteriormente analizados en la sesión plenaria de la Conferencia Internacional o previamente por una comisión para que informe sobre ellos.

Si en la plenaria de la Conferencia Internacional se aprueba, se someterá a su comité de redacción para la preparación del texto definitivo, que deberá ser distribuido a los delegados y luego se realizará la votación final sobre adopción del convenio o la recomendación.¹⁹

1.4.1.3.4. APROBACIÓN Y RATIFICACIÓN DEL CONVENIO EN COLOMBIA.

Una vez adoptado el convenio, deberá someterse a la autoridad competente del Estado miembro, para que decida su aprobación en un término de un año contado a partir de la clausura de la Conferencia (máximo 18 meses), lo que se ha llamado como “la sumisión de los convenios”. En el caso de Colombia, el Congreso de la República deberá conocerlo y determinar si lo aprueba o no, a través de una ley. Esa primera promulgación no es suficiente para que se entienda incorporada a la legislación interna.

Posteriormente, esta ley se envía a la Corte Constitucional para que someta a un control automático de constitucionalidad el convenio y la ley aprobatoria, conforme al artículo 242-10 de la Constitución Política. Si fue declarado conforme a la Constitución por el alto tribunal, el convenio se entiende ratificado (por tanto, es una ley interna válida) y debe publicarse en el *Diario Oficial*²⁰ el texto ya ratificado, lo que la hace obligatoria en el ámbito interno como norma general dos meses después de haberse promulgado o cuando la norma lo diga.

¹⁹ Constitución OIT, arts. 19, 34 a 41

²⁰ Ley 7ª de 1944

Internacionalmente, el gobierno deberá, para que la “ratificación del convenio” surta efectos en el ámbito de la OIT, notificar al Director General, quien a su vez la comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas para su registro.²¹ Si por el contrario, no fuere aprobado por parte del Estado miembro, así lo hará saber el Gobierno, debiendo presentar informes, con la frecuencia que señale el Consejo de Administración sobre el estado de la legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, “...precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio.”²²

Los Estados que han ratificado el Convenio se obligan a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas adoptadas para hacerlo efectivo (artículo 22 de la Constitución de la OIT).

1.4.1.3.5. OBLIGACIONES CON RELACIÓN A LAS RECOMENDACIONES

Los Estados miembros se obligan a someter la recomendación, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (máximo de dieciocho meses), a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, para efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas administrativas o judiciales. Posteriormente informarán al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas para someter la recomendación a la autoridad competente y a su vez indicarán las medidas tomadas por esas autoridades. En igual sentido que los convenios, deben informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se proponen ejecutar las disposiciones de la recomendación y las modificaciones que se considere necesario hacer para que sean aplicadas estas.

²¹ Cuando se trate de un tratado diferente a los convenios de la OIT, se deberá recurrir a las normas del Derecho Internacional Público, donde la ratificación es el acto por el cual el Estado, a través del ejecutivo, hace constar en el ámbito internacional su sujeción al tratado. El canje de instrumentos de ratificación consiste en el intercambio de los tratados entre los Estados, si es un tratado bilateral; pero si se trata de tratados o convenios multilaterales, se denomina el depósito de instrumentos de ratificación mediante el cual se entrega el instrumento de ratificación al organismo. Si el Estado no ha sido parte de la elaboración del tratado, la ratificación se da con la manifestación de adhesión a este.

²² Constitución OIT, art. 19-5.

Para finalizar este tema es necesario indicar que estos informes se deben enviar igualmente a las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores del Estado.

Para el caso de las recomendaciones realizadas por los organismos de control por quejas y reclamaciones frente a un caso específico, estas deben ser tenidas en cuenta por los gobiernos en un término prudencial, como en el capítulo de las recomendaciones se precisará.

1.4.1.4. ÓRGANOS Y MECANISMOS DE CONTROL PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS NIT

Dos mecanismos de control tiene la OIT, para garantizar el cumplimiento de los convenios: El estudio de las memorias y los procedimientos de reclamaciones y quejas.

- a) El estudio de las memorias que envían los países miembros periódicamente. Este análisis lo hace la Organización a través de **la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia**, órganos encargados de examinar la efectiva aplicación de los Convenios²³.

Cada Estado miembro tiene la obligación de enviar anualmente a la Oficina Internacional del Trabajo, previa a la reunión de la conferencia, un informe sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se adhirió, sobre las medidas que haya tomado para la aprobación de convenios no ratificados y las recomendaciones realizadas, para efectos de llevar un control real sobre estos. En la práctica, las memorias son de dos clases:

1. Generales u ordinarias: Cada año enviará una general sobre los convenios ratificados.
2. Detalladas, que deben ser rendidas con base en un formulario de memorias enviado por la OIT. Ordinariamente cada dos años si se trata de los convenios fundamentales y prioritarios, o de forma simplificada cada cinco años, si lo permitiere la

²³ Constitución OIT, arts. 22 y 24.

Comisión de Expertos o cuando lo solicite la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. Extraordinariamente cuando lo requiera la OIT, fruto del análisis de las memorias generales o de una queja o reclamo.

Si no se ha ratificado algún convenio fundamental, el país se encuentra en la obligación de presentar memorias especiales.²⁴

- b) El segundo mecanismo de control de la OIT son los procedimientos de reclamación y queja contra los Estados miembros por incumplimiento de convenios, los que se someten al **Consejo de Administración**.

Es de anotar que para el examen de las reclamaciones y quejas sobre materia de libertad sindical, el Consejo de Administración constituyó el **Comité de Libertad Sindical**, el que se detallará en la unidad tres.

1.4.1.4.1. REVISIÓN DE MEMORIAS POR LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN LA APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES Y LA COMISIÓN DE APLICACIÓN DE NORMAS

Este es un examen general por cuanto se aplica a todos los países miembros que tienen la obligación de enviar las memorias de lo acaecido en sus respectivos países con relación a los convenios ratificados, tal como arriba se señaló. Quienes la realizan son:

1.4.1.4.1.1. LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN LA APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES –CEACR–

Es un organismo especializado de carácter técnico, compuesto por 20 juristas independientes de diversas partes del mundo, designados por el Consejo de Administración y propuestos por el Director General; sus decisiones generalmente se dan por conceso y eventualmente mediante votación.

Su función consiste en examinar desde el punto de vista estrictamente jurídico los informes y memorias enviados por los gobiernos, para verificar si el Estado está cumpliendo con las obligaciones impuestas por la Constitución de la

24 Constitución OIT, art. 19.

OIT y los convenios ratificados. Las conclusiones a las que llegue la Comisión se someten al Consejo de Administración y a los gobiernos de los Estados miembros junto con las solicitudes de memorias sobre los convenios ratificados o con el envío de su informe anual.²⁵

Su actividad interpretativa del contenido de los convenios es para algunos jurisprudencia (otros señalan que sólo es doctrina) que, aunque no es definitiva, dado que ello corresponde estrictamente a la Corte Internacional de Justicia, son pautas para saber cómo se debe entender alguna disposición de un convenio. (Artículo 37 de la Constitución de la OIT). Al respecto la CEACR ha señalado²⁶:

“La comisión ha podido precisar que según los términos de su mandato, no le incumbe dar una interpretación definitiva de los convenios, cometido que según el artículo 37 de la Constitución de la OIT, corresponde a la Corte Internacional de Justicia. Empero, pero para poder desempeñar su función de evaluar si se da cumplimiento a las disposiciones de los convenios, la comisión debe examinar el significado de ciertos artículos de los mismos, determinar su alcance jurídico, y si hubiese lugar, expresar su parecer al respecto.”

Esta comisión produce dos tipos de comentarios: Sus “*observaciones*” (las que se envían en casos graves de incumplimiento reiterado de los convenios, al respectivo gobierno y se publican en el boletín de la comisión) o *las solicitudes directas* (para pedir a los Estados informaciones o aclaraciones sobre aspectos de menor importancia) deben ser obligatoriamente contestadas por el Estado miembro.

Esta comisión presenta anualmente un informe general sobre sus actividades y un estudio general sobre un tema específico definido por el Consejo de Administración, a la Conferencia Internacional.

1.4.1.4.1.2. LA COMISIÓN DE APLICACIÓN DE NORMAS DE LA CONFERENCIA²⁷

Es una comisión especial tripartita conformada por representantes del gobierno de los Estados miembros, de los empleadores y de los trabajadores. Se reúne

²⁵ En la primera parte del informe anual, se destacan problemas especiales que debe tener en cuenta el Consejo de Administración, la Conferencia o los Estados miembros; en la segunda parte se hacen observaciones acerca de países que no cumplen cabalmente con algún convenio y se señala la obligación de otros de someter los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Conferencia, y una tercera parte que consiste en un estudio general en el que se examina la aplicación de Convenios, ratificados o no, sobre determinadas materias.

²⁶ Informe general de la comisión de expertos, 1990, sesión de la conferencia 77.

²⁷ Existe el convenio 141 de la OIT, relativo a la consulta tripartita, 1976.

anualmente a fin de examinar el informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones - CEACR, después de que la Conferencia ha examinado el resumen de las diferentes memorias de los gobiernos y, en particular, lo hace para examinar casos individuales que, a propósito de las observaciones contenidas en el informe, se consideren de particular gravedad e importancia, como cuando el Estado miembro no ha enviado las memorias a que está obligado o no ha dado contestación de las “observaciones” o “las solicitudes directas” de la CEACR, pudiendo esta comisión, ejercer un diálogo directo y político (no jurídico), atendiendo las justificaciones de los gobiernos y escuchando a los trabajadores y a los empleadores de los Estados incumplidos, luego formulará sus conclusiones a través de un informe a la Conferencia, para que una vez adoptado por esta, se remita a los gobiernos de los Estados, señalándoles los puntos que deberán tener en cuenta para las próximas memorias.²⁸

1.4.1.4.2. LAS RECLAMACIONES Y QUEJAS SOMETIDAS AL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Si el anterior sistema es general o regular, pues lo que busca es revisar la aplicación de los convenios en los países miembros, a través de los informes-memorias, este es un sistema especial y contencioso de control.

Son dos los mecanismos de control de aplicación de los convenios ratificados: la reclamación²⁹ y la queja³⁰. En este último caso existirían dos tipos de quejas; la prevista en el artículo 26 de la Constitución de la OIT, y la queja que se presenta con base en los procedimientos especiales sobre libertad sindical. Veamos cada una de ellas:

1.4.1.4.2.1 -LA RECLAMACIÓN

Este mecanismo de control se presenta ante la Oficina Internacional del Trabajo por cualquier organización de empleadores o de trabajadores y se dirige contra un Estado miembro en caso de que se considere que este incumple un Convenio que ha ratificado.

²⁸ En el informe se relatan los casos individuales examinados, se exponen las conclusiones y, en ciertos casos, se adoptan “párrafos especiales”. Estos párrafos especiales son una de las peores sanciones que se puede imponer a un Estado miembro; para ello, se requiere que se presente en la sesión plenaria de la Conferencia.

²⁹ *Ibid.*, art. 24.

³⁰ *Ibid.*, art. 26.

Su trámite general es el siguiente: Una vez que la reclamación es recibida, el Consejo de administración de la OIT, por conducto de la Oficina Internacional del Trabajo, la envía al gobierno del Estado miembro contra quien se presentó, solicitándole las explicaciones respectivas; si no se recibe respuesta o esta es insatisfactoria, puede hacer pública la reclamación y su respuesta.

Detalladamente sería: Si el Consejo de administración admite la reclamación, constituirá un comité tripartito de sus mismos integrantes (comité ad hoc), quien deberá recoger la información respectiva, a través de los informes de los querellantes o del propio gobierno o enviar una misión al país; posteriormente hará un informe con las conclusiones o recomendaciones al Consejo de administración sobre las medidas que el gobierno debe adoptar para solucionar el problema que se plantea en la reclamación, incluyendo la solicitud periódica al gobierno que envíe informes relativos a si se han adoptado medidas.

El Consejo de Administración examina el informe invitando al gobierno a participar de la deliberación que se presente con ocasión de dicho examen, luego decide si aprueba el informe de la comisión y, aun en los casos graves, puede hacer pública la reclamación. La decisión se notifica a la Organización Internacional y a los gobiernos interesados.

El Consejo de Administración puede también decidir que el caso sea tramitado como una queja.

Si la reclamación que se presenta ante la OIT, por el incumplimiento de un Convenio en materia de libertad sindical, el caso se debe remitir al Comité de Libertad Sindical, por ser el ente especializado en la materia. Recuérdese que este organismo también depende del Consejo de Administración.

1.4.1.4.2.2. LA QUEJA

Es el otro mecanismo de control especial. Se presenta a la Oficina Internacional del Trabajo por un Estado miembro, un delegado ante la Conferencia o el propio Consejo de Administración y se dirige contra un Estado miembro en caso de que se considere que está incumpliendo un Convenio ratificado.

El procedimiento es el siguiente: una vez que la queja es recibida, El Consejo de Administración, por conducto de la Oficina Internacional del Trabajo, la envía al gobierno del Estado miembro contra quien se presentó pidiéndole que explique su conducta.

Las quejas pueden ser graves o leves, según lo determine el Consejo de Administración.

Si el caso de la queja es GRAVE o no existió respuesta del Estado miembro o no fue satisfactoria, puede constituir una comisión de encuesta (integradas por 3 personas ajenas al Consejo) para que realice un examen detenido de la queja, si es necesario pueden trasladarse al mismo Estado. La comisión presentará un informe al Consejo de Administración exponiendo sus conclusiones y recomendaciones sobre las medidas que el gobierno debe adoptar para solucionar el problema que se plantea en la queja. En ocasiones y dada la gravedad y el costo de integrar esta comisión, se envían misiones especiales de alto nivel al país infractor.

La Oficina Internacional del Trabajo, previa deliberación del Consejo de Administración, —donde podrá presentarse un representante del gobierno querellado— comunicará la decisión de este órgano al gobierno del Estado. A su vez el gobierno deberá comunicar a esta oficina, dentro de un plazo máximo de tres meses, si acepta o no las recomendaciones del informe de la comisión. Si las acepta deberá dar cumplimiento de ellas en un plazo determinado, so pena de proponerse a la Conferencia Internacional por parte del Consejo de Administración las medidas de presión. Si no las acepta, se deberá someter la queja a la Corte Internacional de Justicia, en cuyo caso la decisión que tome la Corte será inapelable.

Si el caso es de una queja LEVE, el procedimiento seguido es similar al de la reclamación.

1.4.1.4.2.3. EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL

El Comité de Libertad Sindical es un órgano del Consejo de Administración de la OIT que tiene carácter tripartito, que forma parte del Consejo de Administración. La competencia general del Comité es el examen de las quejas contra los Estados miembros sobre violaciones de la libertad sindical.

En el Capítulo de las recomendaciones serán desarrolladas con amplitud sus competencias.

1.4.1.5. SANCIONES DE LA OIT

El artículo 33 de la Constitución de la OIT reza:

“En caso de que un Miembro no dé cumplimiento dentro del plazo prescrito a las recomendaciones que pudiese contener el informe de la comisión de encuesta

o la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según sea el caso, el Consejo de Administración recomendará a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones.

Estas medidas son de carácter moral y no pecuniario; sin embargo, el Consejo de Administración puede recomendar a la Conferencia que sancione al gobierno retirando toda cooperación técnica que la OIT otorga y, en determinados casos, solicitar a todo organismo internacional que diere cooperación técnica o financiera a dicho gobierno que hiciera lo mismo, lo cual implicaría sanciones indirectamente de tipo económico.

En igual sentido se ha entendido que la llamada comisión de encuesta es otra sanción que impone dicho organismo, para los Estados miembros que incumplen un convenio.

1.4.1.6. DENUNCIA DE UN CONVENIO DE LA OIT

Si bien los convenios aprobados por la OIT y ratificados por Colombia son de obligatorio cumplimiento, pueden terminarse, mediante la denuncia del tratado por parte del Estado Miembro. Los convenios en su texto final contemplan una cláusula denominada DIP (denuncia reglamentaria) que permite terminar el vigor de este. Igualmente se prevé que, después de su entrada en vigor, no pueda ser denunciado el convenio sino con posterioridad a 10 años (dentro del año siguiente al año diez), prorrogables sucesivamente en caso de que el país deje pasar la oportunidad para hacerlo.

La denuncia debe ser comunicada al Director General para su registro y este a su vez lo comunicará a la Organización de las Naciones Unidas. Normalmente cada convenio señala en qué término se hace efectiva la denuncia.

Esta potestad del Estado miembro debe hacerse previa la consulta que se haya realizado a las organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores.

Del estudio de la unidad, responda el siguiente cuestionario:

Ap

¿Cuáles son las Normas Constitucionales que permiten la aplicación del Derecho Internacional en Colombia?

¿Cuál es la razón para que en la Conferencia Internacional del Trabajo-CIT, las delegaciones de los Estados miembros sean tripartitas?

Cuando un Convenio es aprobado por la CIT, ¿qué obligaciones se derivan para Colombia?

¿Qué utilidad tienen los convenios no ratificados en Colombia?

¿Qué tipo de Sanciones se puede aplicar a un Estado Miembro que incumple sus obligaciones, con los convenios ratificados y/o las recomendaciones.

Ae

El sindicato de la Empresa Social del Estado “Hospital San Vicente de Paul”, del municipio de “Vítara”, “Sintrasanvicen”, decide cesar en sus funciones durante los días 28 y 29 de julio de 2006, como consecuencia de la falta de pago de los salarios, primas legales y extralegales de junio del año 2006, luego de la promesa insatisfecha de su pago. El Gerente de la ESE, inmediatamente solicita una visita del Ministerio de la Protección Social, para efectos de que constate y declare el paro ilegal. Efectivamente el delegado del Ministerio constata la suspensión del servicio público, declarando ilegal el paro en una empresa que presta servicios públicos esenciales. Como consecuencia de ello son despedidos 5 trabajadores oficiales. Quienes demandan ante la jurisdicción ordinaria su reintegro, argumentan que existe una flagrante violación de los convenios 87 y 98 de la OIT, que son convenios prioritarios ratificados por Colombia, porque la declaración de la ilegalidad del paro, lo hizo una entidad del Estado, frente a otra entidad del Estado como lo es la ESE hospital que pertenece al municipio. Textualmente citan en su demanda, una serie de recopilaciones de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, que rezan:

“La declaración de ilegalidad de la huelga no debería corresponder al gobierno, sino a un órgano independiente de

las partes y que cuente con su confianza (véase informe del comité, caso núm. 1598, párrafo 477.

No es compatible con la libertad sindical que el derecho de calificar una huelga como ilegal en la administración pública competa a los jefes de las instituciones públicas, ya que estos son jueces y parte en el asunto. (Véase informe, caso núm 1190, párrafo 242,d).

Refiriéndose a una circular oficial referente a la ilegalidad de toda huelga en el sector público, el comité consideró que asuntos como este no deberían ser competencia de las autoridades administrativas (Véase informe 1304, párrafo 96)”³¹.

A su vez el Hospital y el Ministerio de la Protección Social, manifestaron que conforme a la sentencia C-432 del 12 de septiembre de 1999 con ponencia del Doctor Carlos Gaviria Díaz, se había revisado el tema, al declararse exequible el art. 451 del C.S. del T., que trata de la ilegalidad de la huelga y de la facultad administrativa de declararla.

Con base en lo anterior responda las siguientes preguntas:

1. ¿Es el servicio de salud, un servicio público esencial? ¿Por qué?
2. ¿Va en contravía del Convenio 87 y 98 que se coarta la libertad sindical declarando la ilegalidad de una huelga?
3. ¿Como juez de instancia, como resolvería este caso?

³¹ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Cuarta edición revisada. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 1996, pág. 119.

UNIDAD 2

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL BLOQUE DE LEGALIDAD EN MATERIA LABORAL



Capacitar a los funcionarios y funcionarias judiciales sobre las normas Constitucionales de textura abierta, que implican normas de reenvío a tratados y convenios internacionales, que ratificados por Colombia son de obligatorio cumplimiento en los procesos judiciales.

Distinguir por parte de los jueces o juezas de la República, la manera como se integran las normas internacionales del trabajo y su aplicación al caso judicial.



Con el presente capítulo se pretende:

Diferenciar entre las normas internacionales, cuáles tienen valor supralegal y cuáles son de valor legal.

Determinar la fuerza obligatoria de los convenios no ratificados y las recomendaciones internacionales.

Analizar jurisprudencialmente las providencias de las altas Cortes, en especial de la Corte Constitucional, a efectos de construir líneas jurisprudenciales, al respecto.

Examinar las diferentes posiciones esgrimidas por la Jurisprudencia para formar un criterio judicial en cada discente.

CASO ILUSTRATIVO

Para adentrarnos en la aplicación de la normatividad internacional en Colombia, se propone un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia, pero

centrándolo únicamente en el análisis jurisprudencial del Tratado reclamado por la parte demandante como incumplido.

El señor Benítez Pinzón demandó en el Proceso Ordinario Laboral a la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, D. C. “E.T.B.” S.A. ESP, para que se ordene su reintegro y subsidiariamente solicita la indemnización por despido injusto de carácter convencional, con su respectiva indexación.

En los hechos señala que era trabajador oficial; que estuvo afiliado a la organización sindical “Sinrateléfonos”, y que fue despedido aduciéndose como causa *“la supuesta participación, dirección y promoción en un cese de actividades”* que las autoridades administrativas calificaron ilegal el cese de actividades que se había producido en un servicio público especial; que se le despidió en conflicto colectivo dado que el pliego de peticiones se presentó el 24 de octubre de 1997 y el gerente de la demandada firmó su carta de despido el 4 de noviembre del mismo año, cuando el conflicto en mención no había terminado.

El juez de primera instancia declaró probada la excepción de prescripción con relación al reintegro demandado y absolvió. El Sr. Benitez apeló tal decisión, porque se debió producir el reintegro del trabajador, por cuanto las normas internacionales así lo exigían, en especial el Protocolo de San Salvador, tratado de derechos humanos ratificado por Colombia y por el cual se obligan las autoridades nacionales.

El Tribunal Superior revocó la sentencia y, en su lugar, condenó a la empresa demandada a pagar la indemnización por despido injusto, negándose a reintegrar al actor, señalando que: *“... no es de ipso facto que de acuerdo con el protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, se produzca la readmisión en el empleo, sino que es necesario el que se presenten circunstancias de hecho, tales como las determinadas en las normas legales y jurisprudencia nacional, como cuando el trabajador es despedido en conflicto colectivo, cuando lleva más de 10 años al servicio del empleador en los términos de la ley 50 de 1990; cuando está amparado por fuero sindical o cuando es despedida en estado de embarazo o lactancia. Que en el sub lite, ninguna de esas circunstancias ostentaba el trabajador al momento del despido y por ende la readmisión solicitada no está llamada a prosperar”*.

El recurso de casación fue interpuesto por la parte demandante, y en el tercer cargo dijo:

“Violación por vía Directa en la modalidad de interpretación errónea de la ley aprobatoria No. 319 de 20 de septiembre de 1996 por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 en su art. 6° numerales 1 y 2, art. 7° Literal d) en relación con el art. 53 Inciso 4° y 93 de la C. Nal., pues el desconocimiento a esta ley aprobatoria de un Tratado Internacional, condujo a dejar de aplicar los arts. 56 Inciso 3° de la C. Nal, Ley 278 de 30 de abril de 1996 arts. 1°, 2° Literal e), art. 5° y dejar de aplicar los artículos 22, 38, 39, 53 inciso 4° y final, así como el 55 de la Constitución Nacional, y Ley 32 de 1985 por medio de la cual se aprobó la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969 en sus artículos 56 y 62; Ley 27 1976 que ratificó el Convenio 98 de la O.I.T en su artículo 4°”.

Dentro de la lógica jurídica del casacionista señaló que: “... el yerro del sentenciador de segundo grado consistió en darle un sentido distinto a la norma y no hacerle producir los efectos jurídicos en ella previstos, pues interpreta la ley aprobatoria del instrumento internacional ratificado por el gobierno colombiano, pero deduce de la misma un efecto que no busca, ya que no condena a la demandada a readmitir al trabajador.” En criterio del recurrente el Tribunal no debió condenar al pago de la indemnización por despido injusto sino que la demandada readmitiera al trabajador con sus consecuencias indemnizatorias tal como lo consagra el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

La Corte Suprema de Justicia, al respecto señaló:

“...sin entrar a determinar, como lo alegó la demandada a responder la demanda ordinaria, si el “Protocolo de San Salvador” es uno de los convenios a los que se refiere el artículo 53 de la Constitución Nacional y si está demostrado que aquel ya entró en vigencia, encuentra que en ninguna interpretación equivocada incurrió el Tribunal, pues no se requiere análisis alguno para concluir que de las normas que de tal convenio transcribe el juzgador se infiere claramente que es acertado el alcance que este le fijó. Al respecto se lee en el fallo recurrido:

“Al examinar el literal “D”) del artículo 7 del “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, aprobado por Ley 319 del 20 de septiembre de 1996, se advierte que allí se estableció: *“la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión que en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional; también lo es que en el art. 1° se estableció: “Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.*

Lo anterior porque no es la única consecuencia que prevé el aludido ordenamiento, la readmisión al empleo y el Tribunal estimó que ese no es el alcance que tiene el “Protocolo de San Salvador”, sino que el mismo busca, como declaración de principio, es que en las legislaciones nacionales se establezca que el despido injustificado traiga alguna consecuencia para el empleador, y que en la nuestra ya están regladas, como son la indemnización por despido y el reintegro en los casos en que se den los supuestos que señale la ley.

Por lo anterior no prosperó el cargo y por ende NO CASA la sentencia³²

Reflexión:

De lo expuesto en el caso anterior y como preámbulo al conocimiento de la unidad, reflexione sobre las siguientes preguntas:

¿Con relación al caso, considera usted que era la decisión más indicada o se debió reintegrar al actor, preservando su estabilidad?

¿Que normatividad nacional permite solicitar el reconocimiento de un derecho laboral, utilizando como fundamento de la demanda, un tratado o un

³² Sentencia original: Magistrado Ponente: Fernando Vásquez Botero. Radicación Nro. 15648 Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil uno (2001).

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL BLOQUE DE LEGALIDAD EN MATERIA LABORAL

convenio internacional? ¿Qué pasa si existe regulación interna sobre el mismo asunto?

¿Esos tratados o convenios deben estar ratificados por Colombia? ¿Debe existir una regulación interna posterior para su ejecución?

¿Los convenios no ratificados tienen algún valor en la legislación laboral colombiana?

¿Todos los convenios tienen igual valor jurídico? Existe algún convenio o tratado internacional superior o inferior a la Constitución Política?

¿Qué pasa si un convenio ratificado por Colombia tiene prevista legislación interna en contrario?

2. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL BLOQUE DE LEGALIDAD EN MATERIA LABORAL

Las Constituciones Políticas actuales no son cerradas, pues en un mundo globalizado, su cubrimiento sobre el Estado no se extiende únicamente a las normas nacionales, por cuanto muchos de sus preceptos textos abiertos hacen remisiones (normas de reenvío), expresas o tácitas, a otras reglas y principios universales o normas supraleales, que sin estar en la Constitución, deben ser tenidos en cuenta en la práctica como valores constitucionales, así, la Constitución expresamente señala que los tratados de derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción, tienen prevalencia en el orden interno y que los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (Artículo 93 incisos 1º y 2º) y añade que “*no debe entenderse como negación de otros (derechos) que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.*” (Artículo 94 del CP)

La figura del Bloque de Constitucionalidad, debe entenderse entonces como la autorización que la misma Constitución hace para ser complementada por ciertos tratados o convenios internacionales ratificados por Colombia y las reglas del derecho internacional humanitario.

El doctor Rodrigo Uprimny, en su texto “bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”³³, señala:

“El bloque de constitucionalidad es entonces un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales — esto es, con fuerza constitucional— son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales —esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional—. Por ende, el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de constitución escrita y con la supremacía de la misma por cuanto es por mandato de la propia constitución que normas que no hacen parte de su articulado comparten empero su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha ordenado.

La existencia del bloque de constitucionalidad adquiere entonces una gran importancia para todos los operadores jurídicos en aquellos ordenamientos, como el colombiano, en donde la Constitución tiene fuerza normativa. En efecto, esta noción amplía los términos del debate constitucional, pues significa que los mandatos constitucionales que se deben tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la Constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos. Y esto es importante y no solamente en los casos propiamente constitucionales —como las acciones de tutela o los procesos de control abstracto— sino también en los juicios ordinarios, ya que los jueces tienen el deber de tomar en cuenta la Constitución también cuando resuelven asuntos penales, civiles o laborales, por cuanto, como lo dice el artículo 4º superior, la Constitución es norma de normas y prevalece sobre cualquier otra disposición que le sea contraria.

Con base en esta definición de bloque de constitucionalidad, del caso expuesto y como método pedagógico eficaz, esta unidad se desarrollará a partir de una serie de interrogantes y respuestas organizadas, que van desde lo más simple a lo más complejo, para que el Juez o la jueza, el magistrado o la magistrada, en su diario trasegar, puedan delimitar correctamente los asuntos que sobre esta materia se les presente:

Primeramente se deberán precisar conceptos de Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público, necesarios para poder plantear un problema jurídico apropiado al interpretar un caso práctico.

³³ Rodrigo Uprimny, “Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal”.

2.1. ¿CUÁLES NORMAS JURÍDICAS INTERNAS PERMITEN INTEGRAR LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO EN COLOMBIA?

La Constitución Política confirió fuerza jurídica a otros instrumentos internacionales, a través de ciertas cláusulas de reenvío, es necesario entonces precisar cuáles normas constitucionales hacen remisión a otros principios o normas supralegales, que deben ser considerados para integrar el bloque de legalidad o el bloque de constitucionalidad.

El artículo 53 inciso 4º, al respecto, señala *“los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*.

El artículo 44 menciona que los derechos de los niños son derechos fundamentales.

El artículo 93-1, que establece que *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben limitaciones en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.”*

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

El artículo 94 que incorpora la cláusula de derechos innominados, pues precisa que *“la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”*³⁴.

Y el artículo 214, que trata de los estados de excepción, indicando, que no pueden *“suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, y que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”*.

³⁴ Es un reconocimiento al “ius cogens” no convencional de derechos humanos, que son normas o principios aceptados universalmente, que no admiten negociación por ser inherentes a la persona, así no existan pactos, convenios o tratados sobre ellos o no hayan sido ratificados por Colombia, deben ser cumplidos por Colombia. La Corte Constitucional mediante sentencias C-574 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón y C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz ha señalado que forman parte del bloque de constitucionalidad.

El hecho de que la Constitución Política tenga normas de textura abierta y además contenga preceptos que hacen remisión expresa a otras normas internacionales, implica de suyo, una obligación para los jueces o juezas de conocer además de la Constitución y la ley específica para resolver un asunto objeto del proceso jurídico, cuáles son las normas internacionales aplicables en cada caso. Esta obligación existe independiente de que las partes procesales lo indiquen en la demanda o en la respuesta a la demanda.

2.2. ¿ES NECESARIO PARA LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS O CONVENIOS RATIFICADOS POR COLOMBIA QUE SE PRODUZCA UNA REGULACIÓN INTERNA POSTERIOR, LLÁMESE LEY O REGLAMENTO?

Dos corrientes interpretativas dan respuesta a este interrogante:

La TEORÍA MONISTA que considera que con la sola aprobación del convenio internacional, se incorpora automáticamente al derecho interno, sin que para su aplicación deba posteriormente desarrollarse una ley, pese a lo anterior se trata de un acto complejo o acto condición, pues se requiere no solo la adopción por parte de la Conferencia Internacional del Trabajo, sino la posterior ratificación del convenio. No existe separación entre el orden internacional y el nacional. Ejemplos de países con este régimen son España, Estados Unidos, México, Uruguay y Colombia, entre otros.

La TEORÍA DUALISTA, por el contrario, considera que es necesario que además de la adopción del convenio por la Conferencia, se produzca una reglamentación interna posterior, llámese ley u otro acto jurídico similar, para que se entienda incorporado en el derecho nacional. El Derecho Internacional está separado del Nacional, ejemplos de países que llevan este régimen son El Reino Unido, Australia, Canadá y Colombia antes de la Constitución de 1991.

Después de la Constitución de 1991, se repite, Colombia se acogió a la Teoría Monista.

2.3. ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA JERÁRQUICA DE LOS CONVENIOS EN EL ORDEN NACIONAL?

En algunos países los tratados ocupan un rango superior a la propia Constitución, y si el primero contradice a la segunda, su aprobación requiere mayoría calificada del parlamento, como es el caso de Holanda.

En otros países los tratados tienen el mismo valor que la Constitución y por ello forman un bloque de constitucionalidad, como en Brasil, Nicaragua, Paraguay, Uruguay, etc. En Colombia tienen el mismo valor si se trata de tratados de derechos humanos y siempre que los tratados en su normatividad prohíban su limitación en estados de excepción.

En otros países los tratados son jerárquicamente iguales a la legislación interna. Como en Estados Unidos o Venezuela, etc. En el caso de Colombia en principio también es aplicable esta tendencia, ya que en el inciso 4º del artículo 53 de la Constitución Política, quedó plasmada la incorporación automática del convenio o tratado a la legislación interna, para aquellos convenios que no versen sobre derechos humanos.

Una categoría nueva, podría aplicarse al parecer en Colombia, en donde el tratado ratificado tiene un valor infraconstitucional pero supralegal, como en el caso de los convenios que versen sobre derechos humanos sin prohibir su limitación en estados de excepción, pero que no han sido considerados por la Corte Constitucional como que forman parte del bloque de constitucionalidad en stricto sensu, mas sí formando parte del bloque de constitucionalidad lato sensu.

Otra categoría se presenta en aquellos países en donde los tratados ratificados tienen un valor supralegal e infraconstitucional excepto los convenios que versan sobre derechos humanos que tendrían valor constitucional, por ejemplo en Argentina.

Pese a lo anterior esta adscripción a la Teoría Monista no es absoluta en nuestro país, por cuanto la Corte Constitucional, mediante sentencia C-400

de 1998³⁵ 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” reafirma la supremacía de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico colombiano al afirmar 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. Por la decisión controversial, existieron 3 salvamentos de voto que afirmaron que el principio Pacta Sunt Servanda, que propende por la seguridad y estabilidad jurídica dentro del orden internacional, no puede ser desconocido unilateralmente por un Estado, bajo ningún pretexto y menos por la legislación interna.

2.3.1. QUÉ CONSECUENCIAS PRÁCTICAS TIENE ESTA DISTINCIÓN DE LA JERARQUÍA DE LOS CONVENIOS PARA LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA?

Si se trata de un régimen supralegal y con la misma fuerza obligatoria de la Constitución, 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.

El artículo 19 inciso 8° de la Constitución de la OIT, presenta una excepción a esta regla cuando señala que en ningún caso la ratificación de un convenio podrá menoscabar cualquier Ley, sentencia, costumbre o Acuerdo “... *que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en dicho instrumento.*”

Si se trata de un régimen donde el Tratado o convenio tiene la misma jerarquía de la legislación nacional, un convenio ratificado por el país derogarí una ley anterior.

³⁵ Sentencia C-400 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, modificando la jurisprudencia sentada desde 1993 (Auto 003 del 21 de abril, M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara; y Sentencia C-276 del 22 de julio, M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

2.4. ¿PUEDE EL ESTADO COLOMBIANO, CON UNA LEY POSTERIOR, CONTRADECIR UN CONVENIO O TRATADO PERFECCIONADO, REFORMÁNDOLO EN PEOR?

Al respecto no ha sido unánime la doctrina, ni la jurisprudencia sobre el tema. Con relación a esta última, en la sentencia C-1647 de 1998 dijo la Corte Constitucional³⁶; 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 Servanda³⁷.

El doctor Von Potobsky³⁸ responde: *“No se trata de una derogación del convenio, porque sólo 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”*.

Pese a lo anterior, se debería analizar por parte del Juez el principio de la norma más favorable en el caso concreto, en la medida que el convenio ratificado contenga aspectos más favorables al trabajador que la ley posterior.

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 aún 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.”*³⁹

³⁶ Sentencia C-1647 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³⁷ El artículo 9 de la C.P. señala que el Estado colombiano debe acatar los principios del derecho internacional, entre ellos el principio enunciado, previsto en los artículos 18, 26 y 27 de la convención de Viena sobre derecho de los tratados, que exige a los Estados el cumplimiento de los compromisos, sin poder justificar su incumplimiento invocando disposiciones internas contrarias a lo pactado.

³⁸ Geraldo Von Potobsky, en la conferencia “Eficacia Jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional”, México, 2005.

³⁹ Según la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la terminación de los tratados puede darse: si está comprendida en las cláusulas del tratado (art. 54 a)), por consentimiento de las partes (art. 54 b)) o mediante el procedimiento de denuncia (arts. 56 y 65).

La Comisión de Expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones (CEACR) ha señalado que 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 el Estado incurrirá en responsabilidad por omisión, si no derogara oportunamente las disposiciones cuestionadas.⁴⁰

De lo anterior se puede concluir que en el ámbito jurídico, si se expide una ley contraria a un tratado, la misma tendrá vigencia hasta que no sea derogada por otra Ley, por sentencia de inconstitucionalidad o anulada si es que obran vicios en ella, aunque se estarán infringiendo las disposiciones internacionales, que podrían traer sanciones al país. De todas maneras, existe una obligación de armonizar la legislación interna con los tratados y convenios ratificados, como una obligación de la constitución de la OIT y de la Constitución Política de Colombia.

2.5. CON BASE EN LO ANTERIOR, ¿QUÉ PREVALECE ENTONCES EN COLOMBIA, EL ARTÍCULO 4º DE LA CP QUE SE REFIERE A LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN, O EL ARTÍCULO 93 QUE SEÑALA QUE LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR EL CONGRESO, QUE RECONOCEN LOS DERECHOS HUMANOS Y QUE PROHÍBEN LIMITACIONES EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN, PREVALECEN EN EL ORDEN INTERNO?

Es a partir de este interrogante que la Corte Constitucional utiliza la expresión “Bloque de constitucionalidad”. En la sentencia C- 225 de 1995 analizando cuál era el lugar jerárquico que ocupaban los Tratados en nuestro ordenamiento, concluyó que están en el mismo nivel jerárquico, conforme a la figura del bloque de constitucionalidad. Así se refirió:

⁴⁰ Geraldo Von Potobsky, en la conferencia “Eficacia Jurídica de los convenios de la OIT en el plano nacional”, México, 2005.

“¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4° que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?”

La Corte considera que la noción de “bloque de constitucionalidad”, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4° y 93 de nuestra Carta.

(...) Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma, diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu. En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2) es que estos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4°), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada por la Corte, en otras sentencias⁴¹

Si está claro que las normas constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos tienen igual supremacía, ¿qué pasa con lo expresado en

⁴¹ Sentencias C-423/95 M.P. Fabio Morón Díaz, C-135/96 M.P. Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, C-040/97 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-327/97 M.P. Fabio Morón Díaz, y C-467/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

el artículo 53 inciso 4° de la CP, que reza: “*los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna*”? ¿Opera el orden jerárquico supralegal o el del mismo valor que la Ley?

Al respecto tampoco hay unanimidad. Existe una primera posición doctrinaria que señala que los tratados o convenios laborales, ingresan al bloque de legalidad laboral y no al bloque de constitucionalidad. El doctor Carlos Ernesto Molina M. señala, sobre el asunto:

“Ahora, sentado que los instrumentos internacionales a los que se refiere el inciso 4° del artículo 53 de la Constitución Política no son normas supraconstitucionales, hay que decir que ellos tampoco son equiparables a normas constitucionales. En efecto, cuando el canon mencionado utiliza la frase “hacen parte de la legislación interna”, y la expresión “legislación interna” se interpreta en su sentido natural y obvio, proclama que esas NIT no forman parte de la órbita normativa constitucional, sino de una inferior: el nivel legislativo interno. Es decir son infraconstitucionales e integran el conjunto de leyes del país.”.

*(...) “El inciso 4° del artículo 53 de la Constitución, insistimos, entroniza la regla general para la incorporación automática de las NIT al ordenamiento interno colombiano: la inserción en el bloque de legalidad laboral. Esta regla general se aplica a la mayoría de ellas, como hemos reiterado”.*⁴²

La posición de la Corte Constitucional al referirse al tema, muestra un grado de evolución, que merece un análisis pausado.

2.5.1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD LABORAL EN COLOMBIA

Sin pretender ser exhaustivo, pero sí utilizando las principales sentencias que se han referido al tema, se hace una revisión de las providencias que ha realizado la Corte Constitucional desde 1992, con el objeto de que los funcionarios y funcionarias judiciales, puedan formar un criterio amplio sobre las variaciones presentadas en la aplicación jurisprudencial de los convenios

⁴² MOLINA, Carlos Ernesto. Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano. Bogotá, Editorial Temis, 2005, págs. 173 y 190.

entendidos como del bloque de legalidad y la evolución hacia el Bloque de constitucionalidad, pues sin duda este mecanismo es el instrumento dinamizador del derecho internacional en Colombia. Posterior a esta revisión, se propondrá una línea jurisprudencial al respecto, que no pretende ser la única, ni la de mayor aproximación, pero que sirva para que los funcionarios y funcionarias judiciales, la revisen y la mejoren.⁴³

Parte el análisis con la sentencia **C-221 de 1992**⁴⁴, donde a pesar de no hablarse de bloque de constitucionalidad, la Alta Corte, revisó una norma del decreto 119 de 1991 que fijaba escalas de remuneración en el SENA. Allí afirmó que el convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, es “...fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política”.

En la sentencia **T-418 de 1992**⁴⁵, el Alto tribunal resolvió proteger el derecho de asociación de los trabajadores de una empresa que había tomado medidas para desincentivar la afiliación de sus trabajadores a organizaciones sindicales. En la parte considerativa anotó que el derecho de asociación es un derecho fundamental, además de estar previsto en los convenios internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los convenios internacionales aprobados por la Organización Internacional del Trabajo, en especial los convenios 87 y 98, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en Bogotá, 1948, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, aprobada en Río de Janeiro, 1947.

En esa oportunidad la Corte Constitucional afirma que el convenio 98 de la OIT, se integra al ordenamiento jurídico colombiano, a través del artículo 53 inciso 4°:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno

⁴³ Para este sondeo jurisprudencial se utilizará como base la sentencia C 401 de 2005.

⁴⁴ C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁵ T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

Posteriormente, en la sentencia **C-546 de 1992**⁴⁶, la Corte consideró que el inciso primero del artículo 93 era una reiteración ampliada del inciso 4° del artículo 53, sin señalar que fuera una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad, sino que era una aplicación directa de la norma constitucional.

En la sentencia **C-225 de 1995**⁴⁷ como ya se mencionó, la Corte afirmó que los tratados internacionales ratificados por el Congreso que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción, estaban al mismo nivel que las normas constitucionales, conformando un Bloque de Constitucionalidad con aquellas.

Dos consideraciones eran entonces necesarias para que un tratado o convenio formara parte del bloque de constitucionalidad, y por ende tuviere prevalencia sobre la legislación interna, la primera que tratara sobre derechos humanos, como lo son los tratados o convenios internacionales del trabajo y la segunda es que el instrumento internacional prohíba la limitación de los derechos humanos, durante los estados de excepción (art. 214 numeral 2 de la CP⁴⁸).

Dos años más tarde, en la sentencia **C-358 de 1997**⁴⁹, la Corte resolvió una demanda contra un artículo del Código Penal Militar de aquel entonces que regulaba el allanamiento de casas que gozaran de inmunidad diplomática, en esta providencia ratificó lo anteriormente expuesto, pero agregó:

(...)

“La Corte ha señalado con claridad ‘que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en

⁴⁶ Sentencia C-546 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁷ C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte realizó el examen de constitucionalidad de la Ley 171 de 1994, que aprobó el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

⁴⁸ Artículo 214 de la CP “Estados de excepción.... 2° No podrán suspenderse los derechos humanos, ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

⁴⁹ C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

últimas en una violación del Estatuto Superior⁵⁰. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93)⁵¹. Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él.”

Con la sentencia **SU-039 de 1997**⁵², se aplicó la noción del bloque de constitucionalidad a los convenios de la OIT en referencia al convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, ordenándose en ella que se consultara a la comunidad indígena UWA, en relación con una licencia ambiental que había sido concedida para un proyecto de explotación petrolera en tierras de su resguardo. Se afirmó por primera vez que este convenio hacía parte del bloque de constitucionalidad.

Este mismo fundamento se utilizó en la sentencia **T-652 de 1998**, M.P. Carlos Gaviria Díaz, para proteger a la comunidad indígena Embera Katío, afectada por la construcción de la represa de Urrá, para que fuera consultada y se determinó la inaplicación de un decreto, por ser violatorio de las normas constitucionales y del convenio 169 de la OIT.

En estas sentencias la Corte afirma que es a través del artículo 93 de la CP que los tratados o convenios relativos a los derechos humanos, conforman el bloque de constitucionalidad, sin necesidad de hacer referencia al artículo 53 numeral 4, lo cual amplía el bloque de constitucionalidad a todos los tratados de este tipo.

⁵⁰ Sentencia C-578/95. Fundamento Jurídico N° 3.

⁵¹ Cabe aclarar que, de acuerdo con la sentencia C-295 de 1993, M.P. Carlos Gaviria, no todos los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales conforman el bloque de constitucionalidad, pues esta calidad sólo se predica de aquellos derechos que no pueden ser suspendidos durante los Estados de Excepción.

⁵² SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. Las precisiones contempladas en la sentencia fueron retomadas en las sentencias C-418 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis, y C-891 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería, que trataron sobre sendas demandas de inconstitucionalidad contra normas del Código de Minas.

Por lo anterior en la sentencia **C-191 de 1998**⁵³, la Corte Constitucional precisa la noción de bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato, con el objeto de incluir dentro de los parámetros para el examen de la constitucionalidad las leyes de categoría especial⁵⁴, en ella se expresó:

“Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (CP, artículo 93)...

(...) “Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias”.

En la sentencia **T-568 de 1999**⁵⁵, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó claramente la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad, a propósito del despido de unos trabajadores sindicalizados de las Empresas Varias de Medellín que continuaron participando en un cese de labores, a pesar de que el Ministerio de Trabajo, había declarado su ilegalidad. Dicha providencia, que será más adelante analizada en el tema de las recomendaciones, concedió el amparo impetrado porque las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos. Refiriéndose al tema aquí tratado señaló:

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

⁵³ C-191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁴ Providencia que se ocupó de analizar una demanda contra la Ley 397 de 1997, referida al patrimonio cultural y al fomento de la cultura.

⁵⁵ T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados ‘de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’ (art. 93), y ‘Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna’ (art. 53 inc. 4º), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error: ignoraron el derecho aplicable; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

(...) Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT, entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos.

Por tanto, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia: el derecho a la sindicalización y el derecho a la huelga deben ser respetados, su ejercicio no se puede perturbar con la injerencia externa (empleadores, autoridades administrativas, estatales o judiciales), y solamente se debe limitar cuando se trate de servicios públicos esenciales”.

En la sentencia SU-995 de 1999⁵⁶, se concedió el amparo solicitado por numerosos docentes de un municipio que reclamaban el pago de sus salarios y prestaciones sociales. En esta ocasión, se recurrió al convenio 85 de la OIT para interpretar el contenido del vocablo salario.

“Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad...”.

En la sentencia **C-567 de 2000**, mediante la cual se demanda por inconstitucionalidad el artículo 26, parcial, del Decreto Legislativo 2351 de

⁵⁶ SU-995 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

1965 y los artículos 45, parcial, 46, 47 y 50 de la Ley 50 de 1990, se declaró la inconstitucionalidad de una norma que prohibía la coexistencia de dos o más sindicatos de base en una misma empresa, señalando:

“la Corte, al avocar el tema, sólo puede realizar el examen de las normas legales impugnadas frente a la Constitución, y también, en este caso, al Convenio 87 de la OIT, que según jurisprudencia de la Corporación, hace parte del denominado ‘bloque de constitucionalidad’ (sentencias T-418 de 1992; C-225 de 1995; y, T-568 de 1999, entre otras).” Por lo tanto, en la providencia se cotejó la norma demandada con el art. 39 de la Constitución y las disposiciones del convenio 87 de la OIT, luego de lo cual concluyó que la norma vulneraba el derecho de asociación sindical:

“Al comparar la norma constitucional y las del mencionado Convenio frente a la limitación establecida en los preceptos demandados, no se requieren profundos análisis para llegar a la conclusión de que estos, en principio, constituyen una limitación al derecho general de los trabajadores a establecer las organizaciones sindicales que consideren convenientes”.

“(…) Entonces, al continuar con la comparación del artículo 39 de la Constitución, en cuanto que garantiza a todos los trabajadores el derecho de constituir sindicatos, y de las disposiciones del Convenio 87 de la OIT, especialmente en el artículo 2º, que dice que todos los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, se concluye que la prohibición legal de formar sindicatos de base en una misma empresa, cuando ya exista otro, resulta injustificada a la luz de la garantía expresa de la Constitución de 1991.”⁵⁷

En la sentencia **C-797 de 2000**⁵⁸, igualmente se trajo a colación el convenio 87 al juzgar la constitucionalidad de algunas normas del Código Sustantivo del Trabajo que habían sido acusadas por desconocer la libertad de los sindicatos y que iban en contravía de este convenio por no poder dictar autónomamente sus estatutos y establecer su forma de organización y funcionamiento, al igual que su derecho a obtener de manera automática su personería. Varias de las normas

⁵⁷ La sentencia contó con tres salvamentos parciales de voto, por parte de los magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis, y con una aclaración de voto suscrita por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁸ C-797 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

acusadas fueron declaradas inexequibles,⁵⁹ entre otras, las relativas a la elección de las directivas sindicales, el reconocimiento de personería jurídica a las federaciones y confederaciones, la prohibición de la afiliación a varios sindicatos de la misma clase o actividad, igualmente las normas que determinaban que los sindicatos debían nombrar, de entre sus afiliados, a los miembros de las comisiones de reclamos, a sus delegados en las comisiones disciplinarias y a las personas que debían negociar los pliegos de peticiones.

Posteriormente, en la sentencia **C-1491 de 2000**⁶⁰, se declaró la constitucionalidad del inciso del artículo 70 de la Ley 50 de 1990 que prohibía suscribir o prorrogar pactos colectivos en las empresas cuyos sindicatos agrupen más de la tercera parte de los trabajadores,⁶¹ *“por no ser violatorio de los artículos 13, 39, 55, 92 y 93 Superiores, así como por no contradecir las Convenciones 87 y 98 de la OIT, que conforman, se reitera, el bloque de constitucionalidad, según lo ha precisado y reiterado múltiples veces esta Corporación, entre otras, en las sentencias C-385/2000, C-797/2000, T-441/92, SU-342/95 C-567/2000.”*⁶²

Especial mención merece la sentencia **T-1303 de 2001**⁶³, para observar el valor que tienen los convenios cuando se incorporan automáticamente a la legislación interior. La Alta Corte afirmó que los convenios se integran al bloque de constitucionalidad en virtud del numeral 2 del artículo 93 de la CP que reza: *“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”* y se refuerzan con el inciso 4º del artículo 53 donde se establece que hacen parte de la legislación interna, sin que exista contradicción alguna, pues lo que señala la

⁵⁹ La sentencia contó con salvamentos parciales sobre diferentes puntos de los magistrados Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo; Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Alfredo Beltrán Sierra; Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis; y Fabio Morón Díaz.

⁶⁰ C-1491 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁶¹ Aclaró su voto la Magistrada Cristina Pardo.

⁶² También se ocuparon del punto acerca del valor jurídico de los convenios internacionales del trabajo las sentencias C-381 y C-385 de 2000, ambas con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero; T-1211 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-474 y T-1303 de 2001, las dos con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra; C-201 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-135 de 2002, Álvaro Tafur Galvis; y T-952 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶³ T-1303 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy.

norma es la ratificación de la existencia del bloque de constitucionalidad. Así se señaló:

“La opinión de que los convenios internacionales que tienen que ver con el derecho al trabajo quedarían por fuera del bloque de constitucionalidad porque en los Convenios de la OIT no hay mención expresa de que queda prohibida su limitación en los estados de excepción y porque su prevalencia es en el orden interno (inciso 1° artículo 93 de la Constitución Política), es una opinión que se cae de su peso si se considera que el bloque de constitucionalidad se fundamenta en los dos incisos del artículo 93, el segundo de los cuales dice: ‘Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’, lo cual significa que es en virtud del inciso 2° del artículo 93 que los Convenios 87 y 98 de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad (Ver C-010/2000). La otra objeción consistente en que los Convenios de la OIT no harían parte del bloque de constitucionalidad porque el artículo 53 de la CP los ubica dentro de la legislación interna, es inconsistente porque el inciso 4° del artículo 53 de la CP cuando determina que ‘Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna’, lo que hace es reafirmar aún más el deber de interpretar los derechos humanos (dentro de ellos los derechos sociales) de conformidad con los tratados internacionales. No tendría coherencia que se protegieran todos los derechos humanos menos los que se refirieran al derecho al trabajo, cuando en la Constitución de 1991 el trabajo es un derecho fundante (artículo 1° CP), una finalidad de la propia Carta (Preámbulo), un derecho fundamental (artículo 25). En consecuencia, los Convenios de la OIT integran el bloque de constitucionalidad en virtud del inciso 2° del artículo 93 de la CP y tal característica se refuerza con lo determinado en el inciso 4° del artículo 53 ibídem.”

En la sentencia **C-551 de 2003**⁶⁴ se analizó la Ley 796 de 2003, por la cual se convocó al referendo sobre el proyecto de reforma constitucional, la Corte se refirió a algunos convenios, como los convenios 102 y 128 de la OIT sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, no ratificado por Colombia señalando que:

“Lo anterior daría pie para pensar que es incompatible con los convenios de la OIT la imposición de límites a los montos de las pensiones por vía normativa, en la medida en que se limita la negociación colectiva en este campo. Empero, como lo ha mostrado la Comisión

⁶⁴ C-551 de 2003, M.P Eduardo Montealegre Lynett, Salvaron parcialmente su voto los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández.

de Expertos de la OIT Estudio General ‘La protección de la vejez por la seguridad social’, sobre las Convenciones 102 y 128 no ratificadas por Colombia, 1989, es práctica común el establecimiento de topes a las pensiones para asegurar la viabilidad financiera del sistema, asunto que fue aceptado, dentro de ciertos límites, por ese órgano”.

Así mismo se refirió a los convenios 98, 151 y 154 sobre la negociación colectiva, ratificados por Colombia, el primero de ellos formando parte del bloque de constitucionalidad. Igualmente utilizó además informes de la Comisión de Expertos de la OIT y de casos adelantados ante el Comité de Libertad Sindical, que permiten limitar temporalmente el aumento de salarios frente a graves crisis económicas, para concluir finalmente que las normas juzgadas no constituían una sustitución de la Constitución y por ende dio vía libre al referendo.

En la sentencia **C-038 de 2004**, M.P. Eduardo Montealegre Lynett,⁶⁵ estudiando algunos artículos de la Ley 789 de 2002 que reformaban el Código Sustantivo del Trabajo, nuevamente se plantea que los convenios internacionales del trabajo integran el bloque de constitucionalidad en virtud del inciso segundo del art. 93 de la CP que establece que los derechos y deberes consagrados en la Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En la sentencia se expresó:

“20- Ahora bien, y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corte, para determinar cuáles son esos principios constitucionales mínimos del trabajo que deben ser respetados por cualquier reforma laboral, es necesario tomar en cuenta también los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. En particular, en esta materia tienen mucha importancia los límites y deberes al Estado impuestos por los convenios de la OIT ratificados por Colombia, por el Pidesc, y por el Protocolo de San Salvador, todos los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con lo ordenado por el artículo 93 de la Carta, que establece que los “derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” Y es que esta Corporación ha precisado que todo tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para efectos de determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, pues no otro puede ser el sentido de la cláusula de remisión

⁶⁵ Los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño presentaron, cada uno, un salvamento parcial y una aclaración de voto con respecto a puntos específicos de la sentencia. También salvaron parcialmente su voto Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

del inciso segundo del artículo 93 superior. Ha dicho al respecto esta Corporación que el inciso segundo del artículo 93-2 ‘constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos’.

En la sentencia **C-170 de 2004**⁶⁶, el Alto Tribunal examinó una demanda de inconstitucionalidad contra las normas del Código del Menor que prohíben el trabajo de los menores de 14 años y contemplaban que, excepcionalmente, se podría permitir el trabajo de niños mayores de 12 años, luego de obtener el concepto favorable del defensor de familia. En la demanda de inconstitucionalidad se anotaba que la autorización del trabajo infantil vulneraba los derechos fundamentales de los niños. La Corte declaró exequibles las normas pero en forma condicionada. Señaló que algunos convenios de la OIT forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, entre ellos los convenios 138 y 182 de la OIT.

La sentencia **C-035 de 2005**, examinó la demanda de inconstitucionalidad incoada contra una norma de la Ley 789 de 2002, que establecía que cuando terminara el contrato de trabajo sólo procedía compensar en dinero las vacaciones no disfrutadas, “por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año.” En la providencia se expresó acerca de los convenios de la OIT, lo siguiente:

“... de igual manera se ha reiterado, que el legislador puede acudir a los Convenios proferidos al amparo de la Organización Internacional del Trabajo, para encontrar en ellos guías ineludibles que le permitirán establecer, si la regulación que se pretende realizar se adecua o no a la finalidad que se persigue con cada acreencia laboral o prestación social y, adicionalmente, si las condiciones impuestas logran asegurar su adquisición, goce y disfrute al amparo de los hechos que le sirven de fundamento.

“(...) ‘Para desentrañar el límite máximo que tiene el legislador para proceder a su establecimiento, los Convenios Internacionales de protección al trabajador se convierten en la herramienta apropiada para precisar el contenido abierto e indeterminado que en dicha materia reviste la Constitución Política (CP art. 93, inciso 2º)’⁶⁷. Luego, y en virtud de lo previsto en los artículos 5º y 11 del Convenio 132 de la OIT, (este convenio no está ratificado por Colombia) es indiscutible que cualquier plazo que fije el Congreso de la

⁶⁶ C-170 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁷ Determina la citada norma: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

República, en ningún caso, puede superar el lapso de seis (6) meses de prestación de servicios para tener derecho a vacaciones pagadas de forma proporcional.” (el contenido entre paréntesis fuera de texto).

“Por ello, en varias oportunidades, esta Corporación le ha concedido a los convenios y tratados internacionales del trabajo, la naturaleza de normas constitutivas del bloque de constitucionalidad por vía de interpretación, cuyo propósito consiste precisamente en servir de herramienta para desentrañar la naturaleza abierta e indeterminada de los conceptos jurídicos previstos en el Texto Superior...”

En la sentencia se declaró la inexequibilidad de la expresión mencionada, entendiéndose que la compensación deberá hacerse por la fracción de año que indique el Congreso, sin que pueda ser superior a 6 meses.

En la sentencia **C-177 de 2005**⁶⁸, la Corte estudia la Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, que obliga a la aplicación inmediata de la norma expedida en los contratos vigentes. Al respecto la Corte señala que conforme a reiterada jurisprudencia, “...para determinar cuáles son esos principios constitucionales mínimos del trabajo que deben ser respetados por cualquier reforma laboral, es necesario tomar en cuenta también los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad”. Hace un examen de ello y determina que la no existencia de derechos adquiridos en materia laboral, impide declarar la inexequibilidad del mencionado artículo.

En la sentencia **C-401 de 2005**⁶⁹, se resuelve sobre la constitucionalidad del artículo 19 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, específicamente la expresión “los convenios”, porque el precepto los considera como meras normas *supletorias* en la labor de aplicar el Derecho del Trabajo. Señala el Tribunal Constitucional que el precepto es violatorio del preámbulo y de los artículos 1º, 2º, 5º, 9º, 25, 53 (inciso 4º), 93, 228 y 230 de la Constitución y de los convenios de la OIT, debidamente ratificados por Colombia, pues estos son normas internas directamente aplicables y algunas de ellas hacen parte del “bloque de constitucionalidad en stricto o en lato sensu.”

En la sentencia 401 de 2005, la Corte frente a la pregunta si todos los tratados y convenios internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad señaló:

⁶⁸ C-177 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁹ C-401 de 2005, Manuel José Cepeda Espinosa.

No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo.

La pregunta que surge de la demanda y de las intervenciones es la de si todos los convenios internacionales del trabajo deben considerarse automáticamente incorporados no solo a la legislación interna sino, además, al bloque de constitucionalidad, sin ningún tipo de distinción o de sustentación. En este proceso se han planteado varias posiciones al respecto que inciden en las tesis del demandante y de los intervinientes sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la expresión acusada-“los convenios.”

La Corte considera que la inclusión de los convenios internacionales del trabajo dentro del bloque de constitucionalidad debe hacerse de manera diferenciada y fundamentada. Si bien todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia forman parte de la legislación interna, (sólo) varios integran también el bloque de constitucionalidad, en sentido lato o en sentido estricto.

El espectro de temas tratados en los convenios internacionales del trabajo es muy amplio y diverso. El ámbito que tratan se extiende desde el relacionado con los derechos humanos fundamentales en el trabajo hasta el referido a puntos como la administración y las estadísticas del trabajo, pasando por el de la protección contra riesgos específicos como la cerusa en la pintura, el benceno, el asbesto, la maquinaria y el peso máximo por cargar.

(...) 19. Así, pues, hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios que la Corte, después de examinarlos de manera específica, determine que pertenecen al mismo, en atención a las materias que tratan. De esta manera, los convenios internacionales del trabajo hacen parte del bloque de constitucionalidad cuando la Corte así lo haya indicado o lo señale en forma específica. Así lo hizo, por ejemplo, en las sentencias que se mencionaron atrás acerca del convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, y de los convenios 87 y 98, sobre la libertad sindical y sobre la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva.

A la Corte también le corresponde señalar si un determinado convenio de la OIT, en razón de su materia y otros criterios objetivos, forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, puesto que prohíbe la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolla dicha prohibición contenida en un tratado internacional (CP, art. 93, inciso 1º) Así lo hizo, como ya se vio, en la sentencia C-170 de 2004, en relación con los convenios 138, sobre la edad mínima, y 182, sobre las peores formas del trabajo infantil.

Señala entonces el alto tribunal que a pesar de que todos los convenios de la OIT, ratificados por Colombia *“hacen parte de la legislación interna”* (art. 53, inciso cuarto) y por ende son obligatorios, sin necesidad de que una ley los desarrolle, no todos ellos forman parte del bloque de constitucionalidad (CP, art. 93), porque algunos no regulan derechos humanos, sino aspectos administrativos, estadísticos o de otra índole.

En cuanto al bloque de constitucionalidad en sentido lato señaló:

“La Corte Constitucional puede, como ya lo ha hecho, de acuerdo con criterios objetivos, indicar de manera específica qué otros convenios forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato (CP art. 93, inciso 2º), en razón a que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador (CP, art. 1) y al derecho al trabajo (CP arts. 25 y 53). Cuando algún convenio prohíba la limitación de un derecho humano durante un estado de excepción o desarrolle tal prohibición, corresponde a la Corte señalar específicamente su pertenencia al bloque de constitucionalidad en sentido estricto (CP, art. 93, inciso 1º), como también lo ha realizado en sentencias anteriores.

Concluye que los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia no pueden ser considerados como parámetros supletorios en el ordenamiento laboral y adicionalmente aclara que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma Constitucional (CP, art. 93, inc. 2º) y los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto han de prevalecer en el orden interno (CP, art. 93, inc. 1º), y *“...así habrán de valorarlos especialmente los jueces y los funcionarios administrativos”*.

Entonces, se condicionó la exequibilidad de la expresión “convenios” del artículo 19 del CST, a que *“(i) no exista convenio aplicable directamente, como fuente principal o prevalente, al caso controvertido, y (ii) el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia.*

La sentencia **T-285 de 2006**, resuelve la acción de tutela instaurada por Luis Fernando Valencia Taborda y otra contra el Banco Cafetero Bancafé S.A. en Liquidación y otros. Al respecto utiliza el bloque de constitucionalidad, para aplicar los convenios 87 y 98.

En la sentencia **208 de 2007**, donde se demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 1278 de 2002, “Por el cual se expide el Estatuto de

Profesionalización Docente”, el accionante, miembro del Resguardo Nasa “Kwet Wala”, solicita a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad parcial del Decreto porque los grupos étnicos tienen derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural, previa consulta y concertación con los pueblos indígenas. Al respecto la Corte aplicando el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, otorgó a los pueblos indígenas la consulta previa como consecuencia del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de su cultura, como mantener su propio personal administrativo y maestros. Declarando exequible condicionadamente el Decreto-Ley de marras.

En la sentencia C-280 de 2007⁷⁰ la Corte revisa la demanda de inconstitucionalidad contra el literal f) del artículo 2º del Decreto-Ley 254 de 2000, por medio del cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional y en literal f) se señala *“La prohibición expresa al representante legal de la entidad de realizar cualquier tipo de actividades que impliquen la celebración de pactos o convenciones colectivas o cualquier otro acto que no esté dirigido a la liquidación de la entidad. Esta prohibición opera a partir de la expedición del decreto que ordena la disolución y liquidación de la entidad”*.

La Corte Constitucional al analizar el convenio 154, además de recordar lo señalado en la sentencia C-401 de 2005, que precisa el valor de los convenios en Colombia y la distinción entre aquellos que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (inciso primero del artículo 93 constitucional) y los convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato (arts. 25 y 53 e inciso segundo del artículo 93 constitucional), señaló que el convenio 154 pese a considerar derechos humanos, no forma parte del bloque de constitucionalidad ni en sentido lato, ni en sentido estricto, por cuanto ella no se había pronunciado específicamente sobre este⁷¹ y agregó:

No obstante, a pesar que expresamente no se ha hecho una manifestación en tal sentido es posible verificar que esta Corporación en algunas decisiones ha empleado sus estipulaciones para establecer el alcance del derecho de negociación colectiva⁷², tal como ocurre por ejemplo

⁷⁰ C-208 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷¹ Al citado Convenio 154 se hace alusión entre otras decisiones en las sentencias SU-1185 de 2001, C-551 de 2003, T-809 de 2005, T-1235 de 2005 y C-1234 de 2005.

en las sentencias C-1234 de 2005⁷³ y SU-1185 de 2001⁷⁴. Esta Corporación entiende que tal utilización se ajusta al carácter del Convenio 154 de la OIT pues si bien es un tratado internacional sobre un derecho humano —el derecho de negociación colectiva— no prohíbe su suspensión bajo los estados de excepción y en consecuencia no hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

Si bien la Corte Constitucional sí se había referido al Convenio 154 en providencias anteriores, utilizándolo como guía interpretativa, quedando en principio la sensación de que era parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, en esta providencia deja en claro que no forma parte del bloque de constitucionalidad, debiéndose entender como parte de la legislación interna, por haber sido ratificado por Colombia.

Concluye en relación a la providencia, que la restricción al derecho de negociación colectiva resultante de la prohibición consignada en el precepto acusado está constitucionalmente justificada en aras de preservar los fines que persiguen los procesos de liquidación y disolución de las entidades públicas del orden nacional.

En la sentencia C-063 de 2008⁷⁵, la Corte revisa la constitucionalidad del artículo 26 del D.L. 2351 de 1965, declarando su inexequibilidad, por cuanto limitaba el derecho a participar directamente en la negociación colectiva y la contratación colectiva, a los sindicatos minoritarios.

Nuevamente el análisis jurisprudencial se realizó sobre la base del convenio 154 relativo al fomento de la negociación colectiva, que a pesar de ser un derecho humano no estaría formando parte del bloque de constitucionalidad, sin embargo al afectarse la libertad sindical prevista en el artículo 39 de la CP y los convenios 87 y 98 se declara la afectación del sindicato minoritario en su libertad de representación.

⁷² Precisamente la jurisprudencia constitucional ha entendido que el derecho de negociación colectiva no se agota en la celebración de convenciones o pactos colectivos en virtud de la definición amplia del derecho en cuestión contenida en los artículos 2º y 6º del Convenio, sobre este aspecto son esclarecedoras las sentencias SU-1185 de 2001 y C-1234 de 2005.

⁷³ En esta decisión la Corte se pronuncia in extenso sobre el alcance del Convenio 154 de la OIT para establecer el alcance del derecho a la negociación sindical con ocasión del examen de constitucionalidad del artículo 416 del CST.

⁷⁴ En esta sentencia se emplea el artículo 2º del Convenio 154 para definir el derecho de negociación colectiva.

⁷⁵ C-063 de 2008, Clara Inés Vargas Hernández.

Pese a lo anterior obra en la sentencia una aparente divergencia, que debe analizarse: en un primer párrafo señala el Tribunal Constitucional que; *“Al respecto de este convenio (el 154), la Corte ha considerado que no cabe duda que hace parte de la legislación interna, tanto a la luz del artículo 53 constitucional, como por haber sido aprobado por medio de la Ley 524 de 1999, sin embargo hasta la fecha esta corporación no ha declarado que haga parte integrante del bloque de constitucionalidad, ni en sentido estricto, ni en sentido lato.”*⁷⁶. En el párrafo siguiente señala: *“Esta corporación entiende que tal utilización se ajusta al carácter del convenio 154 de la OIT pues si bien es un tratado internacional sobre un derecho humano —el derecho de negociación colectiva— no prohíbe su suspensión bajo los estados de excepción y en consecuencia no hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto...”*

La pregunta que surge a partir de la comparación de los dos párrafos es ¿si el convenio 154 de la OIT forma parte del bloque de legalidad o del bloque de constitucionalidad en sentido lato?

2.5.2. ANÁLISIS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Tres momentos clave, que implican cambio dentro de la línea, que se van desarrollando a través del tiempo, aunque en algunas sentencias, obran algunas divergencias, respecto de la nueva postura, que impiden señalar una línea totalmente directa:

1. Todos los convenios ratificados por Colombia forman parte de la legislación interna, conforme lo indica el artículo 53 de la CP.

Artículo 53 inciso 4° de la CP “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”.

Sentencias:

C-221 de 1992, relativa al convenio 111 que trata de la discriminación en materia de empleo, se integra a la legislación Colombiana y no se determina nada del bloque de constitucionalidad.

T-418 de 1992, relativa al derecho fundamental de asociación. En ese momento la Corte entiende que el convenio 87, se integra al ordenamiento jurídico colombiano, a través del artículo 53 inciso 4°, siendo parte de la legislación interna.

⁷⁶ Ibíd, sentencia.

C-546 de 1992, el Alto Tribunal afirma, en una posición intermedia, que el inciso 1° del artículo 93 es una reiteración ampliada del artículo 53 inciso 4°.

C-358 de 1997, Señala la Corte que todos los convenios forman parte de la legislación interna, pero no todos forman parte del bloque de constitucionalidad.

T-1303 de 2001, afirma que el bloque de constitucionalidad se integra con el artículo 93 y se refuerza con el artículo 53 inciso 4°.

C-177 de 2005, define que no sólo los principios mínimos fundamentales, previstos en el artículo 53 de la CP son límites al momento de hacer reformas legislativas, se debe mirar a los tratados y convenios y tener en cuenta el deber del desarrollo progresivo de los derechos sociales.

C-401 de 2005, señala que no todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad, por tanto los que no lo sean forman parte de la legislación interna, por efectos de su integración conforme el artículo 53 inciso 4°.

Salvamento de voto al Auto 078A/99, que resolvió el recurso de anulación de la sentencia C-405 de 2001, al respecto se dijo:

“...Pues bien, considero que, en este caso, la Sala modificó unilateralmente esos contenidos jurisprudenciales, al incorporar dentro del Bloque de Constitucionalidad los convenios y recomendaciones de la OIT, sin considerar la naturaleza jurídica de los mismos, ni el modus operandi que la propia Constitución prevé al respecto en el artículo 53.

(...) Ahora bien, una cosa es el acceso al ordenamientos interno que logra la normatividad internacional por la vía del artículo 93 de la Constitución Política, que es el tema de que se ocupan las jurisprudencias referidas, y otra muy diferente la vía específica que abre su artículo 53, al declarar que “Los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de legislación interna”.

Los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, como los previstos en los convenios de la OIT, integran el bloque de constitucionalidad.

Esta posición, se sustenta en lo siguiente:

Preámbulo.

Artículos 1°, 2°, 5°, 9°, 25, 53 (inciso 4°), 214, 228 y 230, particularmente el artículo 93 (incisos 1° y 2°) y el artículo 94 de la CP.

UNIDAD 2

Declaración de los principios OIT (1998)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La Convención sobre los Derechos del Niño

La Carta de la OEA

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Convención Americana de Derechos humanos (también llamada Pacto de San José).

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).

Sentencias:

C-225 de 1995, al realizar la Corte el examen de constitucionalidad de la Ley 171 de 1994, que aprobó el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, se refiere a la integración del bloque de constitucionalidad, conforme el artículo 93 de la CP.

C-358 de 1997, Señala la Corte que no todos los tratados forman parte del bloque de constitucionalidad, solo los de derechos humanos, que no pueden suspenderse en los estados de excepción.

T-652 de 1998, Manifiesta la Corte que con base en el artículo 93 de la CP, se constituye el bloque de constitucionalidad en laboral, sin necesidad de acudir al artículo 53 inciso 4°.

A partir del análisis de las diferentes providencias se pueden integrar a la vez subgrupos de providencias relativas a diferentes convenios de la OIT que pueden constituirse así mismo como líneas jurisprudenciales desde sus respectivos contenidos.

Sentencias relativas al **CONVENIO 169** de la OIT, ratificado, Ley 21 de 1991, que se refiere a los pueblos indígenas y tribales, en las cuales se exige al

gobierno la consulta previa como consecuencia del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura.

Las providencias **SUI-039 de 1997, T-652 de 1998, C-418 de 2002, C-891 de 2002 y 208 de 2007**, se hace efectivo el predicamento del convenio.

Sentencias relativas al **CONVENIO 87** de la OIT, ratificado, Ley 26 de 1976, que se refiere a la libertad sindical y protección del derecho de sindicación y al **CONVENIO 98** de la OIT, ratificado, Ley 27 de 1976, que se refiere a la sindicación y negociación colectiva. Ambos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad por virtud del artículo 93 de la CP, al respecto se tienen las siguientes providencias:

T-568 de 1999, Plantea por primera vez la integración de los Convenios de la OIT al bloque de constitucionalidad, pues se trata de proteger derechos fundamentales como lo es el trabajo y el derecho de asociación y sindicación.

SUI-995 de 1999, Frente al tema salarial, se utiliza el bloque de constitucionalidad, para fundamentar la providencia en el Convenio 85 de la OIT sobre la protección del salario.

C-567 de 2000, entre otros aspectos, se refiere al convenio 87, para señalar que se vulnera el derecho de asociación sindical al no permitirse la coexistencia de 2 o más sindicatos de base

C-797 de 2000, se trajo a colación el convenio 87 por no estar acorde con algunas normas del Código Sustantivo del Trabajo por desconocer la libertad de los sindicatos, en la autonomía de sus estatutos, la forma de organización y funcionamiento.

C-1491 de 2000, declaró la constitucionalidad del inciso del artículo 70 de la Ley 50 de 1990 que prohíbe suscribir o prorrogar pactos colectivos en las empresas cuyos sindicatos agrupen más de la tercera parte de los trabajadores, *“por no ser violatorio de los artículos 13, 39, 55, 92 y 93 Superiores, así como por no contradecir las Convenciones 87 y 98 de la OIT.”*

T-1301 de 2001, se refuerza la posición de que los convenios 87 y 98 hacen parte del bloque de constitucionalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 93.

C-551 de 2003, en esta providencia se estudió la Ley 796 de 2003, por la cual se convocó al referendo sobre el proyecto de reforma constitucional. La Corte se refirió a algunos convenios que integran el bloque de constitucionalidad, como el convenio 98.

T-285 de 2006, en ella se señala que el Convenio 98 de la OIT sobre la aplicación de la libertad de sindicación y la negociación colectiva que los Estados, propugna por que se adopten medidas “...*para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por la otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contactos colectivos, las condiciones de empleo*”.

Otros convenios que participan de la línea:

C-038 de 2004, se plantea que los convenios internacionales del trabajo (OIT, Pidesc, Protocolo de San Salvador) integran el bloque de constitucionalidad en virtud del inciso segundo del art. 93-2 de la CP.

C-035 de 2005, en esta providencia se utiliza el Convenio 132 como guía ineludible sobre el concepto de las vacaciones y su causación.

C-177 de 2005, para determinar cuáles son los principios constitucionales mínimos del trabajo que deben ser respetados por cualquier reforma laboral, es necesario tomar en cuenta también los Tratados Internacionales que integran el bloque de constitucionalidad.

Normas y Sentencias relativa al **Convenio 138**, ratificado, Ley 515 de 1999, relativo a la edad mínima de admisión al empleo y el **Convenio 182**, ratificado, Ley 704 de 2001, que trata de las peores formas de trabajo infantil:

a. Convención de los derechos de los niños, ratificado por Ley 12 de 1991.

Sentencia **C-170 de 2004**: los convenios 138 y 182 de la OIT forman parte del bloque de constitucionalidad estricto sensu.

La jurisprudencia constitucional ha considerado incorporados al bloque de constitucionalidad estricto sensu al convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, los convenios 87 y 98, sobre la libertad sindical y sobre la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva, el convenio 138, sobre la edad mínima, y el convenio 182 sobre las peores formas del trabajo infantil.

3. No todos los convenios ratificados por Colombia, integran el bloque de constitucionalidad y si forman parte de este, unos lo hacen en sentido estricto y otros en sentido lato.

Preámbulo, Artículos 1, 2, 5, 9, 25, 53 (inciso 4), 214, 228 y 230, particularmente el Artículo 93 incisos 1 y 2 y el Artículo 94 de la C.P.

Sentencias:

C- 191 de 1998: La Corte Constitucional precisa la noción de bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato, con el objeto de incluir dentro de los parámetros para el examen de la constitucionalidad la ley 397 de 1997, referida al patrimonio cultural y al fomento de la cultura.

C-170 de 2004: Señala la Corte que solo algunos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

C-401 de 2005: Afirma esta sentencia que no todos los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad y determina cuáles pertenecen al sentido estricto o lato.

C-280 de 2007: Señala que el convenio 154 relativo al fomento de la negociación colectiva, no es parte del bloque de constitucionalidad pese a que su contenido sea de derechos humanos.

C-063 de 2008: Manifiesta que el Convenio 154 no es parte del Bloque de constitucionalidad, pese a ser sobre derechos humanos, pues no se prohíbe su suspensión bajo los estados de excepción y la Corte Constitucional no ha indicado que forme parte del Bloque de constitucionalidad”.

2.5.2.1. EXPLICACIÓN DE LA LÍNEA

El argumento empieza con el análisis del artículo 53 inciso 4 de la C.P., que preceptúa que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna y así se consideró dentro de los primeros años, por ejemplo en la sentencia C-221 de 1992, señaló que los convenios o tratados, se incorporan automáticamente en la legislación interna, línea que se mantendrá pero modificada. Posteriormente en la sentencia C-546 de 1992, se consideró que el inciso 1 del artículo 93 de la C.P. era una reiteración ampliada del artículo 53. En la sentencia C-225 de 1995 la Corte Constitucional, a pesar de no referirse a los tratados laborales, construye el bloque de constitucionalidad entre la Constitución y los

tratados. A partir de la sentencia C- 191 de 1998, cualifica este concepto, señalando que existían tratados y convenios que pertenecen al bloque de constitucionalidad en sentido estricto y otros en sentido lato. Más adelante en la sentencia T-568 de 1999 se integran los convenios del OIT al bloque de constitucionalidad, por tocar con los derechos humanos y por ende tienen la misma fuerza jurídica que los principios y las normas constitucionales fundamentales. Posteriormente la Corte y con la sentencia 401 de 2005 se estableció una posición intermedia en la que considera que no todos los tratados o convenios internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, debiendo existir un pronunciamiento de parte de ella, cuando se aboque el estudio de un convenio, para determinar si pertenece o no al bloque de constitucionalidad.

Ap

1. ¿Todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia forman parte de la legislación interna?
2. ¿Cuáles son los criterios para determinar qué Tratados o Convenios del Trabajo forman parte del Bloque de Constitucionalidad?
3. ¿Los convenios de la OIT ratificados por el país son obligatorios en la aplicación de casos administrativos y judiciales?
4. Conforme al artículo 19 del CST y de la S.S. y la sentencia C-401 de 2005, ¿cuándo los convenios son fuente auxiliar en la labor judicial?
5. ¿Para qué sirve el criterio de Bloque de Constitucionalidad en sentido lato y en sentido estricto, en la aplicación de los convenios?

Ae

En una acción de tutela del Sr. Hugo Soto contra Banco el ciudadano invoca la protección de sus derechos fundamentales a la asociación sindical, a la negociación colectiva, a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas y justas y a la vivienda. En resumen, los hechos que interesan a esta unidad de bloque de constitucionalidad, son los siguientes:

En la Convención Colectiva suscrita entre la organización sindical y el Banco se señala:

“Artículo 9º. FUERO SINDICAL.- El Fuero Sindical de que gozan actualmente y gozaren en el futuro los trabajadores del Banco de conformidad con el Artículo 406 del C.S.T. y el Artículo 39 de la C.C. de 1966 se amplía en dos meses más.

Artículo 10°. ESTABILIDAD.- Los trabajadores que asistan a Asambleas y/o Convenciones Nacionales, Plénium Nacionales y Cursillos Sindicales no podrán ser despedidos sin justa causa dentro de los seis meses siguientes a la culminación del evento. Esta protección cobijará a 120 trabajadores, de acuerdo a la lista que para tal efecto pase Sintrabanca al Banco Cafetero.

PARÁGRAFO 1°.

PARÁGRAFO 2°. En caso de que algún trabajador de los protegidos por el presente artículo sea despedido sin justa causa, dicho despido se considerará nulo. En consecuencia el Banco procederá a reintegrarlo entendiéndose que no hubo interrupción del contrato de trabajo para todos los efectos legales y convencionales”.

El Sr. Soto, previo permiso autorizado asistió al Congreso Nacional de la organización, entre el 10 y el 12 de marzo de 2005 y a un cursillo sindical entre los días 2 al 31 de mayo.

Mediante Resolución 000125, emitida el 4 de abril de 2005, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ordenó la inscripción, del señor Luis Fernando Valencia Taborda, en calidad de octavo suplente, de la organización sindical, de primer grado y de industria.

El 29 de abril de 2005 el Director de Recursos Humanos informó al señor Valencia que a partir del 4 de mayo de 2005, se daba por terminado su contrato de trabajo, quien no estuvo de acuerdo, destacando la garantía de estabilidad del artículo 10 en razón de su asistencia al Congreso y al cursillo sindical, además que según pronunciamiento del cuatro de febrero de 2005, Expediente 23028 de la Corte Suprema de Justicia, la liquidación de una entidad financiera no está contemplada como una de las justas causas para dar por terminado el Contrato de Trabajo, resaltó que en los términos de la normatividad liquidataria el proceso de liquidación del Banco se adelantaría “a más tardar en dos años, previendo una prórroga por un periodo igual”. Afirma que el despido de que fue objeto se enmarca dentro del “proceso de aniquilamiento de la organización sindical, iniciado el 7 de marzo de 2005”, habida cuenta i) que se produjo “junto con el de seis compañeros más que hacíamos parte de la dirección sindical”, el mismo día en que el Liquidador resolvió rechazar el Pliego de Peticiones. Concluyó entonces que él no podía ser despedido, en periodo de permiso para cursillo, porque la convención colectiva otorga estabilidad a los trabajadores que participan en los eventos sindicales.

El Gerente Liquidador del Banco, mediante comunicación al actor, afirmó que el artículo 10 mencionado “...en ningún modo contiene la garantía foral predicada, sino la estabilidad de no ser despedidos sin justa causa los trabajadores que asistan a cursillos sindicales o Congresos Nacionales, dentro de los seis (6) meses siguientes a la culminación de cada evento, supuestos que en su caso particular no se satisfacen, toda vez que la ruptura definitiva del nexo laboral que lo vinculó con el Banco Cafetero, hoy en liquidación, no configuró un despido, sino que obedeció a uno de los modos autónomos de terminación legal del contrato de trabajo, tal como lo señala el literal e) del artículo 61 del C.S.T., subrogado por el artículo 5° de la Ley 50 /90 en aplicación de la autorización gubernamental expresada en los Decretos 3520 de octubre 26 de 2004 y el Decreto 610 del 7 de marzo de 2005, que ordenó la disolución y liquidación del Banco Cafetero S.A. razones que hacen improcedente la aplicación de la garantía de estabilidad convencional que usted pregona como soporte de sus pretensiones”.

En la respuesta de la acción de tutela el Banco Cafetero S.A. en Liquidación contesta la demanda en el sentido de solicitar que la acción se declare improcedente y se refiere a la decisión de la entidad de dar por terminado el contrato de trabajo suscrito con el actor, en virtud de lo dispuesto al respecto en el artículo 9° del Decreto que dispuso su disolución, aclara que “la aplicación de dicha orden se encuentra condicionada en forma temporal para aquellas personas que gozan de fuero sindical, hasta tanto se profiera la sentencia de juez laboral (...)”; y que el actor no tiene este beneficio.

Teniendo en cuenta las siguientes preguntas, como juez constitucional ¿cómo resolvería este caso?

1. ¿El actor tiene o no fuero sindical y por qué?
2. ¿Existe una conducta abusiva por parte del empleador en la observancia de derechos básicos como el de Asociación sindical?
3. ¿Se le podría negar la acción de protección, señalando que existe otro mecanismo de defensa judicial? ¿Qué acción cabría?
4. Se podría conceder la protección para resolver sobre el derecho al reintegro? ¿Con qué argumentos?
5. Si considera que existe fuero sindical, ¿qué normas constitucionales y qué instrumentos internacionales deben revisarse para resolver este caso? ¿De qué forma operaría el bloque de constitucionalidad?

UNIDAD 3

LAS RECOMENDACIONES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL INTERNACIONALES



Capacitar a los funcionarios y funcionarias judiciales sobre las recomendaciones internacionales, sus clases y su fuerza vinculante.

Aplicar por parte de los jueces y juezas de la República, las recomendaciones de los órganos de control al caso judicial.



Con el presente capítulo se pretende:

Distinguir el valor de las recomendaciones de los diferentes organismos internacionales.

Explicar qué es el Comité de Libertad Sindical y la clase de recomendaciones que profiere.

Ilustrar al discente sobre el procedimiento de las quejas que se interponen ante el Comité de Libertad Sindical.

Plantear las diferentes posiciones jurisprudenciales y doctrinales que existen con relación a la fuerza vinculante de las recomendaciones

Un caso ilustrativo

Con el ánimo de comprender la importancia de la unidad que se va a estudiar por parte de los discentes, a continuación se presenta lo señalado por la Corte Interamericana de D.H., en relación a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso planteado en la primera unidad, del Sr. Ricardo Baena y otros (270 trabajadores) vs. Panamá.

Recuérdese que se denunció por parte del Comité panameño por los Derechos Humanos, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al Estado de Panamá, por el despido arbitrario de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales, que habían participado en distintas protestas contra la política

gubernamental en reclamo de sus derechos laborales. El caso fue hasta la Corte Suprema de Panamá, siendo denegadas las pretensiones de reintegro. Fracasado el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta presentó el caso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana declaró que el Estado de Panamá había violado los derechos a la libertad de asociación, a las garantías judiciales y a la protección judicial y los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley en perjuicio de los 270 trabajadores.

A pesar de que el caso no se resolvió con base en las recomendaciones entregadas al Estado de Panamá, para efectos de la temática que se va a estudiar, es importante conocer qué afirmó la Corte frente a las recomendaciones.

En el capítulo IV de la sentencia denominado: RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN EMITIDAS EN EL INFORME NO. 26/99, la Comisión Interamericana alegó frente a la Corte Interamericana que Panamá no acató las recomendaciones de su Informe No. 26/99, ya que no las consideró obligatorias y se excusó de su cumplimiento invocando su propio derecho interno. En consecuencia, solicitó (*la Comisión*) a la Corte que declarara que el Estado violó el deber de cumplir de buena fe sus recomendaciones, de acuerdo con los artículos 33 y 50.2 de la Convención. A su vez, el Estado panameño manifestó que no había incurrido en responsabilidad internacional al incumplir las recomendaciones de la Comisión porque dicho incumplimiento no constituye una violación de los artículos 33 y 50.2 de la Convención, debido a que las Recomendaciones no tienen carácter de decisión jurisdiccional obligatoria.

La Corte señaló que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos era el organismo competente para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención y que por ello consideró válido el procedimiento seguido por ella, al presentar el informe de recomendaciones y agrega: “...*Si dentro de los tres meses siguientes a la remisión del informe al Estado, el asunto no se ha solucionado y la Comisión considera que aquel no cumplió, esta tendrá dos opciones: enviar el caso a la Corte mediante la interposición de la demanda o emitir el informe del artículo 51 de la Convención el cual, mediante votación de mayoría absoluta de sus miembros, contendrá su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. Al igual que en el informe del artículo 50, en el informe del artículo 51 la Comisión debe fijar un plazo dentro del cual el Estado deberá tomar las medidas pertinentes para cumplir las recomendaciones y, por ende, remediar la situación examinada. Finalmente, una vez transcurrido el plazo, la Comisión evaluará si el*

Estado cumplió y, en su caso, decidirá si publica o no dicho informe (cfr: artículos 50 y 51 de la Convención)”.

191. La Corte ha señalado que [...] el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado jurisdiccional.

192. Sin embargo, según ha establecido de igual modo este Tribunal, [...] en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111). Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “*para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes*”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.

193. De todas maneras, una vez iniciada la vía jurisdiccional, corresponde a la Corte determinar si el Estado violó o no preceptos sustantivos de la Convención y, en caso afirmativo, establecer las consecuencias de dichas violaciones. Por el contrario, no compete al Tribunal determinar responsabilidades originadas en la conducta procesal del Estado durante el proceso tramitado ante la Comisión y que, precisamente, constituye el antecedente necesario del proceso ante esta Corte.

Reflexión

A partir del caso planteado, de investigar qué hace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de D.H., responda las siguientes preguntas:

1. ¿Qué diferencia existe entre un convenio y una recomendación?

2. ¿Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son similares a las recomendaciones del Consejo de Administración de la OIT?
3. ¿Son obligatorias las recomendaciones?
4. ¿Puede cualquier ciudadano demandar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
5. ¿Debe haber existido un proceso judicial al interior del país, para poder acudir a esta instancia?

3. LAS RECOMENDACIONES DE LA OIT

En la Unidad primera del módulo, se afirmó: *“Las recomendaciones son instrumentos internacionales de trabajo adoptados por la conferencia sin la intención de generar obligaciones internacionales. Usualmente desarrollan los mismos temas que los convenios y establecen disposiciones que pueden orientar la política y la acción nacionales. Las recomendaciones se adoptan con el voto de dos tercios de los delegados presentes, quienes votan de manera individual y libre (artículos 19.1, 19.2 y 19.6 de la constitución de la OIT)”*⁷⁷.

Para efectos de esta unidad, se hace necesario distinguir nuevamente las diferentes clases de recomendaciones que expide la OIT, esto es, las emanadas de la Conferencia Internacional del Trabajo, que pueden ser de varios tipos: complementarias de convenios constituyéndose en guías de aplicación del convenio, pues precisan puntos generales de este último. Otras recomendaciones tienen esa naturaleza, por cuanto su contenido técnico, no permite que pueda convertirse en un convenio dado que las situaciones varían de país a país. De igual manera la Conferencia Internacional del Trabajo –CIT, puede decidir que un Convenio no adoptado, por no lograrse los votos necesarios para ello, se vote como Recomendación.

De otro lado existen otras recomendaciones, diferentes a las anteriores, que son las emanadas de los órganos de control, como el Consejo de Administración o el Comité de Libertad Sindical de la OIT, recomendaciones vinculantes, que hace relación a la buena fe con que deben aplicarse los convenios internacionales aprobados y ratificados en un país, frente a un caso particular, para efectos de ser aplicadas en sus distintas instancias administrativas o judiciales.

⁷⁷ HERNÁNDEZ PULIDO, Ricardo. Documento: Normas Internacionales del Trabajo: Constitución, Convenios y Recomendaciones, 2005, pág. 3.

3.1. CON BASE EN LO ANTERIOR SURGE LA PREGUNTA: **¿QUÉ FUERZA VINCULANTE TIENEN LAS RECOMENDACIONES?**

Si precisamos nuevamente las clases de recomendaciones, debe decirse que las recomendaciones emanadas de la CIT, de acuerdo a lo señalado en el artículo 19 numeral 6 de la Constitución de la OIT, son pautas políticas o guías de acción para los Estados miembros. Cuando la Conferencia Internacional de la OIT ha aprobado una recomendación, se tienen dos obligaciones: la primera; someterla a la autoridad competente del Estado miembro, para que se haga efectiva por medio de la legislación nacional u otro medio eficaz, y segundo, se tiene el deber de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre los avances al respecto.

Distinta es la fuerza vinculante de las recomendaciones emanadas de los órganos de control de la OIT o de otros organismos internacionales, como en el caso ilustrativo se observó. Este asunto que no ha tenido un tránsito pacífico por la jurisprudencia colombiana y que es el tema que pretende abordar en esta unidad, para efectos de que los jueces y juezas, magistrados y magistradas, lo profundicen.

Con base en lo expuesto, se iniciará esta temática, presentando un caso, que primeramente fue resuelto por la justicia ordinaria, posteriormente lo fue por los Jueces Constitucionales, a través de la acción de tutela, siendo revisado en último término por la Corte Constitucional, donde el problema jurídico se centró en los derechos amparados en una recomendación realizada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Análisis de la sentencia T-568 de 1999⁷⁸

Para efectos de analizar la obligatoriedad o no de las recomendaciones de la OIT, y por efectos pedagógicos, al igual que en la unidad anterior, la metodología será, a través de las preguntas que normalmente un funcionario o una funcionaria judicial haría frente al caso que se va a desarrollar, aclarando que el estudio del caso sólo se centrará en el tema de las recomendaciones en la instancia constitucional, dejando de lado las otras consideraciones que tuvo la Corte Constitucional para

⁷⁸ Corte Constitucional, T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

tutelar los derechos al trabajo, a la organización sindical, a la asociación, la huelga, y el debido proceso del Sindicato de las Empresas Varias de Medellín E.S.P.

En la sentencia T-658 de 1999 se resolvió la acción de tutela impetrada por el sindicato de Empresas Varias de Medellín E.S.P. contra el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Alcaldía Municipal de Medellín y las Empresas Varias de Medellín por una presunta violación de los derechos al trabajo, a la organización sindical, a la asociación, la huelga, y el debido proceso.

La síntesis de los hechos fue:

“A finales de 1992, el sindicato de las Empresas Varias Municipales de Medellín denunció la convención colectiva que regía las relaciones entre los empleados afiliados y la empresa. En enero de 1993 las partes iniciaron la etapa de arreglo directo y no se llegó a un acuerdo; por tanto, los trabajadores resolvieron declararse en asamblea permanente. A partir del día 16 de febrero y hasta el 22 de ese mismo mes dejaron de laborar, y sesionaron ininterrumpidamente.

El Representante Legal de las EEVMM solicitó al Ministerio de Trabajo constatar el cese de actividades, desde el primer día. Así lo hizo y, por medio de una actuación administrativa, ese despacho declaró ilegal la asamblea. Para justificar su decisión, invocó el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo que prohíbe la huelga en los servicios públicos, y el artículo 65 de la Ley 50 de 1990, que califica como ilegal la suspensión colectiva del trabajo en los servicios públicos”.

Según el sindicato, con esta actuación se vulneró su derecho al debido proceso, pues durante la visita y elaboración de lista de ausentes, por parte del Ministerio, no se les permitió a sus afiliados intervenir, ni se tuvo en cuenta si quienes no se encontraban en su puesto estaban en asamblea, si les correspondía un turno, o si estaban de vacaciones o incapacitados.

Como consecuencia de la declaración de ilegalidad del paro, 209 trabajadores, todos pertenecientes al sindicato⁷⁹, fueron despedidos. Entonces, la asociación sindical impugnó ante el Consejo de Estado la resolución, y algunos de los trabajadores iniciaron acciones ordinarias; en ninguno de los casos se decidió a su favor pues, sin excepción, los jueces confrontaron el caso con las citadas normas que prohíben la huelga en los servicios públicos, y por tanto, encontraron acertada la decisión del Ministerio.

⁷⁹ Entre los 209 empleados despedidos están incluidos todos los miembros de la Junta Directiva del Sindicato, los integrantes de la comisión de reclamos, los integrantes de la comisión negociadora, integrantes de las tres juntas directivas anteriores, y numerosos afiliados de base.

Por todo lo anterior, los demandantes en esta tutela interpusieron una queja ante la Oficina Internacional del Trabajo, invocando la protección que a su juicio les asiste, ya que Colombia ratificó varios Convenios de trabajo y sindicalización en donde ella fue consagrada. Pidieron entonces el amparo de su derecho a la libertad sindical, y denunciaron la injerencia indebida del Estado en las actividades de su organización, así como la violación del debido proceso.

Como resultado de esta actuación, el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en su Informe No. 309, lamentó que el Gobierno colombiano hubiera hecho caso omiso de la solicitud que se le había elevado de informar sobre el caso y⁸⁰, habiendo evaluado los hechos, consignó la siguiente recomendación:

“Recomendaciones del Comité

“En vista de las conclusiones que preceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las recomendaciones siguientes: el Comité urge al Gobierno a que tome todas las medidas necesarias para que se reintegre en sus puestos de trabajo a los dirigentes sindicales, sindicalistas y trabajadores que fueron despedidos por haber participado en una huelga en la empresa denominada Empresas Varias Municipales de Medellín y si ello no es posible, que se les indemnice de manera completa. Asimismo, el Comité pide al Gobierno que tome medidas para que en el futuro, la calificación de las huelgas sea realizada por un órgano independiente y no por la autoridad administrativa. El Comité pide al Gobierno que le mantenga informado de las medidas adoptadas en este sentido, y el Comité, al igual que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, pide al Gobierno que tome medidas para modificar las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que prohíben la huelga en una amplia gama de servicios que no pueden ser considerados esenciales en el sentido estricto del término (en particular artículos 430 y 450)”.

Los accionantes consideraron que tal recomendación era obligatoria para Colombia por virtud de la Constitución de la OIT (art. 19), de la ratificación de los convenios 87 y 98 y porque la Constitución Política de Colombia a través de sus artículos 39 (derecho de asociación sindical) 56 (derecho de huelga) 53

⁸⁰ “El Comité lamenta observar que en su respuesta el Gobierno no se refiere específicamente a los despidos ocurridos como consecuencia de la declaración de ilegalidad de la huelga, sino que se refiere a otros problemas (violaciones a ciertas disposiciones de la convención colectiva por parte del empleador, inclusive anteriores a los hechos alegados en el presente caso) que no han sido objeto de los alegatos. El Comité observa que el 10 de julio de 1997 la Oficina solicitó informaciones precisas al Gobierno sobre las cuestiones planteadas por la organización querellante, y que pese a ello, aún no se han recibido”. 309 Informe del Comité de Libertad Sindical, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, marzo de 1998, párr. 99.

(los Convenios Internacionales en materia de derecho al trabajo pertenecen a la legislación interna), y 93 (prevalencia de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia) así lo indican.

Las entidades accionadas señalaron, en síntesis que las recomendaciones no eran vinculantes pues el artículo 53 de la Carta Política, señala que son solo los convenios los que integran a la legislación nacional, más aún cuando la presente recomendación del Comité de Libertad Sindical era una invitación al Consejo de administración para aprobar las recomendaciones y no una orden directa a Colombia, además que el procedimiento se encontró ajustado a derecho y por ello, la declaración de ilegalidad de la huelga, en este servicio público esencial.

A partir de este primer resumen de la sentencia T-568 de 1999, la pregunta global a realizar es: **¿Las recomendaciones del Comité de libertad sindical de la OIT son de obligatorio cumplimiento, como lo pretende la organización sindical o no lo son, como lo pretenden los accionados?**

Este tema ha sido en Colombia, sin lugar a dudas, el tema jurídico laboral más álgido relativo a las normas internacionales del trabajo y por ello se dedicará un análisis completo, mostrando las posiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y de los doctrinantes, en aras de la formación jurídica de los servidores públicos de la rama judicial.

Para comprender a cabalidad el tema, es preciso resolver, primeramente:

3.2 ¿QUÉ ES EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL, CLS?

Para contestar este interrogante debemos afirmar que el **COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL (CLS)** es un organismo de control constituido por el Consejo de Administración de la OIT en 1951. Está compuesto por 9 personas, principales y suplentes, designadas por el mismo Consejo entre sus propios miembros. Su labor se desarrolla en grupos de 3 personas. Se reúne 3 veces al año en la oficina internacional del trabajo, a puerta cerrada.

Tiene como función principal examinar las quejas concernientes a la violación de los derechos sindicales, presentados por los gobiernos, las organizaciones de

empleados o trabajadores y pueden estar dirigidas contra gobiernos, empleados o sindicatos que obstruyan la actividad sindical, igualmente garantiza y promueve el derecho de asociación sindical.

3.2.1. ¿QUIÉN PUEDE INTERPONER UNA QUEJA ANTE EL CLS?

Un representante del Estado miembro, la organización patronal o la sindical y se dirige contra un Estado miembro en caso de que se considere que está incumpliendo un Convenio ratificado, sin que exista obligación de agotar las vías jurisdiccionales del país, como sí se requiere para acudir a la Comisión Internacional de Derechos Humanos.

3.2.2. ¿CÓMO SE TRAMITA UNA QUEJA ANTE ESE COMITÉ?

La OIT dispone de Manual de Procedimientos en Materia de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo que contiene el Procedimiento para el Examen de Quejas por Violaciones al Ejercicio de la Libertad Sindical.

El trámite de la queja es el siguiente: Recibida la queja, el Comité debe determinar si es una queja grave (urgente o no) o leve, si es la primera (si se está afectando la vida, la libertad, incluso la libertad de acción del sindicato en conjunto, etc.) debe correr traslado al Gobierno para que formule las observaciones que estime pertinentes y esta se transmite al querellante para que responda y además envíe toda la información complementaria, antes de iniciar contactos directos, se llama la atención al gobierno sobre la gravedad del asunto y se le pide responder con urgencia, por la prioridad que le ha dado el Comité.

Una vez examinada la queja, el CLS realiza un informe al Consejo de Administración con las conclusiones o recomendaciones, que pueden ser:

1. Que la queja no merece más investigación, porque los hechos no constituyen violaciones de los derechos sindicales (conclusión inhibitoria); 2) Se precisa más la información del gobierno y de los querellantes y se solicita tomar medidas para poner remedio a determinada situación y se informe sobre ello, mientras se continúa el análisis, esto es el Comité puede presentar unas recomendaciones preliminares con el objeto de proteger a los interesados, y el caso

queda en suspenso. (Informe provisional)⁸¹; 3) Se recomienda al Consejo de Administración indicar al gobierno demandado las irregularidades encontradas, e invitarlo a que tome los correctivos necesarios para remediar la situación y que se le informe sobre ellas periódicamente⁸²; 4) en algunos casos el comité de Libertad Sindical puede recomendar sea remitida la queja a la Comisión de Investigación y Conciliación en materia de libertad Sindical, para lo cual necesita la aprobación del Consejo de Administración.

Por último el Consejo de Administración aprueba el informe y ordena su publicación.

Es importante señalar que el procedimiento del Comité se aplica a todos los Estados miembros hayan o no ratificado los convenios sobre libertad sindical, pues las quejas y el procedimiento están fundados en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia y sobre los principios reconocidos de Libertad Sindical, que son de obligatorio cumplimiento para los países miembros.

Como lo señala la OIT⁸³: *“El comité se limita a hacer recomendaciones específicas dirigidas a resolver situaciones concretas en las cuales se ha detectado una violación de los principios de la libertad sindical por parte de los estados. El hecho de que el comité haya tomado decisiones similares con motivo de exámenes de casos análogos, ha permitido establecer principios que permiten mantener la unidad de criterios en sus conclusiones”*.

A raíz del caso en comento, el CLS en su reunión de marzo de 2002 adoptó unas decisiones en relación con el procedimiento; entre ellas se incluyó un párrafo en la carta por la que la Oficina Internacional transmite al gobierno la Queja, invitándolo a que se contacte con la organización nacional de empleadores para que obtenga el punto de vista de la empresa concernida. Este nuevo procedimiento

⁸¹ Igualmente se puede presentar frente a una queja de varios temas, que el comité tome una decisión sobre uno de ellos, dada la urgencia de su pronunciamiento, por ejemplo un despido, constituyendo un informe provisional, en la medida que no se ha terminado de analizar la queja completa, pero definitivo para el punto resuelto. Igualmente en la práctica pueden existir informes provisionales y no definitivos.

⁸² El caso de estudio fue clasificado por el Comité de Libertad Sindical como uno de los “graves y urgentes sobre los que el comité llama de manera particular la atención del Consejo de Administración”. 309 Informe del Comité de Libertad Sindical. Oficina Internacional del Trabajo, BOLETÍN OFICIAL. Vol. LXXXI, 1998, Serie B, núm. 1, pág. 2

⁸³ Las organizaciones de empleadores y los mecanismos de control de la OIT, Centro Internacional de formación, Turín, 2005, pág. 58.

surgió por la petición de que se respetara el debido proceso y el derecho de defensa de las empresas implicadas, “... De manera más concreta, esta nueva regla o práctica responde a situaciones insatisfactorias como la que se presentó en Colombia, país respecto del cual el comité examinó el caso sin haber recibido las observaciones del gobierno después de haber aplazado tres veces el examen del caso y pidió el reintegro de un número importante de trabajadores despedidos”⁸⁴.

3.2.3. ¿ENTONCES LAS RECOMENDACIONES SON O NO OBLIGATORIAS?

La Corte Constitucional, consideró con relación a la recomendación del CLS, lo siguiente:

(...)“La Corte Constitucional ha reiterado, siguiendo los lineamientos de la Carta de la OIT, que a diferencia de los Convenios, las Recomendaciones no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países”⁸⁵. (Subrayas fuera del texto).

Como se explicó atrás, los órganos de control también emiten recomendaciones y, en ocasiones son vinculantes. Es el caso, por ejemplo, de las que profiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “La Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella”⁸⁶; “...39. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria...”⁸⁷. Por último, “Todos los órganos de los Estados Partes tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, no pudiendo ésta establecer el modo de ejecutarlas a nivel interno (...) siendo por tanto el Estado (...) el que debe determinar la forma de cumplir con las mismas”⁸⁸.

⁸⁴ Ibídem, pág. 64. Se refiere este texto, al caso de Empresas Varias de Medellín.

⁸⁵ Sentencias C-562/92 M.P. Jaime Sanín Greiffestein, C-147/94 M.P. Jorge Arango Mejía, y C-468/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, supra 15, párr.23.

⁸⁷ CIDH, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención, supra 15, párr. 39.

⁸⁸ CIDH, Caso 11.430, México, 15 de octubre de 1996, párrafo 102. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996.

El caso que se estudia ahora corresponde al segundo tipo: es una recomendación emitida por un órgano de control de una Organización Internacional.

El sindicato de las EEVVM presentó una queja ante la Oficina Internacional del Trabajo. Luego de admitida, y al no encontrar respuestas serias por parte del gobierno colombiano,⁸⁹ el Comité invitó al Consejo de Administración a que aprobara las recomendaciones que se citaron al comienzo de esta providencia: que se reintegre a los trabajadores despedidos por haber participado en la huelga y, de no ser posible, que se les indemnice de manera completa; que en el futuro, la calificación del carácter de una huelga no se realice por parte de una autoridad administrativa, sino por un órgano independiente; por último, pide al Gobierno que modifique las disposiciones del CST que prohíben la huelga en varios servicios que no tienen el carácter de “esenciales”.

Como se enunció anteriormente, el Comité de Libertad Sindical es un órgano de control de la OIT; confronta las situaciones de hecho que se le presentan o las normas internas de los Estados, con las normas internacionales aplicables según los Tratados ratificados por los Estados involucrados (en este caso, la Constitución de la OIT y los Convenios sobre libertad sindical); luego, formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración,⁹⁰ ya que éste es el órgano que puede emitir recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la Organización. En este caso, el Consejo recibió el informe del Comité y sus recomendaciones, y encontró que el asunto no requería mayor investigación,⁹¹ ni modificó los textos que se le presentaron; antes bien, los asumió, los incorporó a las actas de la reunión, y los publicó como parte de su informe oficial de esa sesión a la comunidad de Estados miembros;⁹² por tanto, esta recomendación constituye una orden expresa vinculante para el gobierno colombiano. Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración (arts. 24 y ss).

Esta Sala encuentra entonces que la posición asumida por las entidades demandadas es contraria al ordenamiento jurídico colombiano —en el que se incluyeron los Convenios 87 y 98 de la OIT—, y a los compromisos asumidos por nuestro Estado en el plano internacional, por lo que debe insistir en resaltar que las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia

⁸⁹ 309 Informe del Comité de Libertad Sindical. Oficina Internacional del Trabajo, BOLETÍN OFICIAL. Vol. LXXXI, 1998, Serie B, núm. 1

⁹⁰ Cfr. Supra 29.

⁹¹ En algunas ocasiones, cuando es necesario aclarar los hechos o investigar el manejo de las normas internas de un Estado, se pasan los casos a las Comisiones de Encuesta que se crean para este efecto.

⁹² 309 Informe del Comité de Libertad Sindical. Oficina Internacional del Trabajo, BOLETÍN OFICIAL. Vol. LXXXI, 1998, Serie B, núm. 1

de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ese y los casos que sean similares.”

3.2.4. DE LO DICHO ¿ES EL CLS AUTÓNOMO EN SUS RECOMENDACIONES O REQUIERE QUE ESTAS VAYAN A OTROS ESTAMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN, PARA QUE SE ENTIENDAN COMO RECOMENDACIONES PROPIAMENTE DICHAS?

El Comité de Libertad Sindical no está facultado para proferir, de manera directa, recomendaciones vinculantes para los Estados miembros. Sus conclusiones y recomendaciones serán sometidas para adopción del Consejo de Administración.

*El Comité de Libertad Sindical, es una instancia previa a la Comisión de Investigación y Conciliación. “Sus recomendaciones están dirigidas al CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, a fin de que éste pueda decidir el rechazo de una queja, darle traslado a la Comisión para un examen más detenido o señalar a los gobiernos las anomalías encontradas y su posible solución, en relación con los derechos sindicales y su ejercicio dentro de un contexto necesario de respeto de los derechos humanos.”*⁹³

El Comité de Libertad Sindical de la OIT, en su Informe No. 309, lamentó que el Gobierno colombiano hubiera hecho caso omiso de la solicitud que se le había elevado de informar sobre la queja,⁹⁴ habiendo evaluado los hechos, consignó la recomendación, en la que se observa que se invitó al Consejo de Administración a que aprobara las recomendaciones de reintegrar “...a los trabajadores despedidos por

⁹³ Geraldo W. Von Potobsky y Héctor G. Bartolomei de la Cruz, op. cit. pp.142.

⁹⁴ “El Comité lamenta observar que en su respuesta el Gobierno no se refiere específicamente a los despidos ocurridos como consecuencia de la declaración de ilegalidad de la huelga, sino que se refiere a otros problemas (violaciones a ciertas disposiciones de la convención colectiva por parte del empleador, inclusive anteriores a los hechos alegados en el presente caso) que no han sido objeto de los alegatos. El Comité observa que el 10 de julio de 1997 la Oficina solicitó informaciones precisas al Gobierno sobre las cuestiones planteadas por la organización querellante, y que pese a ello, aún no se han recibido.” 309 Informe del Comité de Libertad Sindical, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, marzo de 1998, párr. 99.

haber participado en la huelga y, de no ser posible, que se les indemnice de manera completa; que en el futuro, la calificación del carácter de una huelga no se realice por parte de una autoridad administrativa, sino por un órgano independiente.”

De lo anterior se colige que la recomendación debe surtir el trámite correspondiente ante el Consejo de administración y ante la Conferencia. Pese a lo anterior la Corte Constitucional en la sala cuarta de revisión, compuesta por tres magistrados, le dio fuerza obligatoria a la recomendación, además de integrarla al bloque de constitucionalidad.

3.2.5. ¿FUE ESTA UNA POSICIÓN PACÍFICA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL?

La sentencia T-658 de 1999 fue impugnada por dos clases de irregularidades: a) *la Sala Cuarta de Revisión habría modificado la jurisprudencia de la Corte Constitucional sin acudir a la Sala Plena, que es la llamada a aprobar los cambios jurisprudenciales;* y b) *esa misma Sala habría incurrido en notoria y flagrante vulneración del debido proceso.*

Con relación al primero, al señalarse que no era indicado que una recomendación del Comité De Libertad Sindical integrara el Bloque de constitucionalidad, lo que contradecía todas las anteriores providencias que se habían referido al tema, dijo la Corte:

“... Es decir, el bloque de constitucionalidad se usó para los fines precisos que señala el artículo 93 de la Carta Política: para interpretar el alcance de los derechos consagrados en ella “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Y los Convenios 87 y 98 son parte de la legislación interna en cuanto fueron debidamente ratificados (C.P. art. 53), por lo que son normas aplicables en cuya interpretación deben los jueces atender el criterio de los órganos de la OIT que son sus intérpretes legítimos y autoridades competentes para vigilar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.”

Frente a lo señalado por el apoderado de Empresas Varias de Medellín, esto es, que la Corte, con anterioridad había dicho que las recomendaciones de la OIT no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los estados, dijo:

“...En las páginas 27 a 30 de la sentencia impugnada, se reitera la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre las Recomendaciones de la Conferencia General de la OIT, pero ciertamente se las diferencia de las recomendaciones de sus órganos de control, el Comité de

Libertad Sindical y el Consejo de Administración para el caso específico, que son los intérpretes legítimos de la Constitución de la OIT y de los Convenios aplicables a la queja que el sindicato actor presentó en contra de Colombia como Estado miembro y obligado por esas normas a acatar los resultados del trámite de las quejas. Es cierto que las recomendaciones del Comité citado, una vez acogidas por el Consejo de Administración, pueden ser impugnadas por el Estado miembro ante la Corte Internacional de Justicia (artículo 29 de la Constitución de la OIT), pero hasta donde consta, el Gobierno colombiano no hizo uso de esa atribución.

En conclusión, la sala plena a través del auto 078 de 1999⁹⁵, no accedió a la solicitud de nulidad de la sentencia de revisión.

Los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, salvaron el voto frente al auto, señalando, entre otras cosas, que con la sentencia se modifica la Constitución en su artículo 53, se trivializa la noción de bloque de constitucionalidad, al integrar a este las recomendaciones de organismos de control:

“(…)

Según la jurisprudencia constante de esta Corte sólo pertenecen al bloque de constitucionalidad las reglas del derecho internacional humanitario (C.P., art 214-2) y los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que cumplan los dos requisitos establecidos en el artículo 93 de la C.P., a saber: (1) que reconozcan los derechos humanos y (2) que prohíban su limitación en los estados de excepción. Aunque todo tratado sobre derechos humanos ratificado por Colombia, independientemente de incorporarse en el derecho interno, sirve como canon de interpretación de los derechos y deberes constitucionales, sólo aquellos que reúnen las dos condiciones indicadas, se integran además al bloque de constitucionalidad...”

A propósito de los convenios internacionales del trabajo, la propia Constitución se encarga de definir el rango normativo de que gozan sus disposiciones dentro del ordenamiento jurídico nacional: “Los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna” (C.P. art. 53). La Sala Cuarta ha decidido modificar esta norma constitucional atribuyendo a los convenios internacionales de trabajo el carácter de normas constitucionales, calificación que igualmente extiende a las recomendaciones que fluyen de los órganos de control de la O.I.T.

(…)

⁹⁵ Auto 078 del 9 de diciembre de 1999. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Una sala de revisión de tutelas excede su competencia jurisdiccional cuando se adentra en la órbita de la función constituyente. Si modificar la jurisprudencia de la Sala Plena apareja nulidad, lo será en mayor grado cuando lo que en últimas ha decidido la sala de revisión no es ni más ni menos que reformar la Constitución. Adicionalmente, junto a la trivialización de la noción de bloque de constitucionalidad - que se traduce en la existencia de una Constitución cuyo contenido y alcance se determinan de acuerdo con las exigencias y los deseos del intérprete de turno -, la expansión de la Constitución en este caso le restará flexibilidad y seguridad a un sector normativo específico y trasladará a la jurisdicción constitucional - en detrimento de la ordinaria - un enorme número de causas laborales, artificialmente transformadas en litigios constitucionales.

(...)

5. La Sala Cuarta equivocadamente atribuyó a la recomendación del Comité de Libertad Sindical, la condición de imperativo constitucional. A este error sumó una incorrecta interpretación del derecho internacional del trabajo. La Sala Cuarta no advirtió que la recomendación del Comité de Libertad Sindical se produjo como conclusión del procedimiento regulado por el artículo 24 de la Constitución de la O.I.T. - diferente del previsto en los artículos 26 y siguientes de la Constitución de la O.I.T., que contempla la designación de una comisión de encuesta y la eventual intervención de la Corte Internacional de Justicia -, el cual concluye con la publicación de la reclamación y, en su caso, de la respuesta recibida, según lo determine el Consejo de Administración (Constitución, art., 25). A este respecto, precisa Geraldo W. Von Potobsky en su obra “La Organización Internacional del Trabajo”:

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 8 de octubre de 1999, radicado 11731, M.P. Carlos Isaac Náder, manifestó su desacuerdo a la decisión proferida en la sentencia T-658 de 1999 y el auto 078A de 1999, pues contradicen, la misma constitución de la OIT y le da un valor a las recomendaciones del CLS que no tiene:

Dejando de lado cualquier discusión sobre el valor del trabajo como uno de los derechos humanos universalmente reconocidos, la Corte considera, en primer término, que los jueces y tribunales de la Réplica no pueden ser sustituidos por ningún órgano administrativo o de investigación de Organización Supranacional alguna, carente de capacidad para imponer obligaciones a uno de sus estados miembros, a la luz de las normas internacionales. Es el caso del Comité de Libertad Sindical, integrado por nueve personas designadas por el Consejo de Administración de la organización internacional del Trabajo (OIT), no por la Conferencia - su máxima autoridad -, y cuyas atribuciones tienen el carácter de una indagación preliminar, sumaria, informal y nunca judicial. Así, pues, las “invitaciones” y “recomendaciones” del

prenombrado Comité no sumen la naturaleza de regla vinculante, ni se pueden equiparar, de ningún modo, a orden proveniente de tribunal supranacional de justicia alguno, ni mucho menos se asimilan a un Convenio, éste sí verdadera fuente formal de derecho internacional de ineludible acatamiento en virtud del principio pacta sunt servanda. En cuanto a las “recomendaciones”, esto reza el literal d del numeral 6 del artículo 19 de la Constitución de la OIT:

“Salvo la obligación de someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, no recaerá sobre los miembros ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación, las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas”(subrayas de la Corte).

No es comparable, siquiera, el comité de Libertad Sindical de la OIT, con la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS que, aún siendo un organismo creado por la Convención Americana de julio de 1978 (Cap.VII, artículo 34) y elegido por la Asamblea General de ternas de candidatos postulados por los Estados miembros, tiene ésta reservada a la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, también creada en La Carta de 1978 e instituida en Tribunal Internacional de funciones judiciales, como bien se desprende del artículo 62, cuyo texto es del siguiente tenor:

“1 Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta convención.

- 3. La declaración puede ser hecho incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte -*
- 4. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.*

Por otra parte, según los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT y el reglamento sobre el Procedimiento de Discusión de Reclamaciones, adoptado por el Consejo de Administración en su 212 Reunión de marzo de 1980, si a raíz de una reclamación elevada contra un Estado de la membresía, luego de investigar el caso el Comité de Libertad Sindical hace una “invitación” que el Consejo de Administración acata, publica y recomienda, pero el gobierno bajo observación desatiende, entonces se da curso a la queja, instrucción realizada por el aludido consejo o por un Comité de Encuesta, iniciándose así la primera fase de un procedimiento propiamente formal, de doble instancia y con la intervención del Ministerio sub júdice. El resultado de la queja se informa a la autoridad involucrada, quien en un plazo de tres meses deberá comunicar si acata o no las medidas recomendadas por el Consejo y, de no aceptarse estas, si se somete a la CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, órgano de segunda instancia y cuya decisión es inapelable.”

El tratadista Carlos Ernesto Molina M.,⁹⁶ manifiesta que la Corte Constitucional, al reconocerle a las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, el carácter de integrantes del Bloque de Constitucionalidad incurre en varios desaciertos:

El primero es que las recomendaciones del Consejo de Administración, incluidas las del Comité de Libertad Sindical, no son jurídicamente vinculantes, al tenor de lo previsto en los artículos 23 y 24 de la Constitución de la OIT. El segundo, es que el artículo 37 de la constitución de la OIT atribuye solo a la Corte Internacional de Justicia, resolver las cuestiones relativas a la interpretación de convenios, para el caso de que un Estado no ejecute luego de un plazo prudencial, una recomendación definitiva del Comité de Libertad Sindical, aprobada por el Consejo de Administración, este último puede solicitarle a la Conferencia de la OIT, que se someta el caso a la Corte Constitucional. El tercer desacierto es que no es equiparable las recomendaciones de un organismo de control como el Comité de Libertad Sindical de la OIT con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA⁹⁷, porque esta última es un organismo de rango constitucional y principal

⁹⁶ MOLINA, Carlos Ernesto. Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano. Bogotá, Editorial Temis, 2005, págs. 221 a 223.

⁹⁷ Ibídem, pág. 222, el tratadista no comparte la tesis de que las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tengan fuerza vinculante frente al Estado, aunque en gracia de discusión lo acepta para desarrollar el caso.

y el CLS no lo es. El cuarto desacierto, es desconocer los preceptos de la misma OIT que “... otorga poder vinculante únicamente a sus convenios ratificados y entrados en vigor objetivo y subjetivo, sino también en contra de la doctrina del propio Comité de Libertad Sindical, que niega tal poder a esos sus propios actos.”

El Dr. Rodrigo Uprimny, en su texto “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”⁹⁸, refiriéndose al bloque de constitucionalidad, manifiesta que la diferenciación entre el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato fue un avance sustancial, pero señala que “...durante algún tiempo subsistieron aún ciertas confusiones, que pueden tener efectos prácticos negativos. Por ejemplo, creo que la sentencia T-568 de 1999 tuvo razón en señalar que la recomendación del Comité de Libertad Sindical tenía una gran importancia para resolver ese caso; era pues una norma singular constitucionalmente relevante. Pero me parece inadecuado indicar que esa resolución hace parte del bloque de constitucionalidad, ya que esa recomendación sólo tenía trascendencia en ese asunto específico, mientras que la expresión “bloque de constitucionalidad” debe reservarse para hacer referencia a pautas normativas más generales y estables. Esto explica que la Corte, en decisiones ulteriores, aunque reconoce fuerza jurídica a las recomendaciones y decisiones concretas de los organismos internacionales, se abstiene de señalar que hacen parte del bloque de constitucionalidad, lo cual ha consolidado el significado de la figura.”

Pese a estas otras posturas, la Corte Constitucional ha reiterado la tesis de que las recomendaciones tienen fuerza obligatoria para Colombia, entre otras:

La sentencia **T-1211 de 2000**, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en el caso RODRIGO ANTONIO ALVAREZ VS. AEROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA “AVIANCA”, relativo al reclamo de cuotas sindicales.

La sentencia **T-603 de 2003**, M.P. Jaime Araújo Rentería, resuelve la Acción de tutela interpuesta por el Presidente de la Asociación Sindical de Empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (ASEINPEC) - Seccional Medellín y otros contra el INPEC, cuya exigencia primordial es que el país no ha cumplido la recomendación entregada por el Comité de Libertad Sindical de que se reintegre a los accionados, como se observa en el informe 328 de 2001:

⁹⁸ Rodrigo Uprimny, Documento. “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal” 2005. Profesor Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y Director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. DJS.

“Con fundamento en las conclusiones obtenidas, después del análisis del caso, el Comité invita al Consejo de Administración de la OIT a que apruebe, entre otras, la siguiente recomendación al Gobierno Colombiano:

k) en lo que respecta al despido del Sr. Juan de la Rosa Grimaldos y otros dirigentes de la seccional Medellín alegado por ASEINPEC, el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias con miras al reintegro de los mismos en sus puestos de trabajo con el pago de los salarios caídos”.

Al respecto la Corte señaló, reiterando la misma posición de la sentencia C-568 de 1999:

“las recomendaciones de los órganos de control —como las emitidas por el Comité de Libertad Sindical en el caso objeto de estudio por la Corte Constitucional en la sentencia citada— no son meras directrices, guías o lineamientos que debe seguir el Estado colombiano, sino que ellas constituyen una orden expresa vinculante para el Estado y cada uno de sus órganos. . .

Esta obligación surge de los compromisos adquiridos por el Estado colombiano en el ámbito internacional.

y agrega más adelante que: “...En el orden interno el único medio judicial para lograr el cumplimiento de las recomendaciones de los órganos de control que protegen derechos fundamentales es la acción de tutela”.

En el caso concreto se expresó: “5.1 La Corte no comparte la posición esgrimida por el INPEC, puesto que representa un desconocimiento de la jurisprudencia de esta Corporación (T-568/1999), que en un caso similar al presente expresó que esas recomendaciones tenían carácter vinculante para el Estado colombiano y que, por ende, no podía desprenderse de su observancia. Así que sustraerse de su cumplimiento implica la violación de los derechos fundamentales aquí alegados, además de desconocer la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que al fijar los alcances de los derechos fundamentales adquiere el carácter de vinculante.

5.2 En ese orden, la Corte Constitucional consideró que cuando plasma la interpretación de normas constitucionales sobre derechos fundamentales, definiendo su alcance y sentido, indicando cómo se las debe entender y aplicar, comporta la creación de doctrina constitucional vinculante para los jueces, en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas⁹⁹.

⁹⁹ Cfr. Sentencia T-175 del 8 de abril de 1997 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

La sentencia **T-732 de 2004**, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la sentencia que decide de varios trabajadores de la EDIS que solicitaban el reintegro o la indemnización, después de que dicha empresa fue suprimida, una vez analizada la recomendación realizada por el CLS, se abstuvo de pronunciarse sobre la obligatoriedad de esta, por cuanto de la recomendación no se podía señalar que existiera una obligación de reintegrar a los demandantes, lo que implica mantener la línea jurisprudencial al respecto, pero sí hacer efectivo el reintegro.

En la sentencia **T-979 de 2004**, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se mantiene la línea jurisprudencial a la decisión de la sentencia T-568 de 1999, al señalar que las recomendaciones provisionales proferidas por el Comité de Libertad Sindical no tienen poder vinculante para el Estado, reconociéndolo solo para las recomendaciones definitivas que hayan sido adoptadas por el Consejo de Administración, enunciando para sustentar su decisión la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia el 8 de octubre de 1999.

Antes de concluir el tema, es preciso diferenciar las recomendaciones de los órganos de control para casos específicos como los acá mencionados, de la clase de recomendaciones aprobadas por la Conferencia Internacional y que son complemento obligado y guías de convenios, como por ejemplo, la relativa al convenio 135 de 1971 relativo a *“la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa”* (tratado no ratificado por Colombia) y la recomendación N° 143 de 1971.

En la sentencia **T-285 de 2006** que resolvió la acción de tutela instaurada por Luis Fernando Valencia Taborda y otra contra el Banco Cafetero BANCAFÉ S.A. en Liquidación y otros, se dice:

“La Carta Política y el Código Sustantivo del Trabajo acogen, entonces, la Recomendación 143 de la OIT *“sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa”*, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo y congregada en dicha ciudad, el 2 de junio de 1971, en su quincuagésima sexta reunión.

Prevé la Recomendación a que se hace mención, entre otros aspectos relacionados con la protección a los representantes de los trabajadores, que estos deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarles, incluido el despido por razón de su condición, de su gestión y de su participación

en la actividad sindical, “siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor” y que dicha protección debería contar con medidas específicas como las siguientes:...”

Obsérvese cómo esta recomendación surte un trámite distinto¹⁰⁰:

“Efectivamente, dispone la disposición en cita que una vez determinado por la Conferencia General de la Organización que una cuestión del orden del día adopta la forma de Recomendación, surgen para los Estados Parte las obligaciones de someter el instrumento a las autoridades competentes, para que estas adopten las medidas necesarias para ajustarse a la recomendación y de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre “el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación, y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas.”

3.2.6. CONCLUSIONES SOBRE LAS RECOMENDACIONES

La Corte Constitucional desde la Sentencia C-568 de 1999 ha mantenido incólume la decisión de que las recomendaciones definitivas, proferidas por la Comisión de Libertad Sindical que hayan sido adoptadas por el Consejo de Administración son de obligatorio cumplimiento para el Estado.

Si bien la OIT en varios de sus pronunciamientos menciona que las recomendaciones de la CIT son guías políticas o técnicas que deben seguir los países miembros, el tipo de recomendación objeto de análisis y controversia, es sobre las recomendaciones de los organismos de control, que tienen un matiz distinto, además de tener influencia sobre los Estados y sus distintas instancias, administrativas o judiciales, como lo advierten algunos tratadistas, es similar a la de los convenios no ratificados por el país. Esta influencia por tanto no es una mera opinión, sino que implica el deber de informar sobre el avance de las mismas al interior de la legislación.

¹⁰⁰ Sobre el carácter no vinculante de las Recomendaciones adoptadas por la Conferencia General de la Confederación Internacional del Trabajo, entre otras, se pueden consultar las Sentencias C-562 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffestein, C-147 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía y C-468 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

Es un hecho además que las obligaciones igualmente encarnan un deber moral de cumplimiento por parte de Colombia, que es un Estado miembro de la OIT.

Igualmente aunque las sentencias a que nos hemos referido son sentencias “T”, que tiene obligatoriedad interpartes¹⁰¹, en la sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo¹⁰², la Corte fue clara en señalar que: “... las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en la que precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si estos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”.

Por lo anterior, en caso de existir un proceso judicial y una queja ante el CLS, se espera que el funcionario o la funcionaria judicial, tome en cuenta lo dicho por este último, para que se produzca un proceso más confiable, sin que ello quiera decir que indefectiblemente se deba acoger la recomendación, pues el proceso judicial al ser más acucioso y gozar del principio de la inmediación, podrá presentar un resultado distinto de acuerdo al acervo probatorio más rico en contenido, pero en todo caso se deberá argumentar, el porqué se acoge o no la recomendación, como un elemento necesario para preservar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes.

Sirva pues este capítulo a los jueces y juezas, los magistrados y magistradas para formar un criterio jurídico sobre este importante aspecto, desde la perspectiva de la OIT, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y algunos doctrinantes expertos en la materia.

¹⁰¹ Artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

¹⁰² Véase, al respecto el análisis constitucional en el módulo de “interpretación constitucional” emitido por la Escuela Judicial y el Consejo Superior de la Judicatura.

Ap

1. Realice una línea jurisprudencial con las providencias que se refieren a las recomendaciones internacionales.
2. ¿Existen diferencias entre las recomendaciones de la CIT y las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT?
3. ¿Existen diferencias entre las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Libertad Sindical?
4. ¿Por qué la Corte Constitucional considera obligatorias las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT?
5. ¿Cuáles son las razones en contra esgrimidas por los detractores de la posición por la Corte Constitucional?

Ae

Fueron desvinculados 155 trabajadores oficiales pertenecientes a la Secretaría de Obras Públicas de un municipio. Para fundamentar el despido del grupo de trabajadores se arguyó que ordenó por parte del Municipio disolver y liquidar dicha dependencia Municipal, por ello se accionó por parte de algunos trabajadores argumentando que no está prevista la supresión del empleo dentro de las causales de terminación del contrato de trabajo contempladas en la ley para los trabajadores oficiales. Agrega que se incurrió en un despido colectivo, y que al pretermirse el trámite previsto en la cláusula 3ª de la 24ª Convención Colectiva de Trabajo en la que se comprometía el municipio a garantizar la estabilidad laboral y al no existir justa causa, se debe reintegrar a los trabajadores.

Agotado el proceso judicial interno en Colombia, la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) interpuso queja contra el Estado colombiano ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT. En ella solicitaba que se condenara al Estado por la violación al derecho de asociación sindical, contratación colectiva, desconocimiento de las garantías del fuero sindical y se ordenara al gobierno nacional a reparar los daños y perjuicios ocasionados a los trabajadores despedidos del Municipio.

La queja fue recibida por la OIT, formulando el Comité de Libertad Sindical las siguientes recomendaciones al Consejo de Administración:

“En vista de las conclusiones provisionales que preceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las recomendaciones siguientes:

- a) en lo que respecta a la reestructuración que dio lugar al despido de trabajadores oficiales en el municipio..., el Comité pide al Gobierno que vele por la aplicación de la circular núm. 02 del Presidente de la República para que efectivamente se realicen consultas con las organizaciones sindicales sobre las consecuencias de la reestructuración y las condiciones de trabajo.*
- b) en lo que respecta al alegado incumplimiento de la convención colectiva en el municipio de Neiva, el Comité pide al gobierno que tome las medidas necesarias para que se haga efectivo el reintegro de los 155 trabajadores despedidos en la administración pública en cuestión y sin pérdida de salarios. Si esto no fuera posible en la práctica, dado el largo lapso de tiempo transcurrido desde el despido, el Comité pide al Gobierno que emprenda iniciativas para que los trabajadores reciban sin demora indemnización completa.”*

Posteriormente el comité se vuelve a pronunciar frente al incumplimiento del Estado:

- “a) el Comité reitera su recomendación anterior y solicita al gobierno que haga lo necesario para que las autoridades del municipio... indemnicen a todos los trabajadores despedidos en violación de la convención colectiva”.*

Un año después nuevamente el CLS señaló:

En cuanto a los trabajadores despedidos en el Municipio de Neiva en violación de la convención colectiva el Comité reitera una vez más al gobierno su recomendación anterior, le pide que haga lo necesario para que las autoridades del municipio de Neiva indemnicen a todos los trabajadores despedidos en violación de la convención colectiva y que lo mantenga informado de las audiencias de concertación que se realicen a estos fines.

Como el Estado no ha cumplido con las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, se inicia una acción de tutela, en búsqueda de la protección del derecho de asociación sindical y el debido proceso.

Preguntas

- 1. ¿Se trata de recomendaciones provisionales o definitivas?
- 2. ¿Se trata de recomendaciones diferentes o es una reiteración de la primera?

UNIDAD 3

3. ¿Tienen carácter vinculante las 3 recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical?
4. ¿Se vulneraron los derechos invocados de los trabajadores al no hacerse efectiva la recomendación presentada por el Comité de Libertad Sindical?

UNIDAD 4

APLICACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES POR LOS JUECES DE COLOMBIA



- Capacitar a los funcionarios y funcionarias judiciales sobre las formas de aplicar las normas internacionales del trabajo en los procesos judiciales.



Con el presente capítulo se pretende:

- Identificar las diferentes maneras de aplicar las normas internacionales del trabajo al caso específico.
- Enseñar con ejemplos concretos, como las Altas Cortes o los Tribunales del Distrito han aplicado las NIT en Colombia.
- Concientizar a los funcionarios y funcionarias judiciales, de la necesidad de revisar y aplicar los tratados o convenios a los casos objeto de decisión.

Lectura Ilustrativa

OBSERVACIÓN GENERAL N° 9:

“LA APLICACIÓN INTERNA DEL PACTO”¹⁰³

B. La situación del Pacto en el ordenamiento jurídico interno.

4. En general las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico interno de cada Estado Parte, permitiendo así a los interesados reclamar la protección de sus derechos ante

¹⁰³ Comité de los derechos económicos, observación general N° 9, que se refiere al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- PIDESC, complementario del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

los jueces y tribunales nacionales. El artículo en que se requiere que se agoten los recursos internos refuerza la primacía de los recursos nacionales a este respecto. La existencia y el desarrollo de los procedimientos internacionales para atender las reclamaciones individuales es importante, pero en última instancia, tales procedimientos sólo vienen a complementar los recursos nacionales efectivos.

5. ... Si bien corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del pacto en la legislación nacional, los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado Parte. Los medios elegidos están sometidos también a consideración dentro del examen por el comité del cumplimiento del Estado Parte de las obligaciones que le impone el Pacto.

D. El trato del Pacto en los tribunales internos.

(...) 13. Sobre la base de la información disponible, está claro que las prácticas de los Estados son diversas. El Comité observa que algunos tribunales han aplicado disposiciones del Pacto directamente o como criterio de interpretación. Otros tribunales están dispuestos a reconocer, en principio, la trascendencia del Pacto para la interpretación de la legislación interna, pero en la práctica la incidencia de sus disposiciones en los razonamientos de los tribunales o las sentencias es muy limitada. Otros tribunales se han negado a reconocer ningún tipo de efecto legal al Pacto cuando los interesados han querido remitirse a él. En la mayoría de los países, los tribunales todavía están lejos de recurrir suficientemente a las disposiciones del Pacto.

14. Dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos.”

Reflexión

A partir de la lectura anterior, en la cual aún para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se exige que los jueces y tribunales revisen los casos judiciales internos, a la luz de la normatividad internacional ratificada por Colombia, responda:

1. ¿Qué importancia tiene un tratado, convenio o pacto en los ordenamientos jurídicos internos?

2. ¿Se debe anunciar en los fundamentos de derecho de la demanda o en la respuesta a la misma, la normatividad internacional, para ser tenida en cuenta por el Juez al momento de fallar?
3. ¿De qué manera pueden utilizar los jueces y juezas la norma internacional, al decidir un caso judicial?
4. ¿Qué haría usted, si se encuentra ante la interpretación de una norma de la legislación interna que está en contradicción con las normas de un convenio ratificado por el país?
5. ¿Se podrá decir que existió vía de hecho, al no aplicar a un caso específico, una norma de un convenio ratificado por Colombia que lo favorecería?

4.1. ¿DE QUÉ MANERA SE PUEDEN UTILIZAR LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO EN LA JURISDICCIÓN COLOMBIANA?¹⁰⁴

Los jueces pueden utilizar las NIT en los procesos objeto de su conocimiento, de las siguientes formas:

4.1.1. APLICACIÓN DIRECTA DE UNA DISPOSICIÓN INTERNACIONAL PARA RESOLVER UN LITIGIO

Surge en aplicación de la teoría monista, que es aquella que considera que con la sola aprobación del convenio o tratado internacional, se incorpora automáticamente al derecho interno, sin que para su aplicación deba posteriormente desarrollarse una ley, como se señala en la sentencia C-401 de 2005 de la Corte Constitucional, entonces los funcionarios o funcionarias judiciales, frente a un proceso judicial pueden aplicar la disposición internacional directamente y resolver el conflicto con base en ella, dado que como mínimo el convenio tiene el mismo valor que una norma legal o como se vio tiene el mismo valor que una norma supralegal, como la constitucional.

¹⁰⁴ Para profundizar en este tema existe un “manual de capacitación para jueces del centro de formación de la OIT”, que en breve tiempo estará traducido al español, por ello se remite al lector interesado a tan importante documento para la formación del juez.

En este tipo de aplicación es claro que la norma internacional, debe tener el carácter de autoejecutiva (self-executing), esto es, que reconozca un principio o derecho claro y preciso para que pueda utilizarse como fuente directa en la resolución del conflicto. Ejemplo de esto es el artículo 4° del Convenio 169 relativo a la autonomía de los pueblos indígenas.

Es importante señalar que al interpretar un convenio o tratado, deben tenerse en cuenta las reglas de interpretación específicas previstas en la Convención de Viena, artículo 31 a 33, para evitar hacerle decir a un tratado lo que no quiso decir.

El doctrinante Xavier Beaudonnet¹⁰⁵, considera que a su vez esta aplicación directa se puede subdividir en varios grupos:

A. APLICACIÓN DIRECTA DE UNA DISPOSICIÓN
INTERNACIONAL PARA RESOLVER UN LITIGIO:

Frente a un vacío legal que permita resolver un litigio, se debe aplicar la norma del convenio o tratado, ratificado por Colombia. En la sentencia SU-995 de 1999¹⁰⁶, la Corte Constitucional concedió el amparo solicitado por numerosos docentes de un municipio que reclamaban el pago de sus salarios y prestaciones sociales, en esta ocasión, se recurrió al convenio 85 de la OIT para interpretar el contenido del vocablo salario.

B. LA APLICACIÓN DIRECTA DEL DERECHO
INTERNACIONAL DEL TRABAJO
PARA DESCARTAR UNA DISPOSICIÓN
DEL DERECHO NACIONAL MENOS FAVORABLE
PARA LOS TRABAJADORES:

Se utiliza la norma internacional, a pesar de existir norma legal interna vigente, porque la primera disposición es más favorable, lo que estaría en perfecta concordancia con el artículo 53 de la C.P. que trata de los derechos mínimos de los trabajadores entre ellos la aplicación del principio de la favorabilidad.

¹⁰⁵ Xavier Beaudonnet, La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales en Revista *Derecho del Trabajo*, Ediciones La Ley, Buenos Aires, julio de 2006.

¹⁰⁶ SU-995 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

C. PARA INVALIDAR UNA DISPOSICIÓN INTERNA
POR SER CONTRARIA
AL DERECHO INTERNACIONAL:

Se puede declarar inconstitucional una disposición interna o una actuación administrativa contraria al contenido del tratado. En los tratados internacionales que tienen un valor superior a las leyes nacionales, es decir, aquellos que forman parte en Colombia del bloque de constitucionalidad, pueden los jueces y juezas inaplicar o ejercer la excepción de inconstitucionalidad de una ley o reglamento, que contradiga un convenio internacional ratificado y que es más beneficioso para la solución de un conflicto. En Colombia, la Corte Constitucional a través de las sentencias C-385 de 2001 y C-311 de 2007, se declaró inexecutable algunos incisos de los artículos 388 y 422 del CST, que limitaba el acceso de los trabajadores extranjeros a los puestos directivos de los sindicatos y que les impedía ser mayoría. Para ello, el Tribunal se basó principalmente en la vulneración de los artículos 2 y 3 del Convenio núm. 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación que reconoce a los sindicatos, entre otros, el derecho de elegir libremente a sus representantes.

D. COMO GUÍA DE INTERPRETACIÓN
DEL DERECHO INTERNO:

Los jueces pueden utilizar las disposiciones del derecho internacional para precisar el significado y alcance de disposiciones internas imprecisas o no definidas, donde existan ambigüedades o para determinar la constitucionalidad de una disposición interna.

Se incluye aquí los convenios no ratificados, dado que son fuentes valiosas de interpretación

E. COMO FUENTE DE INSPIRACIÓN
PARA EL RECONOCIMIENTO
DE UN PRINCIPIO JURISPRUDENCIAL:

En Colombia, los jueces y juezas tienen un poder de aplicación de las disposiciones internacionales, por ello pueden decidir desarrollar jurisprudencia inspirándose en el contenido del derecho internacional contribuyendo de manera indirecta a la resolución del litigio en la medida en que, formalmente, la decisión del tribunal se basa en el principio jurisprudencial por él establecido,

sin que importe en un momento dado, el carácter self-executing o que haya sido ratificado el convenio o tratado por el país. En el caso de laguna de la legislación nacional, los jueces y juezas pueden llenarlas con el reconocimiento de principios jurisprudenciales o aplicarlas como principios generales del derecho.

F. PARA REFORZAR UNA DECISIÓN BASADA EN EL DERECHO INTERNO:

Sobre este capítulo, hay que aclarar que cuando se señalan instrumentos de carácter internacional, se trata de convenios, pactos o tratados, ratificados o no, instrumentos no sometidos a ratificación y la jurisprudencia internacional.

4.2. APLICACIÓN DE LA NIT COMO CRITERIO AUXILIAR

El artículo 19 del CST, señala que cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican entre otros los convenios y recomendaciones adoptados por la OIT.

La Corte Constitucional precisó a través de la Sentencia C- 401 de 2005, que los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, entran a nuestro ordenamiento vía bloque de legalidad o vía bloque de constitucionalidad y por ende son fuente principal y directa de derechos, condicionándose la exequibilidad de la expresión “convenios” del artículo 19 del CST, entendiéndose como criterio auxiliar, a que “(i) *no exista convenio aplicable directamente, como fuente principal o prevalente, al caso controvertido, y (ii) el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia.*

4.3. APLICACIÓN PRÁCTICA EN COLOMBIA

En nuestro país se han aplicado las normas internacionales bajo las anteriores modalidades por parte de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, a través de sentencias de casación, de homologación, de consulta, sentencias de nulidad de un acto administrativo, sentencias de revisión de acciones de tutela y sentencias de constitucionalidad¹⁰⁷. En menor cantidad se

¹⁰⁷ GNECCO, Gustavo José. Conferencia: La utilización de los convenios internacionales sobre libertad sindical en Colombia, Bogotá, junio 23 a 27 de 2008.

aplican los convenios, tratados y recomendaciones en providencias de los Tribunales y los jueces de la República.

Ejemplo ilustrativo son las siguientes sentencias:

En la sentencia que decide un recurso de homologación, radicación 7487, se utilizó el convenio 87 para “reforzar una norma interna”. El tema a desarrollar fue la remuneración de permisos para los trabajadores negociadores del pliego de peticiones, por la nulidad de un artículo del laudo que concedió permisos remunerados, a la comisión negociadora del sindicato durante los días en que se programen reuniones en la etapa de arreglo directo. La decisión de la Corte Suprema de Justicia se basó en que la concesión de esos permisos es inherente al derecho de negociación colectiva, consagrado en el artículo 55 de la Constitución, derecho que estaba relacionado con el artículo 4° del Convenio 98 de la OIT y que esos permisos perderían eficacia si no fueren remunerados, comportando un desmejoramiento de las condiciones laborales, por cuanto sería un serio obstáculo en el derecho de contratación colectiva.¹⁰⁸

En la sentencia C- 381/00, la Corte Constitucional analizó la demanda de inconstitucionalidad parcial contra los artículos 3° y 6° del decreto 204 de 1957, que sustituyeron los artículos 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo, y entre otros aspectos, estudió el plazo de prescripción de la acción del empleador para levantar fuero sindical. Allí se utilizó para resolver este problema jurídico, la norma internacional como una “guía para la interpretación del derecho interno, ante vacío normativo”. La Alta Corte señaló en su decisión que un término de 3 años o 2 meses no se compadecía con la celeridad que requería la solución y que por ello, debía utilizarse el bloque de constitucionalidad, específicamente el Convenio 98 de la OIT señalando que los trabajadores debían gozar de adecuada protección contra todo acto que tienda a menoscabar la libertad sindical y utiliza una interpretación acorde con la naturaleza de la figura y cercana a la protección del fuero, dejando como conclusión en este preciso aspecto: “El empleador cuando decida interponer la acción de levantamiento del fuero sindical, deberá hacerlo inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador.”

¹⁰⁸ *Ibíd*,

En el radicado 7.773 del 7 de noviembre de 1995, la Corte Suprema de Justicia, resuelve un caso de solicitud de reintegro de unos trabajadores que fueron despedidos por autorización conferida por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, por medio de las cuales se autorizó a Sofasa Renault a despedir hasta 169 trabajadores, lo cual según los demandantes no se puede considerar como una justa causa de despido, por no estar en firme la decisión. Allí se utilizó para resolver este problema jurídico, la norma internacional como “criterio auxiliar complementario para ratificar la decisión”, dado que el convenio 158 no ha sido ratificado por Colombia (ver anexo). Así se pronunció:

“La Recomendación 166 de la O.I.T. y el Convenio 158, ambos sobre la “Terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador”, prevén la consulta a los representantes de los trabajadores o a los trabajadores interesados para que estos puedan participar eficazmente en estos trámites de terminación de la relación laboral por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, una vez conocida la solicitud, los motivos de la terminación prevista, el número y categoría de los trabajadores que pueden llegar a ser afectados, y el período en que podrían llevarse a cabo dichas terminaciones, con el fin de tratar de evitarlas o bien limitar o atenuar las consecuencias adversas que se puedan producir tanto a la empresa como a los trabajadores.

En conclusión no casó la sentencia por cuanto el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, el procedimiento a seguir frente al permiso gubernamental no consiste en una notificación, sino que se contrae a “comunicar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores de tal solicitud”.



- ¿Cuáles modalidades de aplicación de las NIT en la jurisdicción nacional existen?
- Realice un mapa conceptual sobre las anteriores, determinando cuáles serían directamente aplicables por los jueces y juezas.
- ¿Cómo se puede determinar que una norma es autoejecutiva?
- ¿Cómo se puede determinar que una norma sea de carácter programático?
- ¿En qué casos se pueden aplicar las NIT como criterio auxiliar o supletorio (art. 19 del CST)?

Ae

- Para efectos de que usted identifique las diferentes maneras de aplicar las normas internacionales del trabajo a un caso específico, se proponen los siguientes ejercicios:

- a. El Sr. Arturo Buendía, trabajador sindicalizado, prestó sus servicios a la demandada desde el 1° de septiembre de 1982 hasta el 14 de septiembre de 1999, día en que fue despedido, esto es más de diez años de servicio, por cuanto participó en un paro ilegal en el año 2004. Que para la época en que se produjo su despido ya la Corte Constitucional había revisado el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, sentencia C-251 de 1997 y de la Ley No. 319 del 20 de septiembre de 1996, que lo aprobó, cuyo artículo 7° consagra la cláusula de estabilidad en el empleo, que reza:

“Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a..., b..., c...

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

e. ..., f. ..., g..., h...”

Igualmente pone de presente el artículo 1° del Pacto, que dice:

Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr

progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Que por lo anterior pretende se dé aplicación inmediata al artículo 7°, concediendo el reintegro, pues forma parte de la normatividad nacional.

Se pregunta:

1. Con base en la normatividad del Código Sustantivo del Trabajo, ¿se debe dar indefectiblemente el reintegro? ¿Qué casos se contemplan en las normas nacionales?
 2. ¿El artículo 7° del Protocolo de San Salvador, es una norma autoejecutiva?
 3. Sea que fuere una norma self-executing o no, ¿se puede aplicar directamente esta norma internacional al caso planteado?
 4. Si fuese a negar la pretensión, ¿qué argumentos expondría en la parte considerativa de la sentencia?
- b. En la decisión del recurso de anulación contra el laudo del tribunal de arbitramento, radicado 23556 del treinta y uno (31) de marzo de dos mil cuatro (2004), la Corte Suprema de Justicia entre otras importantes decisiones señaló:

Ya se mencionó que los recurrentes acusan al laudo de haber desconocido derechos de orden superior y otros consagrados en la ley o en convenios internacionales ratificados por Colombia, específicamente en este último caso los Convenios 87, 98 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, 1949 y 1958, en su orden. Pero como también se vio no se ocupan de precisar qué preceptos fueron los presuntamente violados, de qué forma y cuáles son las disposiciones del laudo que en particular chocan con ellos, quedándose los recursos huérfanos de argumentos y en el plano de las meras alegaciones. Mas, sin embargo, es del caso señalar que de conformidad con lo hasta ahora expuesto debe concluirse que el laudo no afectó derechos o facultades de las partes reconocidos por la Constitución, por la ley o por normas convencionales vigentes que no hubieran sido materia de denuncia por las partes en conflicto, ni, con la salvedad anotada en el anterior capítulo, se extralimitó el Tribunal de arbitramento en el objeto para el cual se le convocó, y se sustentó debidamente señalando las razones de “equidad” que le orientaron que, dentro del espíritu de coordinación económica y equilibrio social que se busca en las relaciones de trabajo, corresponden a este tipo de decisiones.

Según lo ya precisado en cada uno de los puntos resueltos, el laudo arbitral no tuvo por objeto directo o indirecto menoscabar el derecho de asociación sindical, ni las libertades sindicales consagradas en el primero de los convenios citados, pues, en modo alguno, se afectó el cuerpo de los organismos sindicales en conflicto; ni los principios de sindicalización y negociación colectiva, dado que ni las disposiciones del laudo tendieron a discriminar el ejercicio de esos derechos, ni mucho menos a intervenir en actos propios de la constitución, funcionamiento o administración de los entes sociales aludidos. Tampoco consagró distinción, exclusión o preferencia por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, origen social, o cualquiera otro factor que busque atentar contra el derecho de igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación de quienes actualmente están vinculados a la empresa o de aquellos que hipotéticamente lo hicieron en el futuro”.

Se pregunta:

1. ¿El Alto Tribunal puede no pronunciarse sobre los convenios citados, pese a que los convenios 87, 98 y 111, son convenios fundamentales, que tratan de derechos humanos y que tienen un valor supralegal?
 2. Conforme el párrafo segundo transcrito, ¿cuál forma de aplicación de las normas internacionales del trabajo utilizó la Corte Suprema al referirse en su contenido a las normas internacionales del trabajo?
- c. La Corte Suprema de Justicia mediante radicado N° 10659 del 19 de junio de 1998, señaló:

“No comparte la censura el criterio de la Corte que aplicó el Tribunal al presente caso para definir si la demandada está obligada conforme al artículo 21 de la ley 50 de 1990, porque considera que en los descansos extralegales que el empleador concede durante la jornada laboral existe la misma razón que en el interregno que el mismo empleador establece para dar cumplimiento al artículo 167 del C.S.T. según el cual la jornada laboral debe repartirse por lo menos en dos secciones.

La doctrina jurisprudencial, que sustenta el fallo cuestionado, acorde con las estipulaciones del Convenio Internacional No.1 de Washington de 1919, y con los Convenios de la O.I.T., que como el de Ginebra del 10 de junio de 1930, han adoptado proposiciones relativas a las “horas de trabajo”, admite que no constituye tiempo efectivo de servicio la pausa de éste que, aunque se presenta en el lugar de trabajo, es aprovechada por el trabajador a su arbitrio y en provecho personal; mas no se puede asimilar a ésta la que se emplea en satisfacer las necesidades básicas y por el tiempo estrictamente necesario, como son por ejemplo, los horarios que en el sub-exámine hubiese dispuesto el empleador para que los trabajadores

se alimenten, los cuales y toda vez que son remunerados, armonizan con lo que establece el artículo 140 del C.S.T.

Vale decir, que en este caso el Tribunal obró conforme al criterio de la Corte para considerar que los minutos durante los cuales los trabajadores al servicio de la demandada empleaban para tomar alimentos no son descontables de su jornada laboral y, por tanto, que la empresa tiene establecida la jornada de 48 horas semanales y está obligada conforme al artículo 21 de la ley 50 de 1990. De donde el cargo no está llamado a prosperar puesto que el sentenciador no incurrió en la violación legal que el mismo le endilga.

Se pregunta: ¿Cuál forma de aplicación de las normas internacionales del trabajo utilizó la Corte Suprema al referirse en su contenido a las normas internacionales del trabajo?

- d. En la Sentencia de constitucionalidad C-567 de 2000 de la Corte Constitucional, entre otros artículos del Código Sustantivo del Trabajo, se demandó el artículo 26 del Decreto Legislativo Nro. 2351 de 1965, relativo a prohibición de la coexistencia de dos o más sindicatos de base en una empresa, dijo la Corte:

“La doctrina ha suministrado explicaciones para esta limitación. Los argumentos, en general, se sintetizan en el sentido de que es una medida que conviene a los trabajadores, pues impide que los empleadores enfrentados a un sindicato de base fuerte, propicien que se constituya otro sindicato de base paralelo, con el único objetivo de menoscabar la fortaleza del primero. Esto, dicen los defensores de la no coexistencia, permite la división del sindicato de base, lo que va en detrimento de los intereses de los propios trabajadores.

Al respecto, hay que decir, que a pesar de ser éste un argumento de aparente fortaleza, fue un argumento de conveniencia, explicable en el momento histórico en que se dictó el Decreto Legislativo 2351 de 1965. Sin embargo, la Corte, al avocar el tema, sólo puede realizar el examen de las normas legales impugnadas frente a la Constitución, y también, en este caso, al Convenio 87 de la O.I.T., que según jurisprudencia de la Corporación, hace parte del denominado “bloque de constitucionalidad”(sentencias T-418 de 1992; C-225 de 1995; y T-568 de 1999, entre otras).

Otro argumento importante de los que defienden la constitucionalidad de la limitación legal, lo encuentran en la representación sindical, en el sentido de que al limitar la existencia de un solo sindicato de base en una misma empresa, se fortalece la representación de los trabajadores. Sin embargo, la Corte considera que éste tampoco es un argumento de índole constitucional, pues no hay que olvidar que la representación sindical es un asunto que se gana

en la misma lucha democrática, dentro de la propia organización sindical, y no por medio de una legislación que, bajo la excusa de proteger a los trabajadores, está impidiendo el goce efectivo de un derecho fundamental, como es el de la libertad sindical.

Entonces, al continuar con la comparación del artículo 39 de la Constitución, en cuanto que garantiza a todos los trabajadores el derecho de constituir sindicatos, y de las disposiciones del Convenio 87 de la O.I.T., especialmente en el artículo 2, que dice que todos los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, se concluye que la prohibición legal de formar sindicatos de base en una misma empresa, cuando ya exista otro, resulta injustificada a la luz de la garantía expresa de la Constitución de 1991.

Se pregunta: ¿Cuál forma de aplicación de las normas internacionales del trabajo utilizó la Corte Suprema al referirse en su contenido a las normas internacionales del trabajo?

UNIDAD 5

LA LIBERTAD SINDICAL DERECHO DE SINDICACIÓN



- Estudiar y profundizar sobre la libertad sindical, poniendo el énfasis en los convenios de la OIT y su relevancia en la práctica judicial en Colombia.
- Distinguir por parte de los jueces y juezas de la República, la manera como se integran las normas internacionales del trabajo relativas a la libertad sindical en la aplicación al caso judicial.



Con el presente capítulo el discente será capaz de:

- Determinar qué se entiende por la libertad sindical individual y la libertad colectiva y cuándo aplicar los convenios relativos a esta.
- Integrar en el análisis individual de cada caso judicial, cuáles normas internacionales pueden ayudarlo a resolver vacíos legales o a complementar su argumentación jurídica.
- Analizar temas y casos jurídicos de actualidad en Colombia y qué ha señalado la jurisprudencia al respecto.

5. LA LIBERTAD SINDICAL

La libertad sindical es un concepto complejo que implica no solo el derecho de constituir y afiliarse a organizaciones sindicales, sino el desarrollo del mismo a través de la negociación colectiva y la huelga.

En Colombia el artículo 39 de la C.P., señala que los empleadores y los trabajadores tienen el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos; el artículo 55 garantiza el

derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales y el artículo 56 el derecho a la huelga.

5.1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE CONTIENEN ESTE DERECHO

Si bien el gran desarrollo de la libertad sindical se encuentra en las normas y la doctrina de los órganos de la OIT, existen otros instrumentos internacionales que la contienen, véase:

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 consagra 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 sólo 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”.

5.2. 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, que establece esta libertad frente al Estado, para que no obstaculice la constitución y funcionamiento de los derechos colectivos.

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.*

Posteriormente se adoptan los CONVENIOS 135 Y 151, el primero, aprobado 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, este último fusiona los convenios 87 y 98 y los aplica a los trabajadores estatales.

El CONVENIO 154, aprobado en 1981, relativo al *fomento de la negociación colectiva*.

El desarrollo de estos convenios ha exigido que se aprueben varias RECOMENDACIONES 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 de empleo en la administración pública y la 163 sobre “fomento de la negociación colectiva”, reglamentados por los convenios 151 y 154.¹⁰⁹

Igualmente es necesario indicar que los órganos de control de la OIT han producido jurisprudencia (algunos la llaman doctrina) en casos concretos, respecto del contenido de la libertad sindical, que debe ser tenida en cuenta al momento de fallar, como guía, pues debe recordarse que la interpretación auténtica y obligatoria del sentido de un instrumento internacional de esta naturaleza corresponde a la Corte de Justicia Internacional.

5.3. ¿QUÉ COMPRENDE LA LIBERTAD SINDICAL?¹¹⁰

La libertad sindical es un derecho complejo pues comprende primeramente, la libre elección de constituir o no un sindicato y afiliarse a él. Libertad sindical que tiene dos perspectivas: la perspectiva individual y la perspectiva colectiva, desde esta última porque es un derecho fundamentalmente colectivo, dado que lo que se busca es que la fuerza del colectivo unido equilibre las relaciones entre el trabajo y el capital, representado por el empleador, pero a la vez su titularidad puede ser individual por cuanto el sujeto debe integrarse, como un acto propio, a un sujeto colectivo.

5.3.1. LA LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL

Comprende los derechos de cada trabajador a crear y afiliarse en una organización sindical, de manera autónoma y sin injerencias del Estado.

¹⁰⁹ Dos instrumentos de la OIT remarcen adicionalmente la libertad sindical: La resolución de 1970 y la declaración de 1998 relativos a los principios y derechos fundamentales del trabajo.

¹¹⁰ Este tema tiene como base la conferencia “La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: Sindicación, negociación colectiva y Huelga del Dr. Alfredo Villavicencio Ríos, Asesor de la OIT para Latinoamérica”. Bogotá, 28 de octubre de 2003.

El término “trabajador” en el convenio 87 de la OIT implica no solo los trabajadores dependientes, sino además los independientes, esto es los que no están en una relación de subordinación frente a un empleador, pero que subsisten de su trabajo, sea formal o informal, autónomo o de profesiones liberales, los asociados a una cooperativa de trabajo asociado, además este término contiene a los servidores públicos.

En lo relativo a las cooperativas de trabajo asociado, ha dicho la CLS¹¹¹:

“262. Consciente de la naturaleza específica del movimiento cooperativo, el Comité considera que las cooperativas de trabajo asociado (cuyos integrantes son sus propios dueños) no pueden ser consideradas ni de hecho ni de derecho como «organizaciones de trabajadores» en el sentido del Convenio núm. 87, es decir como organizaciones que tienen por objetivo fomentar y defender los intereses de los trabajadores. En estas circunstancias, habida cuenta de lo previsto en el artículo 2 del Convenio núm. 87, el Comité recuerda que la noción de trabajador incluye no sólo al trabajador dependiente sino también al independiente o autónomo y considera que los trabajadores asociados en cooperativas deberían poder constituir las organizaciones sindicales que estimen conveniente y afiliarse a las mismas.”

Es evidente que en la práctica no se permite a los cooperados de una cooperativa de trabajo asociado, afiliarse a un sindicato.

La Libertad sindical implica:

5.3.1.1. LA LIBERTAD DE CONSTITUCIÓN

El artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, se refiere a este tema:

“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes...”

Es este un derecho bilateral que se aplica tanto a trabajadores como empleadores, así la realidad nos muestre que los empleadores no constituyan organizaciones sindicales sino asociaciones, que tienen un poder de acción más amplio que su participación en el terreno de las relaciones laborales.

¹¹¹ CLS, párrafo 262 biblioteca electrónica sobre Libertad Sindical y negociación sindical (Véase 335 informe, caso núm. 2237, párrafo 72; 336 informe, caso núm. 2239, párrafo 353; 337 informe, caso núm. 2362, párrafo 757 y 338 informe, caso núm. 2239, párrafo 144.)

Este derecho lo tiene cualquier trabajador, público o privado, esto es, la persona que desarrolle una actividad laboral, debiendo existir en Colombia el elemento de la Subordinación, dado que en otras latitudes este derecho también se predica de los trabajadores independientes, que defienden sus intereses económicos frente al Estado.

En Colombia, el número mínimo de trabajadores exigido para constituir un sindicato es de 25 miembros. Ha señalado el Comité de Libertad Sindical que estas exigencias no vulneran las normas internacionales de trabajo, siempre que sea proporcional y razonable (Recopilación de 1985, párrafo 257). Igualmente la comisión de expertos ha señalado que debe mantenerse dentro de los límites razonables este número, para no obstaculizar la constitución de organizaciones, por ello ha solicitado la disminución de este en aquellos países en que ha considerado su número excesivo, por ejemplo Kuwait con 100 trabajadores; Nigeria 50 trabajadores, etc. (Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, recopilación de 1994, párrafo 81).

Algunos tratadistas discrepan en este punto “...debido a que, en primer lugar, el propio artículo 2 del Convenio 87 establece que los trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, y, en segundo lugar, al hecho que en realidades como las nuestras la gran mayoría de trabajadores trabaja en pequeñas y micro empresas, por lo que a través de este requisito se impide en gran medida que éstos ejerzan su libertad sindical”.

*Bien es cierto que en algunos países dichos trabajadores podrían constituir sindicato de rama de actividad o de gremio, pero también lo es que de la mano del establecimiento del número mínimo de afiliados, las legislaciones nacionales imponen requisitos excesivos para negociar colectivamente a nivel de rama de actividad como el representar a la mayoría absoluta de los trabajadores del ámbito, por lo que pierde todo sentido crear sindicatos de rama, habida cuenta que, como hemos referido, el sujeto sindical se constituye para actuar y lo hace fundamentalmente a través de la negociación y la huelga. Por ello consideramos que la exigencia de un número mínimo de trabajadores contradice lo establecido en el artículo 2 del Convenio 87 ya que dicho requisito impacta negativamente la libertad de constitución.*¹¹²

¹¹² Conferencia “La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: Sindicación, negociación colectiva y Huelga del Dr. Alfredo Villavicencio Ríos, Asesor de la OIT para Latinoamérica”. Bogotá, 28 de octubre de 2003.

La sentencia C-201 de 2002¹¹³ encontró igualmente acorde esta exigencia de 25 trabajadores para constituir un sindicato.

5.3.1.2. LIBERTAD DE AFILIACIÓN

El Convenio 87 en su artículo 2º, señala que los trabajadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen derecho a afiliarse libremente a las organizaciones que estimen convenientes, con la única condición de que se respete el estatuto de las mismas.¹¹⁴

Se permite cualquier limitación que no vaya en contra de la Constitución Política, ni los convenios de la OIT. Algunas limitaciones podrían ser:

No admitir a un trabajador que no pertenezca al sector específico. Esta limitación es razonable pues si el sindicato se constituye para actuar defendiendo los intereses de tales trabajadores, resulta defendible la exigencia de pertenencia al sector.

Al respecto el Consejo de Estado¹¹⁵, en providencia del 28 de junio de 2007, expediente 3846-03, consideró válido que el Ministerio de Protección Social pudiera negar la inscripción en el registro sindical de una asociación de trabajadores, cuando algunos miembros del sindicato laboran en empresas que no pertenecen a la misma rama económica del sindicato de industria.

Ilustrativo es el caso 2556 de la OIT de febrero de 2007, por una queja presentada por la CGT contra Colombia por la negativa de la autoridad administrativa a inscribir en el registro a la nueva organización sindical Unión de Trabajadores de la Industria Química y Farmacéutica (UNITRAQUIFA), sus estatutos y su junta directiva. El Ministerio de la Protección Social solicitó a la organización que informara en forma “detallada” cuáles trabajadores pertenecían a empresas de servicios temporales, indicando los nombres de las mismas y la razón social de cada una de ellas, requisito que no figura en ninguna norma como causal para no inscribir un sindicato de industria.

¹¹³ C-201 de 2002, M.P. Jaime Araújo R.

¹¹⁴ Debe entenderse esta afiliación como emanación del derecho a la libertad sindical positiva, contrario sensu, la libertad sindical negativa, que consiste en el derecho de los trabajadores a no incorporarse a tales organizaciones o a no permanecer en aquella de la que formen parte, sin que su decisión les pueda acarrear perjuicio alguno. Este derecho no se encuentra consagrado en ningún Convenio de la OIT.

¹¹⁵ Sala Contenciosa administrativa, sección segunda, en providencia del 28 de junio de 2007, expediente 3846-03, Alejandro Ordóñez Maldonado

En la respuesta del Gobierno se señala que la denegación de la inscripción como sindicato de industria de la organización sindical se debió al hecho que los trabajadores que la conforman no trabajan en empresas de la misma industria, de conformidad con el artículo 356 del Código Sustantivo del Trabajo. El Gobierno señala que en el caso de UNITRAQUIFA algunos afiliados son trabajadores de las empresas temporales “Servimos”, “Temporales” y “T y S” que fueron enviados en misión a desarrollar sus funciones a las empresas farmacéuticas Schering Plough S.A. y Carboquímica; es decir, no son trabajadores directos de las mencionadas empresas, por tanto no corresponden a la misma actividad de las empresas mencionadas.

En las conclusiones del Comité

“754. A este respecto, el Comité recuerda que “el libre ejercicio del derecho de constituir sindicatos y de afiliarse a los mismos implica la libre determinación de la estructura y la composición de estos sindicatos” (véase Recopilación de principios y decisiones del Comité de Libertad Sindical, quinta edición, 2006, párrafo 333). En el presente caso, los trabajadores de UNITRAQUIFA deberían gozar del derecho de constituir la organización de industria que estimen conveniente, desde el momento en que todos ellos desempeñan sus labores en el seno de empresas farmacéuticas, independientemente del tipo de relación que los une a las mismas. En efecto, si bien los trabajadores de “Servimos”, “Temporales” y “T y S” que se han afiliado a UNITRAQUIFA no tienen un vínculo laboral directo con las empresas farmacéuticas Schering Plough S.A. y Carboquímica, realizan su trabajo en el sector y por ende podrían querer formar parte de una organización sindical que represente los intereses de los trabajadores en dicho sector a nivel nacional. En este sentido, el Comité recuerda que la naturaleza jurídica de la relación entre los trabajadores y el empleador no debería tener ningún efecto en el derecho a afiliarse a las organizaciones de trabajadores y participar en sus actividades. Asimismo, el Comité recuerda que todos los trabajadores, sin distinción alguna, deben tener derecho a constituir las organizaciones de su elección y a afiliarse a ellas, ya sean trabajadores permanentes, trabajadores contratados temporalmente, o trabajadores temporeros (véase Recopilación, op. cit., párrafo 255). En estas condiciones, el Comité pide al Gobierno que sin demora tome las medidas necesarias para proceder a la inscripción de la Unión de Trabajadores de la Industria Química y Farmacéutica (UNITRAQUIFA), de sus estatutos y de su junta directiva, y que lo mantenga informado al respecto.

Recomendaciones

755. En vista de las conclusiones que preceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe la recomendación siguiente:

“El Comité pide al Gobierno que sin demora tome las medidas necesarias para proceder a la inscripción de la Unión de Trabajadores de la Industria Química y Farmacéutica (UNITRAQUIFA), de sus estatutos y de su junta directiva, y que lo mantenga informado al respecto.”

Continuando con las limitaciones que puede establecer la organización sindical en sus estatutos es **que sus afiliados no podrán estar afiliados a otra organización**, dada su ideología, sus estrategias, etc.

La libertad de constitución implica entonces que las organizaciones se creen sin autorización previa, ni estatal, ni empresarial. Pese a lo anterior, puede el Estado exigir requisitos para verificación de la identidad del grupo, para efectos de publicidad del sindicato y protección de terceros, pero no como medida para otorgar la personalidad jurídica, pues el artículo 7 del convenio 87 señala que la adquisición de esta no puede estar sujeta a condicionamiento alguno que pueda limitar la libertad de constitución, tal como se consideró en el artículo 39 de la C.P.

La ley 584 de 2000 derogó el literal g del artículo 365 del CST, por cuanto exigía al sindicato de empresa recién constituido un certificado expedido por el inspector del trabajo, donde constara la inexistencia de otro sindicato de la misma clase en la empresa, por ser contrario al convenio 87, artículo 7.

El Comité de libertad sindical, ha señalado, que el registrador del nuevo sindicato debe estrictamente cumplir con la labor de verificación de los requisitos establecidos por la ley, sin discutir el contenido de los mismos (Recopilación de 1985, párrafos 275, 280, 281, 352), que una vez otorgado el registro, este no deberá ser cancelado administrativamente (Recopilación de 1985, párrafo 489), y en caso de que sea denegado debe garantizarse un recurso ante un órgano jurisdiccional para impugnar dicha decisión (Recopilación de 1985, párrafo 276). Con relación a este último punto el Consejo de Estado¹¹⁶, en providencia del 28 de junio de 2007, señaló igualmente que si se niega la inscripción en el registro sindical a un sindicato este se encuentra habilitado para reclamar ante la jurisdicción.

En dos casos en Colombia se puede negar la inscripción en el registro sindical: Cuando los estatutos de la organización sindical sean contrarios a la Constitución y

¹¹⁶ Sala Contenciosa administrativa, sección segunda, en providencia del 28 de junio de 2007, expediente 3846-03, Alejandro Ordóñez Maldonado.

la ley y cuando la organización sindical se constituya con un número de miembros inferior al exigido por la ley.

Aunque el artículo 366 del CST, reformado por la ley 50 de 1990, señalaba 3 casos, y en el primer caso anotado señalaba que se podían negar los estatutos por no estar conforme con las buenas costumbres, esa calificación subjetiva del Ministerio, podía entenderse como una intervención indebida del Estado, lo que limitaría lo establecido por el artículo 39 de la C.P. y el Convenio 87 de la OIT, y en cuanto al numeral C. que decía: *“cuando se trate de la inscripción de un nuevo sindicato de empresa, en una donde ya existiere organización de esta misma clase”*, por ser violatorio del derecho de constitución de la libertad sindical, se declara inexecutable, según lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia C-567 de 2000.

Así que la negativa a inscribir nuevas organizaciones sindicales o los nuevos estatutos o la junta directiva de una organización sindical de manera arbitraria por razones que van más allá de las dispuestas por la legislación no son permitidas, como por ejemplo el Decreto 1651 de 2007, en el cual la Comisión de especialistas en la aplicación de convenios y recomendaciones se refirió en los siguientes términos:

“La Comisión observa que de la lectura del decreto (sic) num. 1651 de 2007 se desprende que uno de los motivos por los que se puede denegar el registro de una organización sindical es “que la organización sindical no se haya constituido para garantizar el derecho fundamental de asociación sino con el fin de obtener estabilidad laboral”. A este respecto la comisión recuerda que el artículo 2 del convenio, garantiza el derecho de los trabajadores y de los empleadores a constituir organizaciones “sin autorización previa” de las autoridades públicas... La comisión estima además que la autoridad administrativa no debería poder denegar la inscripción en el registro de una organización sólo por estimar que podría dedicarse a actividades que pudieran sobrepasar el marco de las actividades sindicales normales o no encontrarse en medida de cumplir funciones. En estas condiciones, la comisión pide al gobierno que tome medidas para garantizar la disposición objetada del decreto num. 1651 de 2007 y que se asegure que la autoridad administrativa no goce de poderes discrecionales contrarios al artículo 2 del convenio y que proceda al registro de nuevas organizaciones o juntas directivas, así como de modificaciones de estatutos sin demoras injustificadas”.

5.3.2. LIBERTAD SINDICAL COLECTIVA

También llamada autonomía sindical, consiste en *“el derecho de los sindicatos a autoorganizarse y actuar libremente en defensa de los intereses de los trabajadores. Este derecho, por tanto, no tienen como titular al trabajador individualmente considerado sino*

al sindicato, a la organización que desarrolla una actividad sindical, por lo que el interés protegido tiene carácter colectivo, el del conjunto de los trabajadores de que se trate, que se mantiene aunque las individualidades de este conjunto puedan variar.”¹¹⁷

Está constituida por las libertades de reglamentación, de representación, de federación y confederación, de disolución y de gestión.

5.3.2.1. LA LIBERTAD DE REGLAMENTACIÓN

¿Puede el Estado señalar a un sindicato que la forma de elección debe ser democrática?

El artículo 3 del Convenio 87 de la OIT, la define:

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Es este el elemento fundamental de la actividad sindical, el de la propia autorregulación y si bien el Estado no puede intervenir en la elaboración de los estatutos, la OIT ha señalado, que el Estado puede exigir respeto al principio democrático de todos los miembros, por la necesaria congruencia que debe existir entre el sistema político y el de las organizaciones sociales. Lo anterior se permite como una injerencia externa pero que no puede llegar a regular su contenido. (Recopilación de 1996, párrafo 425). Además del registro de los estatutos y el establecimiento de un contenido mínimo en sus estatutos, dado que el hecho de ser una persona jurídica, debe cumplir con las exigencias de la legislación interna.

En Colombia dicha regulación se encuentra en el artículo 365 del CST, modificado por la ley 584 de 2000.

5.3.2.2. LA LIBERTAD DE REPRESENTACIÓN

La libertad de representación, también reconocida en el artículo 3 del Convenio 87, consiste en el derecho que tienen las organizaciones de elegir libremente a sus representantes.

¹¹⁷ Conferencia “La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: Sindicación, negociación colectiva y Huelga” del Dr. Alfredo Villavicencio Ríos, Asesor de la OIT para Latinoamérica. Bogotá, 28 de octubre de 2003.

“1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.

El Comité de Libertad Sindical ha señalado que las únicas imposiciones posibles son aquellas referidas a la democracia de las elecciones de representantes (256to. Informe, caso 1414, párrafo 126), con excepción del control de las elecciones que en última instancia, sería competencia de las autoridades judiciales (Recopilación de 1996, párrafo 405).

Los sindicatos se forman para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores o de los empleadores, pero se desarrollan esencialmente por individuos a los cuales el colectivo, les ha entregado la representación, para que la actividad sindical sea dinámica y presente día a día, además de que deben gozar de una protección especial del Estado.

El Convenio 135 y la Recomendación 143, establecen 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 cuáles actividades se refiere:

- a. Licencias y permisos sindicales sin pérdida de salario para funciones representativas y formativas;
- b. Libertad de movimiento;
- c. Comunicación inmediata y directa con los representantes de la empresa;
- d. Recaudación de cuotas sindicales;
- e. Libertad de comunicación verbal y escrita con sus representados;
- f. Facilidades materiales;
- g. Acceso a la información necesaria para el desarrollo de la actividad sindical; y,
- h. Ingreso a la empresa de los dirigentes sindicales que no trabajen en ella pero cuya organización sí cuente con afiliados.

Es importante señalar que la representación que tienen los sindicatos de sus asociados es para la negociación colectiva, para los conflictos colectivos o así como para todos los temas de la vida del sindicato, pues para la representación en conflictos individuales y concretos, previstas en el artículo 373 del CST, los sindicatos requieren mandato expreso.

De colofón es necesario indicar que La Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones y el comité de libertad sindical, han señalado que en virtud del artículo 3 del Convenio 87, una persona no trabajadora de la empresa puede ser elegida dirigente sindical.

5.3.2.3. LIBERTAD DE FEDERACIÓN Y CONFEDERACIÓN

La solidaridad de los trabajadores como un principio constitucional, no puede limitarse a una empresa, un sector o actividad, por ello dentro de la libertad sindical está el que la organización sindical (de primer grado) pueda constituir y afiliarse a dichas asociaciones nacionales o internacionales denominadas de segundo y tercer grado, que agrupan personas jurídicas.¹¹⁸

El convenio 87 en su artículo 5 reza:

“Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores”.

En su Artículo 6 se dispone:

“Las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio se aplican a las federaciones y confederaciones de organizaciones de trabajadores y de empleadores.”

Lo anterior implica que los trabajadores pueden constituir las federaciones o confederaciones que estimen convenientes y afiliarse, sin injerencia del Estado, quienes por el sólo acto de fundación tendrán personería jurídica, podrán elegir sus representantes, quienes tendrán el fuero sindical, etc.

¹¹⁸ Entre las organizaciones internacionales están la Confederación Sindical Independiente (C.S.I.), la Confederación Sindical de los Trabajadores y Trabajadoras de las Américas (CIOSL), la Confederación Mundial del Trabajo (CMT) la Federación Sindical Mundial (F.S.M.), etc.

Distinto a la exigencia de Colombia de tener un número mínimo de afiliados para constituir un sindicato, con dos o más sindicatos se puede constituir una federación y con dos o más federaciones se puede constituir una confederación, sin restricción alguna, de lugar, de agrupaciones de sindicatos de diferentes profesiones, industrias o ramas e incluso de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores, es decir, los mismos derechos de las entidades de primer grado con excepción de la prohibición de huelga.

Cualquier prohibición de constituir federaciones o confederación está señalada por la Comisión de expertos y el Comité de libertad sindical como una violación del Convenio 87.

5.3.2.4. LIBERTAD DE DISOLUCIÓN

El artículo 4 del convenio 87 señala que:

“Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa”.

Esta libertad implica que el sindicato de manera voluntaria determine disolverse y liquidarse o excepcionalmente la vía judicial así se lo ordene, “porque es la única que garantiza imparcialidad, objetividad e independencia respecto de otros poderes o intereses” (29 1er informe. Casos 1648 y 1650, párrafo 454, recopilación de 1985). Aun la disolución por vía legislativa, esto es en virtud de una ley que lo ordene, no es un procedimiento correcto porque no permite asegurar el derecho de defensa de los trabajadores (párrafo 495, recopilación 1985).

Iniciada la liquidación de un sindicato se estará a sus estatutos y dado que como la organización no tiene fines de lucro, el comité de libertad sindical ha aceptado la distribución del patrimonio de la organización entre sus afiliados, siempre que ella ocurra en proporción a los aportes sindicales o transferirse a la organización que los sustituya, que persiga los mismos fines que la que se disuelve.

5.3.2.5. LIBERTAD DE GESTIÓN

Hace relación a los derechos del sindicato a organizar su administración, esto es, sus estatutos y reglamentaciones; el manejo administrativo, financiero o manejo de fondos y de otro lado organizar sus actividades y formular su plan de acción en lo relativo a la negociación sindical y la huelga.

Estos dos últimos aspectos, aunados al fuero sindical, serán profundizados en el módulo de “perspectivas del derecho laboral colectivo”.

Ap

1. Realice un mapa conceptual del contenido de la libertad sindical.
2. ¿Cuáles son los convenios, las recomendaciones, las normas constitucionales y legales que conforman el marco jurídico de la libertad sindical?
3. ¿Cuál es la finalidad de la libertad sindical?
4. ¿Cuál es la diferencia entre la libertad sindical individual y la libertad sindical colectiva?

Ae

- 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.

- a. ¿Es necesario para ser miembro de un sindicato, el tener una relación laboral indefinida?
- b. Si el contrato es a término fijo o de labor u obra determinada y se cumplió el plazo o la labor, ¿puede el empleador finalizar el contrato del trabajador sindicalizado?
- c. En un contrato a término indefinido, ¿puede el empleador despedir a los trabajadores sindicalizados pagando la indemnización prevista en el artículo 64 del CST?
- d. Si se pueden sindicalizar todos los trabajadores, “sin distinciones”? Por qué no lo pueden hacer los miembros de la fuerza pública?
- e. ¿Los trabajadores en periodo de prueba, pueden sindicalizarse? ¿Cómo se protege la libertad sindical en una terminación del contrato en ese periodo?
- f. ¿Pueden sindicalizarse las personas que ocupan cargos directivos o de confianza?

- g. ¿Desde qué edad se puede constituir o afiliarse una persona a un sindicato?, Y si es así, ¿puede válidamente ser elegido para la Junta Directiva del sindicato?
- h. ¿Pueden existir juntas directivas donde la mayoría de sus miembros sean extranjeros?

A_t

T

C

Guías de Casos Típicos

- El derecho de sindicación del trabajador, modalidades de contrato.

- Juan se vincula a una empresa, mediante un contrato a término fijo de 3 meses, a los dos meses de estar trabajando decide afiliarse al sindicato de la empresa, solicitando a nómina que se le descuente la cuota sindical, la empresa le señala a Juan, que por no ser un trabajador con contrato a término indefinido, no puede pertenecer al sindicato. Juan interpone una acción de tutela para efectos de que se proteja su derecho a la sindicación.

P_j

N

- ¿Es necesario tener, para ser miembro de un sindicato, una relación laboral indefinida?

El artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, reza: *“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes...”*.

El Artículo 39 de la C.P., afirma en su primer inciso: “Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado...”

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

Sj

- La Corte Constitucional al respecto ha dicho:¹¹⁹ *“si la garantía de la libertad sindical y la protección al derecho fundamental de sindicalización constituyen la regla general, cualquier limitación a la misma, es una excepción, que debe estar constitucionalmente justificada. Este es un principio ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando se trata de examinar la introducción de restricciones legales a un derecho fundamental”.*

////////&&&&&////////

A partir de la solución anterior, un nuevo tema es necesario desarrollar:

T

- Terminación del contrato a término fijo de un trabajador sindicalizado

C

- El empleador de Juan, pese a saber de la afiliación sindical, le da el preaviso de 30 días para efectos de terminar su contrato de trabajo a término fijo. El trabajador advierte que no es posible terminar su contrato, por cuanto el objeto del mismo se mantiene y porque se atentaría contra la libertad sindical, dado que él es el afiliado 25 del sindicato. Inicia acción de tutela para proteger sus derechos, ¿cómo resolvería usted?

Pj

- ¿Si el contrato es a término fijo o de labor u obra determinada y se cumplió el plazo o la labor, puede el empleador finalizar el contrato del trabajador sindicalizado?

N

- *Artículo 46 —subrogado. L. 50/90, art. 3°. Contrato a término fijo. El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente.*

1. Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación

¹¹⁹ Sentencia C-568 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente. (...)

Los artículos 45 y 47 del CST tratan de las modalidades del contrato de trabajo.

Sj

- En la sentencia C-588 de 1995¹²⁰ de la Corte Constitucional, ratificado en la C-016 de 1998, se dijo:

“El principio de la estabilidad en el empleo no se opone a la celebración de contratos a término definido. Las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el contrato tienen libertad para ponerles fin. La estabilidad, por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquélla se torne en absoluta, sino que, como lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo. Bajo este entendido, es obvio que el contrato a término fijo responde a la idea de la estabilidad en el empleo, porque aun cuando las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad determinan libremente, acorde con sus intereses, las condiciones de la durabilidad de la relación de trabajo, ésta puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, más aun cuando se da la circunstancia de que subsiste la materia del trabajo y las causas que le dieron origen al contrato. En otros términos, más que la fijación de un espacio de tiempo preciso en la duración inicial de la relación de trabajo, lo relevante es la expectativa cierta y fundada del trabajador de conservar el empleo en cuanto cumpla con sus obligaciones laborales y el interés del empleador, motivado en las necesidades de la empresa, de prolongar o mantener el contrato de trabajo. Por lo tanto, no es cierto, como lo afirma la demandante que sólo el contrato a término indefinido confiere estabilidad en el empleo, pues el patrono siempre tiene la libertad de terminarlo, bien invocando una justa causa o sin ésta, pagando una indemnización”.

Co

- Si bien es claro que el derecho de sindicación, es un derecho fundamental, también lo es que ese simple hecho no comporta ningún fuero de protección y por ello podrá el empleador terminar el contrato de trabajo cumplido el término estipulado, también es cierto que deberá determinarse que el despido no obedezca a la intencionalidad de conseguir disolver la asociación sindical, pues en ese caso se atentaría contra la libertad sindical prevista en el artículo 39 de la C.P.

¹²⁰ C-588 de 1995, M.P. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Al respecto, en los principios de los órganos de control¹²¹, específicamente sobre el tema de la protección contra la discriminación sindical, se aboga porque la carga de la prueba de la justificación del despido, corresponda al empleador:

830. El Comité ha recordado a la atención, la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143), la cual con el fin de garantizar una protección eficaz de los representantes de los trabajadores recomienda entre las medidas que deben adoptarse que, cuando se alega que el despido de un representante de los trabajadores o la modificación en su detrimento de las condiciones de empleo fuesen discriminatorios, se adopten disposiciones que impongan al empleador la obligación de probar que su acto estaba justificado. (Véase Recopilación de 1996, párrafo 736.)

La recomendación 143 de la OIT sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores de la empresa, en el acápite 6°, literal e señala que se debe “imponer al empleador, cuando alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado.”

////////&&&&////////

T

- Despido de un trabajador sindicalizado que tiene contrato a término indefinido.

C

- A cinco trabajadores de la empresa “Desempeño S.A.”, les comunican la decisión de terminar sus contratos de trabajo a término indefinido, sin motivación alguna, pero pagándoles la indemnización prevista en el artículo 65 del CST. Los trabajadores impetran una acción de tutela por considerar que los despidos obedecen a un atentado al derecho de sindicación, por su afiliación a la organización de trabajadores. La empresa en la respuesta a la misma, señala que la ley laboral, permite terminar los contratos sin justa causa, pagando la indemnización, sin que importe cuál fue la motivación. ¿Qué decisión tomaría como Juez, si se prueba que la razón del despido fue por su vinculación en la organización sindical?

¹²¹ Biblioteca electrónica sobre libertad sindical y negociación colectiva, ITC, 2007.

Pj

- ¿En un contrato a término indefinido, puede el empleador despedir a los trabajadores sindicalizados pagando la indemnización prevista en el artículo 64 del CST?

N

- ART. 47.—*Subrogado. D.L. 2351/65 art. 5°. Duración indefinida. 1. El contrato de trabajo no estipulado a término fijo o cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.*

2. El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Con todo, el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta (30) días, para que el patrono lo remplace. En caso de no dar el aviso oportunamente o de cumplirse sólo parcialmente, se aplicará lo dispuesto en el artículo 8° numeral 7°, para todo el tiempo, o para el lapso dejado de cumplir.

Sj

- La Corte Constitucional¹²², refiriéndose al tema, ha dicho:

“Así mismo la posibilidad de terminación unilateral que la ley otorga al patrono en los contratos individuales de trabajo, no debe abrir las puertas para que aquel, amparado en ella, prescinda sin control, ni medida y de manera colectiva o masiva, de los servicios de los trabajadores bajo su dependencia para mermar el número de miembros activos de los sindicatos.

Por este camino, si tal ejercicio arbitrario, desproporcionado e irrazonable de la facultad legal se admitiera como ajustado a la Constitución, independientemente del número de trabajadores afectados, todos ellos —por coincidencia— integrantes del mismo sindicato, de nada valdría la garantía de asociación, que, en la Carta, los favorece y serían apenas teóricos derechos básicos como el fuero sindical, el de negociación colectiva y el de huelga, pues en esa hipótesis —que no acepta la Corte Constitucional— bastaría con invocar las normas legales de la referencia y la facultad patronal del despido sin justa causa mediante indemnización, para lograr con el beneplácito de los jueces, el desmonte, el debilitamiento o la volatilización de un sindicato o la sensible disminución de sus efectivos.

¹²² SU-1067 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz.

C

- Conforme al bloque de constitucionalidad, el Convenio 87, como norma de valor constitucional y por ende complementaria del artículo 39 de la C.P., en su artículo 2° se refiere a la protección de todos los trabajadores “sin ninguna distinción”, no sería posible limitar esta por la Ley, por tanto tendrían derecho a formar parte del sindicato no solo los trabajadores vinculados por contrato de trabajo a término indefinido, sino también los trabajadores con contrato a término fijo o por contrato de obra o labor determinada.

El Comité de Libertad Sindical ha sostenido¹²³ que esta exigencia no es excesiva, dado que aun los trabajadores temporales también están amparados por el Convenio 87. Así mismo que¹²⁴ el ejercicio de la libertad sindical no está adscrito a una determinada condición del trabajador sino al hecho mismo de que éste preste servicios de manera subordinada.

Debiéndose recordar que el Convenio 87 se aplica a cualquier trabajador, subordinado o no.

En cuanto a la terminación del contrato de un trabajador sindicalizado, será en cada caso particular que se deberán determinar por parte del Juez, las circunstancias razonables y proporcionadas del despido de los trabajadores para determinar si la intención del empleador no fue afectar la libertad sindical.

Por último se recuerda lo señalado anteriormente *en otro de los ejercicios sobre la importancia de la inversión de la carga de la prueba tal como lo ha señalado el Comité de Libertad Sindical y la recomendación 143 de la OIT.*

////////&&&////////

T C

- La prohibición del derecho de sindicación en la Fuerza Pública.
- El oficial del Ejército Rafael Buendía, frente al limitado salario que percibe, el exceso de horas de trabajo y la presión permanente de sus jefes, decide un día en unión a 24 inconformes compañeros, reunirse y mediante asamblea proclamar el nuevo sindicato “sintraejército” y enviar la comunicación al comandante general del Ejército, quien no

¹²³ 292vo. Informe, caso 1615, párrafo 327.

¹²⁴ 291er. informe, casos 1648 y 1650, párrafo 456.

le da ningún valor a esa reunión. Se interpone acción de amparo conforme al artículo 2 del convenio 87 de la OIT, ¿qué decisión tomaría como Juez de la causa?

Pj

- Si cualquier trabajador, “sin distingos” puede sindicalizarse según el artículo 2º del convenio 87, ¿pueden los miembros de la fuerza pública ejercer la libertad sindical?

N

- El artículo 39 de la C.P. en el último párrafo reza. “No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la fuerza pública.”

El Artículo 5 del convenio 98 de la OIT reza: “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.”

(...)”

El convenio 87 de la OIT ha regulado en el artículo 9º esta situación: “La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las Fuerzas Armadas y a la Policía las garantías previstas por el presente convenio”.

El artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica, numeral tercero, reza: “Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía”.

Sj

- La doctrina del Comité de Libertad Sindical ha dicho que se permite excluir totalmente a esta categoría de trabajadores del amparo del convenio o bien limitarles algunos derechos de sindicalización y que esta posibilidad ha sido dejada a la apreciación de los Estados miembros de la OIT. Igualmente ha señalado que se debe dar una definición restrictiva de los miembros de las fuerzas armadas y citando a la comisión de expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones afirma que este artículo únicamente prevé excepciones al principio general, en caso de duda los trabajadores deberían tener consideración de civiles.¹²⁵

¹²⁵ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, cuarta edición, 1996, págs. 50 y 51.

Al respecto la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo de 1989 y de octubre 31 de 1991 señaló que los empleados públicos y trabajadores oficiales que integran el personal civil al servicio del Ministerio de Defensa y de los establecimientos públicos y empresas adscritas y vinculadas a dicho ministerio, no se consideran miembros de la fuerza pública y por ende pueden formar sindicatos.

C

- Al existir un principio de obediencia y jerarquización de las fuerzas armadas y la policía frente al comandante general y jefe de la fuerza pública, el Presidente de la República, estas no son independientes del Estado, sino que representan al Estado pues tiene el monopolio de la fuerza pública y están instituidas para garantizar a los colombianos la seguridad interna y externa del país. Pese a lo anterior la OIT, ha señalado que cada estado miembro podrá determinar el grado de libertad sindical de sus fuerzas armadas.

////////&&&////////

T

- La protección del derecho de sindicación de un trabajador en periodo de prueba.

C

- Un empleador, frente a una convocatoria de los mismos trabajadores, a una reunión después de la jornada laboral, decide prescindir de los servicios de Mateo, Fabio y Felipe. En la comunicación se les dice que por estar en periodo de prueba, el empleador hace uso de la facultad legal del artículo 76 del CST. Los trabajadores interponen acción de tutela, para que les sea protegida la libertad sindical. Para el juez constitucional, la actuación del empleador era un ejercicio legítimo de la facultad consagrada en el artículo 76 del CST, que permite a este dar por terminado el contrato de trabajo durante la vigencia del trabajo sin necesidad legal de motivar sus razones, por la cual no era posible concluir que tal proceder vulnerara o amenazara derecho fundamental alguno.

Pj

- ¿Puede sindicalizarse un trabajador en periodo de prueba?
- ¿Puede ser despedido un trabajador sindicalizado en periodo de prueba?

- El artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, reza: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes...”.

El Artículo 39 de la C.P., afirma en su primer inciso: “Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado...”.

ART. 76 del C.S.T. Definición. *Período de prueba es la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del patrono, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo.*

S • La Corte Constitucional¹²⁶ al respecto ha dicho:

“Con todo, los efectos de la estipulación del periodo de prueba, aunque son una materia suficientemente regulada en la legislación laboral, contienen algunos problemas jurídicos de índole constitucional que deben ser analizados por la Corte en esta sentencia. En efecto, la interpretación que tradicionalmente se ha realizado de las normas que regulan los efectos del periodo de prueba permitiría concluir que la facultad para terminar el contrato de trabajo sin motivación alguna tiene naturaleza absoluta y, por ello, la ilegalidad del despido durante la vigencia del periodo de prueba resultaría un contrasentido jurídico. Sin embargo, tal conclusión arribaría a resultados al menos insatisfactorios desde la perspectiva constitucional del derecho al trabajo. Es factible que esa interpretación resulte contraria a disposiciones contenidas en la Carta Política, tales como los principios a la igualdad de oportunidades para los trabajadores, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales, la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (Art. 53 C.P.) y las obligaciones estatales de propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los discapacitados el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones (Art. 54 C.P.)...”

Piénsese, por sólo exponer un ejemplo de las inconveniencias que trae la mencionada interpretación, que la facultad de resolución contractual del periodo de prueba tienda a desfavorecer el ingreso al mercado laboral de una persona con discapacidad física que no lo inhabilita para el desempeño del cargo, o que, bajo la apariencia del uso de tales facultades, pretenda impedirse la conformación de un sindicato al interior de la empresa. En estos eventos, es claro que un entendimiento ilimitado y absoluto de la posibilidad de resolver el

¹²⁶ Sentencia T-978 de 2004.

contrato durante el periodo de prueba afecta, en el primer caso, el derecho a la igualdad de oportunidades en el empleo para los discapacitados y, en el segundo, la libertad sindical, ambos derechos fundamentales a la luz de los postulados de la Carta Política.

3. Igualmente, esta interpretación puede entrar en contradicción con obligaciones asumidas por el Estado colombiano en virtud de la suscripción de convenios internacionales de trabajo, que tienen reconocimiento constitucional de conformidad con los artículos 53 inciso 3° y 93 de la Carta. Sobre este particular, resulta ilustrativo el Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo “relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación” que en su artículo 2 impone al Estado la obligación de formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto. En este sentido, la utilización de los efectos jurídicos del periodo de prueba por parte del empleador, con el objetivo de ejercer tales actos discriminatorios, que impiden la igualdad de oportunidades para los trabajadores, es contraria a las mencionadas disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

La Corte Suprema de Justicia, de vieja data¹²⁷ ha indicado que el del período de prueba es una condición expresa por la cual cada uno de los contratantes puede disolver el vínculo contractual si no está satisfecho, durante dicho lapso, de las prestaciones del otro contratante, sin necesidad de motivación alguna, dado que la Ley no lo exige.

C

- Conforme al bloque de constitucionalidad, el Convenio 87, como norma de valor constitucional y por ende complementaria del artículo 39 de la C.P., en su artículo 2° se refiere a todos los trabajadores “sin ninguna distinción”, al parecer no sería posible limitar el derecho de libertad sindical por el artículo 76 del CST.

¿Mencionar carga de la prueba de nuevo?

//////&&&&//////

T

- La sindicalización de los trabajadores que ocupan cargos directivos.

¹²⁷ Sentencia de la Corte de 14 de octubre de 1976 (G.J. CXVIII bis, página 192).

C

- Alberto Usuga, Asistente administrativo de gerencia, dados los beneficios convencionales de los trabajadores de la empresa, decide afiliarse al sindicato, no siendo aceptado por este, alegando que él es un representante del empleador. El Sr. Usuga interpone acción de tutela, para que se le garantice el derecho de asociación sindical.

Pj

- ¿Pueden los trabajadores que ocupan cargos directivos sindicalizarse?

N

- El artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, reza: *“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes...”*.

El Artículo 39 de la C.P., afirma en su primer inciso: *“Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado...”*.

La ley 584 de 2000 que deroga, adiciona o modifica varias normas del CST, para ponerlas a tono con las normas internacionales del Trabajo, fue expedida por el gobierno ante la directa presión de la OIT, que incluso había enviado una misión de libertad sindical para asesorar una nueva legislación, que a la postre no fue estudiada por el Congreso de Colombia y que causó un reproche permanente al gobierno colombiano por parte la 86ª conferencia (1998) y la 87ª conferencia (1999), apremiándole a que le informara la evolución de la grave situación.

Esta legislación derogó el numeral 2 del artículo 358, que permitía en los estatutos del sindicato restringir la admisión de los altos empleados; por lo anterior en Colombia es un derecho de este tipo de trabajador el poder sindicalizarse.

Sj

- Sobre la exigencia de no poder sindicalizarse las personas que ocupan cargos directivos o de confianza, ha dicho el Comité de Libertad Sindical que es permitido que se impida la afiliación a los sindicatos de trabajadores que ocupan este tipo de cargos, pues se podrá presentar una injerencia de ese trabajador, que está más cerca de la empresa que del colectivo laboral, en la vida del sindicato. Pese a lo anterior, debe permitírsele en ese caso constituir y afiliarse a sus propias organizaciones, con personal de cargos similares

y con los mismos intereses, pues es un trabajador (295to. informe, caso 1792, párrafo 546).

Al respecto en la sentencia C-593 de 1993¹²⁸, la Corte Constitucional, declarando inexecutable el artículo 409 del CST, que no reconocía fuero sindical a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales o privados, que desempeñaran cargos de dirección, confianza y manejo, dado que iba en contravía de los convenios 87 y 98.

Co

- Puede decirse entonces que la ley y la jurisprudencia colombiana van un paso más adelante en la protección del derecho de sindicación, pues la OIT ha considerado no es indicado ni para los trabajadores, ni para el empleador tener una persona de alto nivel en un grupo de trabajadores, dado la incompatibilidad de intereses que en un momento dado podría producirse.

////&&&/////

TC

- Los trabajadores o empleados de dirección, confianza y manejo y la junta Directiva del sindicato.
- Carlos Úsuga, como funcionario de confianza, miembro del sindicato, pretende ser elegido para la Junta directiva del sindicato de su empresa, negándosele su inscripción, conforme al artículo 389 del CST. Acude nuevamente ante el juez constitucional, para que se le protejan sus derechos constitucionales, por desconocimiento a los derechos de igualdad, de trabajo, desprotección a los principios mínimos de los trabajadores, así mismo señala que el artículo 389 del CST, debe inaplicarse por ir en contra del derecho de asociación y constitución de sindicatos, sin intervención del Estado y más porque como no existe esa prohibición en los estatutos del sindicato. ¿Qué decidiría usted como juez de la causa?

N

- Artículos 13, 25 y 53 de la C.P.

¹²⁸ C-593 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Art. 389 del CST, modificado ley 50 de 1990, artículo 53: “No pueden formar parte de la Junta Directiva de un sindicato, ni ser designados funcionarios del mismo, los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores, ni los altos empleados directivos de la empresa. Es nula la elección que recaiga en uno de tales empleados, y el que debidamente electo, entre después a desempeñar cargo alguno de los empleos referidos, dejará ipso facto vacante su cargo sindical.

El artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, reza: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes...”.

P
S

- ¿Pueden los trabajadores o empleados de dirección, confianza y manejo, ser nombrados en la Junta Directiva del sindicato?
- La Corte Constitucional mediante sentencia C-662 de 1998¹²⁹ declaró exequible el artículo 389, modificado por el art. 53 de la Ley 50 de 1990, en ella se afirmó:

La Corte comparte ese señalamiento y reitera lo ya manifestado en un asunto similar, en donde se consideró inconveniente que los representantes del patrono hicieran las veces de representantes del sindicato, con criterios perfectamente aplicables en el presente caso, según los cuales la restricción aludida no los discrimina como tampoco a los empleados directivos, ya que mantienen su derecho de asociación sindical, pudiendo beneficiarse de los logros de la organización sindical; de esta manera, “se protege al sindicato de la injerencia del patrono en el manejo de los asuntos sindicales y en la representación del sindicato.”.

Resulta, igualmente, necesario precisar que la anterior argumentación encuentra desarrollo en el ámbito de los acuerdos internacionales, de la siguiente manera:

La libertad sindical y la protección al derecho de sindicalización fueron reconocidas por la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T, mediante el Convenio 87 suscrito en el año de 1948, en donde se estableció en su artículo 3o., numerales 1o. y 2o., respecto de la elección de los representantes de las organizaciones de trabajadores, que ésta debe ejercerse en forma libre y que las autoridades deben abstenerse a intervenir para limitarlo o impedir su ejercicio...

Así pues, se llega a la conclusión de garantizar la libertad de elección de los representantes de los sindicatos de los trabajadores, en la forma que señalen sus respectivos

129

estatutos, sujeta al orden legal y a los principios democráticos (C.P., art. 39), siempre que se procure con la misma evitar colocarlos en condiciones de debilidad ante su empleador, como ocurriría en el caso de aceptar que los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores o los altos empleados directivos de la empresa, formen parte de la junta directiva del respectivo sindicato o sean nombrados funcionarios del mismo.

Por consiguiente, con respecto al derecho fundamental de asociación sindical para los directivos y representantes del empleador, es posible establecer restricciones en cuanto hace a su participación en la junta directiva de un sindicato o para el desempeño como funcionarios del mismo, no así para su afiliación al respectivo sindicato, haciéndose acreedores por esa razón de los correspondientes beneficios y responsables de las correlativas obligaciones, como ya se mencionó.

Co

- Si el objetivo principal de todo sindicato es proteger los intereses de los trabajadores frente al empleador, sus representantes o negociadores deben ser independientes, frente a cualquier otro interés diferente a la causa de los trabajadores. Se trata de una inhabilidad para ejercer el cargo que vició de nulidad la elección, sin embargo no basta con la simple denominación por la empresa, en el proceso se deberá demostrar dicha calidad.

////&&&&////

TC

- Edad de afiliación a un sindicato y edad para ser miembro de una Junta Directiva sindical.
- Con el ánimo de constituir un sindicato un grupo de 25 trabajadores se reúne y hacen un acta de fundación del mismo. Tres de ellos tienen 13, 15 y 17 años, siendo este último elegido como miembro de la Junta Directiva. El empleador se niega a considerar la existencia del sindicato por cuanto existen menores de edad en él y por cuanto un menor no puede ser de la Junta Directiva. Los trabajadores temerosos de alguna retaliación acuden a la acción de tutela para que se les proteja su derecho de asociación y de representación.

N

- El artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, reza: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes...”.

El artículo 3° del mismo convenio dice: “1. *Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.*

2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.

Artículo 383 del C.S.T.: “*Pueden ser miembros de un sindicato los trabajadores mayores de 14 años.*”

Artículo 388, modificado por la ley 584 de 2000, art. 10. *Además de las condiciones que se exijan en los estatutos, para ser miembro de la junta directiva de un sindicato, se debe ser miembro de la organización sindical; la falta de esta condición invalida la elección.*

P

- 2 problemas jurídicos se plantean:

1° ¿Pueden los menores de 12, 14 y 17 años afiliarse a un sindicato?

2° ¿Pueden válidamente ser elegidos para la Junta Directiva del sindicato?

S

- Respecto del primer problema a resolver, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1188 de 2005, declaró exequible condicionadamente el artículo 383 del C.S.T. que señala “*Pueden ser miembros de un sindicato los trabajadores mayores de 14 años.*”, en el entendido de que este rige también para los trabajadores mayores de 12 años y menores de 14, siempre y cuando trabajen de manera excepcional y en las condiciones de protección exigidas en la Sentencia C-170 de 2004, en dicha providencia indicó:

“Las normas internacionales y las nacionales respecto al derecho de libertad de asociación y su consecuente el derecho de sindicalización coinciden en asegurar que se trata de un derecho para “todos”, sin restricción alguna, salvo la excepción ya anotada. En tanto el derecho a sindicalizarse es un derecho humano definido como titular la persona y no la capacidad de obrar o por ejemplo la ciudadanía, esto implica que se trata de un derecho exigible en cuanto derecho de libertad. Así, que cualquier menor de edad tiene derecho a sindicalizarse si es trabajador, entendiendo ser trabajador en términos fácticos y no en términos

de legalidad, más aún cuando las normas internacionales han establecido el derecho a la libertad de expresión. La Corte declarará la constitucionalidad de la norma, en el entendido que esta disposición rige también para los trabajadores mayores de 12 años y menores de 14, siempre y cuando trabajen de manera excepcional en condiciones especiales de protección. No existe entonces un criterio razonable que permita efectuar una clasificación normativa, en la que se discrimine a un grupo de trabajadores, aún más si se trata de niños quienes tienen garantizados sus derechos de manera primordial. El requerimiento esencial del derecho social según se ha visto es la necesidad para participar en la protección de sus derechos que no sería otros que aquellos que solo se pueden garantizar en colectividad.

(...)

“Esta Corporación declaró exequible la citada excepción mediante Sentencia C-325 de 2000 (M.P.Vladimiro Naranjo Mesa). Sin embargo, es preciso aclarar que su procedencia se sujeta, además del cumplimiento de las condiciones generales de permisión del trabajo infantil”.

Se precisa entonces, que “los menores únicamente pueden ingresar a la vida laboral en los denominados “trabajos ligeros”, es decir, en aquellos que por su propia naturaleza no pueden limitar o restringir su permanencia en el sistema educativo. Para lo cual, no basta con la sola asistencia a las aulas, sino que, es indispensable que puedan cumplir los programas de orientación que para el aprovechamiento de la enseñanza asignen sus maestros en las horas siguientes a sus clases. Quedan excluidos de trabajar en actividades peligrosas, riesgosas o ilícitas (como todos los menores) y, además, no se permite la prestación de sus servicios laborales en actividades normales (como sucede con los menores mayores de catorce (14) años)”.

Con base en el anterior argumento la Corte concluye que la disposición, contenida en el artículo 7-1 del Convenio No. 138 de la OIT, determina, que ésta deberá interpretarse: “La legislación nacional podrá permitir el empleo o el trabajo de personas de trece a quince años de edad [debe leerse 12-14, según el artículo 7-4 del mismo Convenio] en trabajos ligeros, a condición de que éstos: a) No sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo; y b) No sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben”.

“...Para estos casos excepcionales, se requiere entonces la autorización escrita del inspector de trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local. Pero además menciona la Corte que no sólo requiere la solicitud de los padres y, a falta de éstos, del defensor del familia, sino que, además, es indispensable que éste último acompañe siempre una calificación sobre

la excepcionalidad de las circunstancias que ameritan el trabajo infantil. Así lo dispone el artículo 238 del Código del Menor, en los siguientes términos: “Excepcionalmente y en atención a circunstancias especiales calificadas por el defensor de familia, los mayores de doce (12) años podrán ser autorizados para trabajar por las autoridades señaladas en este artículo”¹³⁰.

C

- En relación al segundo problema jurídico, relativo a si pueden los menores ser nombrados como representantes de los trabajadores, si bien la ley no limita la edad para el ejercicio de la representación y la Jurisprudencia no dice nada al respecto, ni los convenios, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que ese derecho lo tiene todo trabajador, aunque es razonable su limitación a su participación como dirigente pues su capacidad jurídica no será plena, exigiéndose la edad negocial, para una serie de actos.

//////&&&&////////

T
C

- El derecho de representación de un sindicato minoritario.
- En una empresa existe un sindicato de base y un sindicato de industria. Para iniciar la negociación sindical, el último sindicato mencionado, señala que por efectos de las condiciones de empleo, se debe tener representación en la negociación, pese a ser el sindicato minoritario, a lo cual se opone el sindicato de base, por ser mayoritario y el empleador, quien considera que los puntos relativos al empleo los puede considerar en la negociación, pero que la representación debe ser de un sindicato, para efectos de no atender a dos frentes que podrían llegar en un momento dado, a que uno aceptara la negociación y otro no.

Pj

- ¿Se vulnera el derecho de representación sindical y el derecho de negociación colectiva al sindicato de industria, por tener el sindicato de base, la representación colectiva en la negociación por ser sindicato mayoritario?

¹³⁰ Subrayado por fuera del texto original.

N

- Artículo 55 de la C.P.: “Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que consagra la Ley.”

Artículo 4 del Convenio 98 de la OIT: “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 2 del Convenio 154 de la OIT: “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.”

El Artículo 357, subrogado. D.L. 2351/65, art. 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)*.

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.

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)*.

NOTA: En la sentencia C-567 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán S.,¹³¹ la Corte Constitucional declaró inexecutable los numerales 1 y 3 del artículo 26 del decreto

¹³¹ Esta norma había sido criticada reiteradamente por la Comisión de Expertos en Aplicación de convenios y Recomendaciones de la OIT, por ir en contra del artículo 2º del CIT 87.

legislativo 2351 de 1965 (antiguo art. 357 del CST) pues el primero prohibía la existencia en una misma empresa de dos o más sindicatos de base o empresa, lo que estaba en franca contradicción con el Convenio 87 y el artículo 39 de la C.P. y que si ninguno de los sindicatos agrupaba a la mayoría de los trabajadores de la empresa, la representación correspondía conjuntamente a ellos, lo cual vulnera la autonomía de los sindicatos en su derecho de representación.

Sj

- Mediante la sentencia C-063 de enero 30 de 2008, la Corte Constitucional le dio derecho a los sindicatos minoritarios de participar directamente y no por intermedio del sindicato mayoritario en la negociación y contratación colectivas, se declara por ende inexecutable el numeral 2 del artículo 26 del decreto legislativo 2351 de 1965, allí dijo:

“Cabe recordar que si bien el derecho de sindicación y el de negociación colectiva son cuestiones diferenciadas, pudiendo admitir este último restricciones, de conformidad de lo previsto en la Constitución, artículo 55 y el convenio 98 de la OIT, el impedimento absoluto de los sindicatos minoritarios, 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, como pasa a explicarse.

Cabe recordar, que el derecho de asociación sindical comprende la garantía de autonomía de las organizaciones sindicales, para lo cual se les deben brindar las condiciones indispensables a fin de que puedan actuar efectivamente con toda independencia y promover con eficacia los intereses de sus afiliados. En dicha medida, el derecho de los trabajadores de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo, implica la autonomía de las organizaciones sindicales para presentar pliegos de peticiones y de negociarlos de manera libre a través de sus propios representantes.

Derecho de negociación colectiva que debe ser posibilitado a toda clase de categorías de organizaciones sindicales, de conformidad con el convenio 154 de la OIT, que radica en cabeza de los estados partes el deber de adoptar medidas dirigidas a fomentar la negociación colectiva, y aunque no especifica cuáles medidas, sí deja una amplia libertad de configuración en cabeza de los órganos estatales responsables para el cumplimiento de dichos propósitos.

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 153, ambos de la OIT, tal finalidad debe llevarse pero salvaguardando la autonomía de las organizaciones sindicales y sin vulnerar la Constitución.

Es importante señalar que algunos partidarios de la declaración de exequibilidad de la norma, manifestaron¹³²:

“... Que la misma en lugar de limitar o cercenar los derechos de asociación, libertad y representación sindical del sindicato minoritario, lo que hace es disponer la participación de dicho sindicato a través del envío de los temas que han de ser incluidos en el pliego de peticiones, como forma de participación indirecta en la negociación colectiva, correspondiendo su aprobación a la asamblea general, órgano que agrupa a todos los trabajadores.”

(...) “otro argumento presentado a favor de la declaración de constitucionalidad consiste en que frente a una situación de coexistencia de sindicatos en una misma empresa, como manifestación plena, democrática y pluralista, dicha empresa no podía estar adelantando negociaciones múltiples, simultáneas y diferidas a lo largo del año calendario cada vez que un sindicato que posea uno o dos afiliados pretenda vulnerar las mayorías democráticas para generar pequeñas negociaciones atomizadas. De otra parte se agrega que a nivel de empresa debe existir “seguridad jurídica” en relación con el tipo de relaciones laborales y en una empresa sólo hay una convención colectiva de trabajo con vigencia plena.”

El artículo 2 del Convenio 87 de la OIT señala que los trabajadores tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, sin injerencia del Estado o del empleador, pudiendo existir en un mismo ámbito empresarial o sectorial dos o más organizaciones de trabajadores, aunque lo deseable sería una sola unidad sindical, para que la fuerza laboral esté fortalecida, por ser más efectiva frente al empleador o el Estado, aunque de acuerdo a la norma objeto de análisis, la limitación a una sola organización sindical desnaturaliza el derecho.



- Es evidente que el derecho de negociación colectiva es una expresión del desarrollo de la libertad sindical, donde se efectiviza el derecho de representación y se defiende los intereses económicos de sus afiliados, sin embargo la naturaleza de los derechos impide verlos con la misma fuerza constitucional, pues la asociación sindical es un derecho fundamental (art. 39 de la C.P.), en cambio el derecho de negociación sindical no lo es (artículo 55), aunque puede adquirirlo en conexidad con la libertad sindical si con aquel se vulnera esta, en otras palabras los convenios de libertad sindical 87 y 98 de la OIT forman parte del bloque de constitucionalidad, por ser derechos fundamentales que no pueden ser suspendidos en estados de excepción,

¹³² C-063 de 2008, Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

en cambio el convenio 154 y su recomendación 163, relativos al fomento de la negociación colectiva, forman parte del bloque de legalidad, conforme al artículo 53 de la Constitución Política, al decir de la Corte Constitucional “... esta corporación no ha declarado que haga parte integrante del bloque de constitucionalidad, ni en sentido estricto, ni en sentido lato.”¹³³.

Lo anterior permite un examen en principio entre dos leyes, la aprobatoria del Convenio 154 aunada al convenio y el artículo 26 numeral 2º del D.L. 2351 de 1965, sin embargo en esta sentencia, la Alta Corte consideró, que no sólo se vulneraba el derecho libre y voluntario de la negociación colectiva, dados los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino que se violaba el derecho de la libertad sindical y por ello frente a dicha conexidad, el examen se hizo entre una norma supralegal y otra legal.

La realidad nos muestra en Colombia, que existe un sistema plural sindical en un mismo ámbito, esto es, varios sindicatos dentro de una misma empresa o sector, lo que implica dificultades de interlocución para el empleador y varias fuerzas actuando con sus propios intereses, sacrificándose la eficacia sindical en aras de la libertad sindical.

Se había optado para efectos de la participación institucional en organismos públicos de trabajo y seguridad social o en organismos internacionales, como la OIT, que sea “el sindicato más representativo” (que lo puede ser por elección de los trabajadores o el más antiguo o el de mayor número de afiliados, etc.), según lo prevé el artículo 3, numeral 5 de la Constitución de la OIT. A este respecto el Comité de Libertad Sindical ha aceptado lo anterior, pero advirtiendo que los criterios de elección del sindicato, sean objetivos, precisos, imparciales, previamente establecidos y que no se encuentren sujetos a la discreción del gobierno.¹³⁴

/////&&&&/////

T

- La Junta Directiva sindical integrada por mayoría de personal extranjero.

¹³³ Ibid., sentencia.

¹³⁴ (255to. informe, casos 1129, 1298, 1344, 1351 y 1372, párrafo 63; Recopilación de 1985, párrafo 239).

C

- En una empresa multinacional con sede en el país, se ha constituido un sindicato, siendo elegidos como miembros principales de la junta directiva 4 extranjeros y un colombiano. Dicha composición no es aceptada por el empleador por cuanto podría violentarse los intereses de los trabajadores colombianos de la empresa y los intereses estratégicos del país, si se permite que surjan decisiones que puedan favorecer el interés foráneo, señala además que en la sentencia C-1058 de 2003, la Corte reconoció la posibilidad de establecer un trato diferencial para los extranjeros siempre que sea razonable y proporcional. Como en este caso. Se presenta acción de tutela por parte de los 4 extranjeros para que se proteja la libertad sindical, en especial el artículo 2 del convenio 87.

N

- El Artículo 39 de la C.P.: *“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. (...)”*.

El Artículo 100 de la C.P.: *Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.(...)*

El artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, reza: *“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes...”*.

El artículo 3 del citado convenio reza: *“1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.*

2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.”

El artículo 6° del Convenio 97 de la OIT, relativo a los trabajadores migrantes, dispone:

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:

- a) *Siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas:*
 - i) *La remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores;*
 - ii) *La afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos; (...)*

El artículo 10 del Convenio 143 de la OIT, igualmente sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, establece que todo miembro, para el cual se halle en vigor ese instrumento: *“se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio”*.

El Artículo 8° del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagra 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”*.

El Artículo 8° del Protocolo de San Salvador, dispone que los Estados Partes garantizarán el derecho de los trabajadores *“a organizar sindicatos y afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses”* y, *“permitirán a los sindicatos formar federaciones o confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección”*.

ART. 422. Junta directiva. Modificado. L. 584/2000, art. 14. Para ser miembro del comité ejecutivo y/o la junta directiva de una organización de

segundo o tercer grado, además de las condiciones que se exijan en los estatutos, se debe ser miembro activo de una de las organizaciones afiliadas; la falta de esta condición invalida la elección.

En ningún caso el comité ejecutivo y/o la junta directiva podrá estar conformada en su mayoría por personas extranjeras.

La condición de ser miembro activo de una de las organizaciones referidas en el primer inciso del presente artículo, no se toma en cuenta cuando se compruebe debidamente que el trabajador está amenazado, despedido o perseguido debido a su actividad sindical, lo cual deberá ser declarado por la mayoría absoluta de la asamblea general o el congreso que haga la elección”.

ART. 388. Condiciones para los miembros de la junta directiva.

Además de las condiciones que se exijan en los estatutos, para ser miembro de la junta directiva de un sindicato, se debe ser miembro de la organización sindical; la falta de esta condición invalida la elección.

En ningún caso la junta directiva podrá estar conformada en su mayoría por personas extranjeras”.

Pj

- ¿Pueden las personas extranjeras ser parte mayoritaria de una Junta directiva?

Sj

- La sentencia C-385 de 2000, refiriéndose a la posibilidad de que los sindicatos puedan elegir en cargos directivos o juntas o como delegados del sindicato a extranjeros, dijo:

“El derecho fundamental de asociación sindical se reconoce como derecho humano, universal, a todas las personas que tengan la condición de trabajadores para que puedan agruparse en organizaciones que representen los intereses que son comunes a todas ellas en el ámbito laboral. Nada interesa, por consiguiente, el origen nacional de las personas para que puedan gozar del referido derecho, pues lo relevante es que se trate de trabajadores.”¹³⁵

La Corte Constitucional a través de la sentencia C-311 de 2007¹³⁶ consideró que se atentaba contra el derecho a la libertad sindical, el limitar el derecho de los

¹³⁵ C-385 de 2000 (5 de abril), M. P. Antonio Barrera Carbonell.

¹³⁶ C-311 de 2007, Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

extranjeros a pertenecer a una Junta directiva sindical en organismos de segundo y tercer grado, en donde sean mayoría. Así lo dijo:

“Continuando con el examen de la norma bajo análisis, encuentra la Corte que al no estar justificada la restricción en razones de orden público, la medida consistente en prohibir que los extranjeros puedan conformar en mayoría, los comités ejecutivos y juntas directivas de las federaciones o confederaciones sindicales, discrimina sin razón válida, pues unos empleados, los colombianos, pueden ejercer a plenitud el derecho a la asociación sindical y en cambio quienes igualmente son trabajadores, pero con distinta nacionalidad, están privados de gozar una parte de esa misma garantía laboral.

Se configura así una ostensible violación al artículo 13 de la Carta, pues el trato diferente que contiene el segmento normativo acusado del artículo 422 del C. S.T., modificado por el 14 de la Ley 584 de 2000, no se funda en una justificación objetiva y razonable, sino en el origen nacional del trabajador afiliado a dichas organizaciones de segundo y tercer grado, situación que está expresamente proscrita no sólo por la citada norma superior sino también por el artículo 39 ibídem, en concordancia con lo establecido en los instrumentos internacionales ya citados, de acuerdo con los cuales para poder gozar del derecho de asociación sindical es indiferente el origen nacional de las personas, pues lo relevante es que se trate de trabajadores.

Además, la restricción que se analiza afecta el núcleo esencial del derecho de asociación sindical (art. 39 Const.), como quiera que impide que los miembros de federaciones y confederaciones puedan determinar, sin injerencia del Estado, la estructura de esas organizaciones sindicales de segundo y tercer grado, escogiendo mediante el voto directo y libre las personas que habrán de desempeñarse como miembros de sus comités ejecutivos y juntas directivas.

Así mismo, por virtud de la restricción en comento resultan afectadas libertades fundamentales, como las de expresión y difusión del pensamiento y opiniones e información (art. 20 Const.), petición (art. 23 ib.) y reunión (art. 37 ib.), que son conexas al derecho de asociación sindical, así como otras garantías de carácter laboral: la libertad de negociación y el derecho a la huelga (arts. 55 y 56 ib.), pero en especial el derecho a la participación, ya que se impide a los extranjeros intervenir y tomar parte en asuntos y decisiones que los afectan (art. 2º ib.)”.

En relación con el inciso segundo del artículo 388 del CST señaló:

“También encuentra esta corporación que el inciso segundo del artículo 388 del C. S.T., modificado igualmente por la Ley 584 de 2000, artículo 10, no demandado en esta

oportunidad, incluye idéntica restricción tratándose de la junta directiva de un sindicato, medida que para la Corte también resulta inconstitucional, por los mismos fundamentos que en el presente fallo se han expuesto y dada su evidente relación intrínseca con el inciso segundo del artículo 422 del C. S.T., que se declara inexecutable, pues como se explicó anteriormente las federaciones y confederaciones cumplen análogas funciones a las de los sindicatos...”.

Los magistrados Jaime Araújo Rentería y Humberto Sierra Porto salvaron el voto en esta providencia, con otros argumentos igualmente valiosos. El primero afirmó:

“4. Por las razones anteriores, considero que el debate en este caso se debe centrar acerca de si a la luz de la Constitución Nacional pueden existir límites a los derechos de los extranjeros y si ello es así, si pueden ser restringidos con la misma amplitud respecto de todos los derechos o de algunos derechos en particular. En mi concepto, debe responderse afirmativamente a la primera pregunta, en cuanto sí puede haber restricción de los derechos de los extranjeros, por cuanto la propia Constitución lo autoriza, y ello en algunos casos de manera más amplia que en otros, ya que frente a los derechos civiles se exige una mayor protección, aun cuando frente a éstos pueden justificarse restricciones por razones de orden público.

Por consiguiente, definido que puede haber restricciones a los derechos de los extranjeros, hay que preguntarse si los intereses nacionales justificarían de manera suficiente dicha restricción, y esto en el caso de derechos que no son derechos fundamentales, como en el caso que nos ocupa, por cuanto se trata de restringir la participación mayoritaria de extranjeros en el comité ejecutivo y/o la junta directiva de una organización sindical de segundo o tercer grado, mas no de afectar el núcleo esencial del derecho de asociación sindical. Por tanto, a mi juicio, lo que hizo el legislador en este caso no está fuera de los valores y derechos que prescribe el ordenamiento superior.

(...) De otro lado, en mi criterio, la OIT no se refiere a la hipótesis de la norma acusada sino a la participación de trabajadores extranjeros en un sindicato, pero no a integrar mayoría en las juntas directivas, en las cuales también pueden participar desde luego extranjeros, cuya participación se limita simplemente a que no conformen la mayoría, limitación que no encuentro contraria a la Constitución.

En el salvamento de voto del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto se agrega:

“Resulta claro que evitar que los extranjeros controlen un sindicato, en cuanto a que son mayoría en los respectivos órganos directivos, pretende salvaguardar la seguridad y los intereses nacionales, tanto más si se piensa, por ejemplo, en empresas que prestan servicios

públicos o que actúan en sectores estratégicos de la economía nacional. A decir verdad, el interés nacional suele coincidir con aquel de los nacionales, lo que no necesariamente se da en el caso de los extranjeros. En efecto, el fenómeno de la globalización económica ha conducido a que se instalen en los países receptores de inversión extranjera, numerosos trabajadores foráneos, no sólo en posiciones directivas de la empresa sino en cargos administrativos y operativos. De allí que permitir que la mayoría de trabajadores, provenientes de otros países, controlen los sindicatos de tales empresas extranjeras, puede perjudicar los intereses no sólo nacionales sino aquellos de los trabajadores colombianos que laboran en la misma empresa. De igual manera, admitir que los trabajadores extranjeros controlen sindicatos de empresas colombianas, en especial, aquellas vinculadas con sectores estratégicos de la economía (v.gr. producción de hidrocarburos) puede conllevar un alto riesgo para la preservación del interés nacional.

Tratándose por tanto de un test débil de proporcionalidad, estimo que la Corte debió haber declarado exequibles las expresiones acusadas, por cuanto persiguen la consecución de un fin constitucionalmente válido.

C

- Si bien el convenio 87 en su artículo 2, preserva el derecho de asociación sindical, “sin distinciones”, es decir sin discriminación alguna, entre otras, la nacionalidad, y en el artículo 3 el derecho a elegir sus representantes, no trata el tema ni en este u otro convenio a la participación mayoritaria de los extranjeros en las juntas directivas. Pese a lo anterior doctrinariamente se ha manifestado la OIT en los siguientes términos:

“382. Debería conferirse mayor flexibilidad a las legislaciones a fin de permitir que las organizaciones ejerzan sin trabas la libre elección de sus dirigentes y a los trabajadores extranjeros tener acceso a las funciones sindicales, por lo menos una vez pasado un periodo razonable de residencia en el país de acogida” (véase informe caso núm. 1612, párrafo 21).

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones -CEACR- y del Comité de Libertad Sindical -CLS-, de la OIT, se han referido a que se debe proteger los derechos fundamentales de los trabajadores extranjeros a constituir sindicatos y a afiliarse a ellos, así como a estar protegidos contra todo acto de discriminación,¹³⁷ y que las disposiciones demasiado rigurosas relativas a la nacionalidad pueden entrañar el riesgo de que algunos trabajadores se vean privados del derecho a elegir libremente a sus representantes, como es el caso de migrantes

¹³⁷ OIT, Conferencia Internacional del Trabajo, 92 reunión, 2004. Informe VI.

UNIDAD 5

que trabajan en sectores en los que constituyen una proporción importante de la fuerza de trabajo, por lo cual ha considerado que las legislaciones internas deben permitir a los trabajadores extranjeros el acceso a funciones como la de dirigente sindical, por lo menos después de haber transcurrido un período razonable de residencia en el país de acogida.

UNIDAD 6

LOS OTROS CONVENIOS FUNDAMENTALES



- Distinguir otros convenios fundamentales y su relevancia en la práctica judicial en Colombia.
- Concientizar a los jueces y juezas de la República, sobre la necesidad de incorporar estos convenios a los casos judiciales.



Con el presente capítulo el discente será capaz de:

- Determinar qué entiende la OIT por trabajo forzoso y las formas directas o encubiertas del mismo existentes en Colombia.
- Aprender a diferenciar qué se entiende por remuneración para el convenio internacional 100 y salario para Colombia y el concepto de trabajo de igual valor, con relación al concepto de “a trabajo igual, salario igual”.
- Cuáles son las diferentes formas de discriminación laboral.
- Integrar en el análisis individual de cada caso judicial, cuáles normas internacionales pueden ayudarlo a resolver vacíos legales o a complementar su argumentación jurídica.
- Analizar temas y casos jurídicos en Colombia y qué ha señalado la jurisprudencia al respecto.

CASO ILUSTRATIVO

¿Considera usted que la obligación de ser abogado de oficio en la defensa penal, es un trabajo forzoso, por cuanto no es voluntario y su no aceptación acarrea sanciones?

En la sentencia No. C-071/95 se demandó el artículo 147 del Decreto 2700 de 1991, “Por el cual se expidieron las normas del (anterior) Procedimiento Penal, este precepto afirmaba la obligatoriedad del cargo de defensor de oficio, bajo la pena de multa y las otras sanciones que le impusiera la ley.

La Corte Constitucional señaló al respecto:

“El Convenio No. 29 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en el año de 1930, y aprobado por Colombia mediante la ley 23 de 1967, define en el artículo 2o. numeral 1o., el trabajo forzoso u obligatorio, en los siguientes términos: “...todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”

Y en el literal e) de la misma norma prescribe, que la expresión trabajo forzoso u obligatorio NO comprende: cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre servicio militar obligatorio y que tenga carácter puramente militar; b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo; c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial; d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor (guerra, siniestros, incendios, inundaciones, temblores de tierra, epidemias, etc.); e) los pequeños trabajos comunales.

En el Convenio No. 105 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por Colombia por medio de la ley 54 de 1962, se ordena, en el artículo 1o., a todos los países miembros suprimir y no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: a) como medio de coerción o de educación política o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas, por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) como medida de disciplina en el trabajo; d) como castigo por haber participado en huelgas; y e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religioso.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en nuestro país, por la ley 74 de 1968, se consagra en el artículo 8o. numeral 3-a lo siguiente: “Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de esa clase impuesta por un tribunal competente: c) No se considerarán como trabajo forzoso u obligatorio, a los efectos de este párrafo: i) los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión, se encuentre en libertad condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia; iii) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de

la comunidad; iv) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”. (resalta la Corte).

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, se consagra en el numeral 2o. del artículo 6o.: “Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”. No. 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo: a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías (sic) o personas jurídicas de carácter privado; b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél; c) el servicio impuesto en caso de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”. (lo destacado es de la Corte).

Pues bien: al leer la definición de “trabajo forzoso u obligatorio” contenida en estas disposiciones internacionales, parecería a simple vista que le asiste razón a la accionante, porque el cargo de defensor de oficio a que alude la norma demandada es de forzosa aceptación, la persona no se ha ofrecido voluntariamente a prestarlo, y su no aceptación acarrea sanciones, ya que únicamente permite excusarse en los eventos que allí se indican en forma taxativa. Sin embargo, ello es apenas aparente, porque son esos mismos Tratados y Convenios Internacionales, los que permiten la prestación de ciertos servicios o trabajos que a pesar de considerarse forzosos u obligatorios no lo son. Dentro de ellos se encuentra “el trabajo o servicio (que) forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos”, como es el caso de debate.

En efecto, si conforme al artículo 95-7 de la Carta Política, es deber cívico de **todo ciudadano** “Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”, con mayor razón lo es del abogado, quien dada su misión de “defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares”, tiene además una labor social que cumplir, la cual fue definida por el legislador así: “la abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia” (arts. 1 y 2 decreto 196/71).

Entonces, resulta congruente con esos mandatos que se exija su colaboración con la justicia, desempeñándose como defensor de oficio en asuntos penales, cargo que como ya se ha reiterado, vendría a ser excepcional, pues corresponde ejercerlo a los abogados de la Defensoría del Pueblo y sólo en el evento de que no exista defensor público en el lugar donde se adelante el proceso, o no sea posible designarlo inmediatamente, se podrá nombrar a un abogado ajeno a ese organismo, esto es, un particular.

6.1. LOS CONVENIOS FUNDAMENTALES

Nuevamente se repite que en 1995, tras el 75° aniversario de la OIT, la Conferencia Internacional calificó ocho convenios como fundamentales por considerar que son la base para el desarrollo de las sociedades democráticas. Dos de ellos están relacionados con la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva: El Convenio 87 y el 98, ya revisados en la anterior unidad. Otros dos Convenios están relacionados con la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio: el Convenio 29 y el 105. Los dos Convenios siguientes están relacionados con la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación: el Convenio 100 y el 111. Los siguientes tratan la abolición efectiva del trabajo infantil: el Convenio 138 y el 182. Todos han sido ratificados por Colombia.

El Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo ha calificado estos derechos como “*condición previa para el desarrollo de los demás, por cuanto proporcionan el marco necesario para esforzarse en mejorar libremente las condiciones de trabajo individuales y colectivas*”¹³⁸. Los derechos a los que se refieren dichos convenios fundamentales han sido reconocidos además como principios y derechos fundamentales en el trabajo a través de la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86 reunión que concluyó con la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998.

Estos convenios contienen disposiciones del *ius cogens*¹³⁹ integrado por normas que deben cumplirse independientemente de la voluntad de las partes, dado que son materia de los derechos humanos, por ello en esta declaración se estableció para todos los países miembros la obligación de observarlos, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos.

¹³⁸ www.oit.org/public/spanish/standards/index.htm

¹³⁹ UPRIMNY, Rodrigo. Módulo Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Rodrigo Lara Bonilla.

En esta unidad se analizarán los Convenios relacionados con la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio: el Convenio 29 y el 105 y los dos Convenios siguientes están relacionados con la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación: el Convenio 100 y el 111.

No se analizarán los convenios relacionados con las “peores formas de trabajo infantil”, por ser un tema poco tratado en los estrados judiciales, sin embargo dado su importancia para Colombia, se remite al lector a la resolución 1677 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, en la cual se señala cuáles actividades son consideradas de esa categoría y se establece la clasificación de actividades peligrosas y condiciones de trabajo nocivas para la salud e integridad física y psicológica de las personas menores de 18 años de edad.

6.2. LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE TRABAJO FORZOSO U OBLIGATORIO

Los Convenios 29 sobre el trabajo forzoso y 105 sobre la abolición del trabajo forzoso son una confirmación del sistema democrático en el mundo, pues representa una defensa contra el trabajo obligatorio, practicado por algunas empresas de producción o de servicio y en ocasiones utilizado como sanción adicional a la imposición de la pena por parte del Estado.

El trabajo forzoso es exigido aun no solo por algunos estados (aunque está hoy prohibido en casi todo el mundo), también se practica por la empresa privada, algunas veces al amparo de la ley y otras veces de manera ilegal. Esta forma de esclavitud es enfrentada por los dos convenios anteriores, que son los que más ratificaciones tienen por parte de los estados miembros, en relación con todos los demás convenios de la OIT, 161 Estados han ratificado el convenio 29 y del 105, lo han hecho 158 países. Pese a lo anterior, como ya se indicó todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios, tienen el compromiso de eliminar todas las formas de trabajo forzoso, obligación que se deriva de su mera pertenencia a la Organización Internacional del Trabajo.

Los artículos 1 párrafo 1, y 25 del Convenio 29 exigen a los estados el compromiso de *“suprimir, lo más pronto posible, el empleo de trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas”*, esto es, una obligación de abstenerse de implementar formas de trabajo obligatorio o derogar las formas impuestas y de no permitir que en su territorio se practique por parte de otras empresas o personas el mismo y en caso de descubrir su práctica imponer las sanciones respectivas.

6.3. DEFINICIÓN DEL TRABAJO FORZOSO

El Artículo 2, párrafo 1, del Convenio 29 define el trabajo forzoso u obligatorio como:

“todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

Ejemplo de este, son los talleres donde se explota al trabajador, algunas formas del servicio doméstico, la explotación de las personas en la agricultura, la trata de personas al interior o exterior del país, etc.

Con la sola trata de personas existen subclasificaciones como el turismo sexual, la mendicidad, la pornografía, la explotación laboral, etc.

La amenaza de imposición de una pena no tiene que revestir forzosamente la forma de una sanción penal, sino que puede tratarse también de la privación de cualquier derecho o ventaja¹⁴⁰. En igual sentido la voluntariedad, hace relación al libre arbitrio del trabajador para aceptar el empleo o la ocupación, incluso el trabajo de los prisioneros en las cárceles, no podrá ser obligatorio excepto si la pena misma consiste en la realización de un trabajo y para el caso de los trabajadores migrantes se viola el Convenio cuando “...son llevados a permanecer a disposición del empleador mediante el engaño, promesas falsas, la retención de documentos de identidad o la fuerza...”¹⁴¹.

Existen situaciones que a pesar de ser imposiciones del Estado, el mismo convenio acepta su imposición, por prevalecer el interés general sobre el particular. Antes de referirnos a dichas formas hay que aclarar que la enseñanza obligatoria es aceptada por las normas internacionales de derechos humanos como un medio de garantizar el pleno ejercicio del derecho a la educación, que en Colombia ronda hasta el cuarto año de bachillerato, incluido la modalidad técnica o vocacional (en otros países va hasta la formación profesional). Así mismo en los contratos de aprendizaje se exige, un periodo de trabajo práctico, para completar la formación, lo cual no puede considerarse como un trabajo obligatorio por la voluntariedad del aprendiz.

¹⁴⁰ Actas, CIT, 14 reunión, Ginebra, 1930, vol. I, pág. 691; OIT: Abolición del trabajo forzoso, Estudio general de 1979 de la Comisión de Expertos, párrafo 21.

¹⁴¹ KERN, Max y SOTTAS, Carmen. Libertad de los trabajadores: Abolición del Trabajo Forzoso u Obligatorio en: Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, OIT, 2003.

6.4. EXCLUSIONES

El artículo 2, párrafo 2, del Convenio 29 enuncia determinadas formas de servicio obligatorio que normalmente entrarían en la definición general de “trabajo forzoso u obligatorio” pero que quedan excluidas del convenio:

- a) *cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;*

El “carácter puramente militar”, implica la exclusión de trabajos diferentes, tal como lo ratifica el artículo 1, b) del Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso que prohíbe el recurso al trabajo forzoso u obligatorio “como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico”. Excepcionalmente existen casos en los que una actividad distinta a la militar dentro del marco del servicio militar obligatorio se permite en caso de fuerza mayor definidos por el Convenio en este mismo artículo 2 numeral 2°. Asimismo, los militares de servicio obligatorio que trabajan en la sección de ingeniería, pueden construir puentes o carretera.¹⁴² En cuanto a los objetores de conciencia “... los órganos de control de la OIT han estimado que su exención del servicio militar obligatorio cuando en su lugar se les obliga a prestar otros servicios, constituye un privilegio que se acuerda individualmente, en nombre de la libertad de conciencia, a solicitud del interesado.”¹⁴³

- b) *cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;*

Al respecto el artículo 95 de la Constitución Política, exige que los habitantes de Colombia realicen unos deberes, entre otros el deber de votar, de asistir a una persona en peligro, el mismo servicio militar obligatorio, el deber de solidaridad o los servicios en casos de fuerza mayor.

¹⁴² Abolición del trabajo forzoso, Estudio General de 1979 de la Comisión de Expertos, párrafo 25 a 30, con referencias a los trabajos preparatorios de la Recomendación núm. 136.

¹⁴³ KERN, Max y SOTTAS, Carmen. Libertad de los trabajadores: Abolición del Trabajo Forzoso u Obligatorio en: Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, OIT, 2003.

c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

Este tipo de trabajo sólo se puede imponer al condenado, mediante sentencia judicial y no al detenido y siempre bajo la vigilancia de las autoridades públicas y sin que pueda ser cedido o puesto a disposición de particulares. Excepcionalmente en ciertos países se ofrece a los prisioneros prestos a la liberación, la posibilidad de aceptar voluntariamente, un empleo en una empresa privada, a reserva de ciertas garantías relativas al pago de salarios normales y a la cobertura de la seguridad social y a la autorización de los sindicatos, siempre que sea voluntaria la aceptación del mismo.¹⁴⁴

d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;

e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos”.

Los órganos de control han señalado algunas condiciones para excluir del convenio esta situación:

“Los trabajos han de ser de «pequeña importancia», es decir, consistir primordialmente en trabajos de conservación y, en casos excepcionales, en la construcción de determinados edificios que signifiquen una mejora en las condiciones sociales de la comunidad (pequeñas escuelas, consultorios médicos y salas de operaciones, etc.); los servicios han de ser «servicios comunales», cuya realización interese directamente a la comunidad y no han de constituir obras destinadas a beneficiar a un grupo más importante; los «miembros de la comunidad»

¹⁴⁴ OIT: Abolición del trabajo forzoso, Estudio general de 1979 de la Comisión de Expertos, párrafo 97.

que han de prestar los servicios y sus representantes «directos» (por ejemplo, el consejo local) han de tener derecho a pronunciarse acerca de la necesidad de los mismos¹⁴⁵.

6.5. CONVENIO SOBRE LA ABOLICIÓN DEL TRABAJO FORZOSO

El Convenio 105 (1957) complementa el Convenio 29 (1930), pues este último contiene la definición de “trabajo forzoso u obligatorio”, prevé la abolición general del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas mientras el Convenio 105 sólo estipula la abolición del trabajo forzoso u obligatorio en los cinco casos enumerados en el artículo 1 de este Convenio. Reza el precepto:

“Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio:

- a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;*
- b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;*
- c) como medida de disciplina en el trabajo;*
- d) como castigo por haber participado en huelgas;*
- e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.*

6.6. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN

“Desde que en 1919 se fundó la Organización Internacional del Trabajo, la cuestión de la observancia de la igualdad de oportunidades y de trato ha sido uno de los objetivos fundamentales de esta Organización. La primera Constitución de la OIT indicaba que este principio está entre los que son «de importancia particular y urgente» y estableció que «las

¹⁴⁵ OIT: Abolición del trabajo forzoso, Estudio General de 1979 de la Comisión de Expertos, párrafo 37; Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por Myanmar del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) (OIT, Boletín Oficial, suplemento especial, vol. LXXXI, 1998, Serie B, párrafo 213).

reglas que en cada país se dicten con respecto a las condiciones de trabajo deberían asegurar un trato económico equitativo a todos los obreros que residan legalmente en dicho país». La Constitución original también reconocía «el principio de salario igual, sin distinción de sexos para un trabajo de igual valor»¹⁴⁶ En una resolución adoptada en 1938, la Conferencia Internacional del Trabajo invitó a todos los Miembros a «aplicar el principio de igualdad de trato a todos los trabajadores residentes en su territorio, y a renunciar a todas las medidas de excepción que puedan, en particular, establecer discriminación contra trabajadores pertenecientes a ciertas razas o confesiones respecto a su admisión a trabajos públicos o privados»²¹⁴⁷

Los convenios 100 y 111 de la OIT, ratificados por Colombia mediante las leyes 57 de 1962 y la 47 de 1967 respectivamente, desarrollan el tema, siendo considerados como convenios fundamentales.

En 1975, la OIT pasó de la protección especial a la promoción de la igualdad, cuando la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras¹⁴⁸. Aunado a lo anterior, surgió la Recomendación 123 sobre el empleo (de mujeres con responsabilidades familiares) que fue adoptada en 1965 para proporcionar las medidas que deberían tomarse para posibilitar a las mujeres el compaginar sus distintas responsabilidades sin exponerse a la discriminación. Así mismo, en 1981, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 156 y la Recomendación núm. 165 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.

Otros convenios que tratan el tema de la no discriminación o promoción de la igualdad de manera general o específica, son:

El Convenio 117 sobre política social (normas y objetivos básicos) cuando dispone que el fin de la política social debería ser suprimir toda discriminación entre los trabajadores fundada en motivos de raza, color, sexo, credo, asociación a una tribu o afiliación a un sindicato.

¹⁴⁶ 1 Sección II, artículo 41, puntos 7 y 8, de la Constitución (art. 427 del Tratado de Versalles). También se hizo hincapié en la protección de las mujeres, jóvenes y niños.

¹⁴⁷ 2 OIT: Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), Record of Proceedings, 24.ª reunión, Ginebra, 1938, pág. 679. Constance Thomas y Yuki Horii, igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación, en Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo, OIT, 2003.

¹⁴⁸ CIT, 60.ª reunión, 1975. Declaración sobre la igualdad de trato y de oportunidades para las trabajadoras; Boletín Oficial de la OIT, vol. LVIII, 1975, serie A, núm. 1, págs. 104-109. La Declaración sobre la igualdad de trato y de oportunidades Igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación.

El Convenio 122 sobre la política del empleo, señala que se deberá tender a garantizar la libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizarlo en la formación y las cualificaciones que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.

De forma más específica, el artículo 8 del Convenio 140 sobre la licencia pagada de estudios, prohíbe el negar dicha licencia por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social. El artículo 5 del Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, incluye entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo: la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social.

6.7. SOBRE IGUALDAD DE REMUNERACIÓN CONVENIO 100 Y RECOMENDACIÓN 90

El Convenio 100 y la recomendación 90 amparan a todos los trabajadores ya sean hombres o mujeres, laboren en el sector público o privado, para evitar la discriminación entre sexos. En especial se dirige a la mujer que desarrolla actividades de igual valor que las del hombre pero que percibe menor remuneración por el hecho de ser del sexo femenino.

En su artículo 1º señala que la expresión “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”.

Esta definición se presenta de manera amplia para que la igualdad entre hombres y mujeres, no se circunscriba sólo al salario básico o mínimo, sino para que se incluya todo lo que reciba el trabajador por efectos de la prestación directa del servicio.

Para los órganos de control de la OIT, se incluye en la remuneración los emolumentos que el empleador no paga directamente al trabajador, pero que son fruto de la relación de empleo, como las prestaciones pagadas con cargo a un fondo común administrado por los empleadores o por los trabajadores, las prestaciones

pagadas por la seguridad social financiadas por la empresa, mas no las pagadas para el sistema de seguridad social general y por lo tanto están fuera del campo de aplicación del Convenio.

Esa diferencia técnica va incluso a considerar que las prestaciones sociales, las vacaciones y aun ciertos instrumentos de trabajo forman parte de la remuneración.

El artículo 1 b) del Convenio dispone:

“La expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.”

Obsérvese que la comparación se da en el “trabajo de igual valor”, tiene un sentido diferente al previsto en el artículo 143 del CST que reza: “A trabajo igual, salario igual”; expresión más restringida, pues el comparativo se da entre trabajos iguales o similares, mientras que en el convenio, al referirse al “trabajo de igual valor” se puede dar la comparación entre distintos puestos de trabajos, con diferentes jornadas, lo que importa es que el trabajo tenga un valor equivalente, por eso a través de unas reglas de ponderación que atiendan a las exigencias profesionales o técnicas, la acreditación de las mismas, el esfuerzo físico o mental que se debe utilizar en la labor, las capacidades, la productividad, el nivel de responsabilidades, etc., estableciendo esta equivalencia de condiciones, se podrá calcular una remuneración acorde entre la labor de los hombres y mujeres, lo que implica otro sistema de evaluación, ejemplos de discriminación mundial entre sexos, se presentan en los puestos de secretarias, enfermeras, personal de limpieza, auxiliares médicas u odontológicas, bacteriólogas, auxiliares administrativas en comparación con otras secciones empresariales, el servicio doméstico, las madres comunitarias, etc.

En la última observación de la Comisión de expertos dirigida a Colombia sobre la aplicación del Convenio 100, se señaló:

“2. Trabajo de igual valor. Desde hace varios años, la comisión ha formulado comentarios refiriéndose a la conveniencia de proceder a la modificación del Código Sustantivo del Trabajo, a efectos de que se establezca expresamente el principio de igual remuneración por un trabajo de igual valor y armonizar así la legislación nacional con el convenio. La comisión observó que el artículo 5 de la ley núm. 823 de 10 de julio de 2003 por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres, al igual que el artículo 143 del mencionado Código, contiene un principio que es más restringido que el del convenio, pues se

refiere al de salario igual por “trabajo igual” y no “a trabajo de igual valor”, impidiendo de esta manera la posibilidad de comparar trabajos distintos, pero que merecen igual remuneración por tener igual valor.”

(...) En el párrafo 3 de su observación general del convenio, la comisión declaró que el concepto de “trabajo de igual valor” es fundamental para abordar la segregación del trabajo, a que hombres y mujeres a menudo realicen trabajos diferentes, en diferentes condiciones, e incluso en diferentes establecimientos, ya que permite un amplio ámbito de comparación. El “trabajo de igual valor incluye pero va más allá de la igualdad de remuneración por un trabajo “igual”, el “mismo” el “similar”, y también engloba trabajos que son de naturaleza absolutamente diferente, pero, sin embargo, son de igual valor. Asimismo, la aplicación del principio del convenio no se limita a comparaciones entre hombres y mujeres que trabajan en el mismo establecimiento o en la misma empresa. Permite que se realice una comparación mucho más amplia entre trabajos realizados por hombres y mujeres en diferentes lugares o empresas, o entre diferentes empleadores”.

Es claro que el convenio de marras deja a salvo los casos en donde haya razones que justifiquen la diferencia de trato, por la imposibilidad de ocupar ciertos puestos de trabajo por motivos de salud, como en el caso de las mujeres en edad fértil, frente a trabajos industriales que pueden afectar su condición de eventual maternidad.

Ejemplo del uso del derecho internacional como guía para la interpretación del derecho interno frente a este convenio se presentó en el Tribunal Supremo de la India,¹⁴⁹ en relación a las diferencias retributivas en una empresa entre las taquígrafas y los taquígrafos, dijo el tribunal:

“...El artículo 39, d) de la Constitución de la India establece que el Estado, en particular, llevará a cabo sus políticas de forma que se asegure la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor. La india es parte del convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor...”, por lo anterior el Tribunal interpretando la legislación nacional en conjunción con el convenio 100 y la jurisprudencia europea, consideró que la Sra. Dcosta había recibido una retribución muy inferior a la de sus colegas masculinos.

Situaciones similares son frecuentes entre gerentes o coordinadores hombres y gerentes o coordinadoras mujeres, cuando las gerentes mujeres en

¹⁴⁹ Caso número 1265 de 1987 en: Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales, Recopilación de sentencias de julio 2006, Centro Internacional de Formación, OIT, 2006.

puestos similares o cargos que aunque diferentes exigen las mismas condiciones profesionales, capacidades y similar nivel de responsabilidades y las mujeres ganan menos que los hombres.

Los medios para hacer efectivo el convenio debe proveerlos: a) *La legislación nacional* en sentido positivo y negativo, esto es creando leyes antidiscriminación en la remuneración o derogando cualquier disposición existente que la viole. b) *cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación.* En Colombia existe la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales quienes determinan el salario mínimo y aun podrían determinar escalas salariales, debiendo acatar lo señalado por el Convenio. En igual sentido c) los convenios colectivos entre empleadores y trabajadores. Así como los pactos o acuerdos sobre salarios, deben contar con lo señalado en el Convenio. Por último d) *una acción conjunta de estos diversos medios*¹⁵⁰.

Según el artículo 3, párrafo 1 del Convenio se deberán adoptar medidas para promover la evaluación del empleo, “cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio”. Hace relación esta disposición a los estudios evaluativos para clasificar los empleos de acuerdo a su contenido y las competencias requeridas, sin distingos de sexo, situación que en Colombia se ha desarrollado a través de las convenciones colectivas de trabajo predominantemente y el párrafo 5 de la Recomendación núm. 90. Estas disposiciones también indican que se deben compartir las responsabilidades que incumben a empleadores y trabajadores para la aplicación efectiva del principio de igualdad de remuneración.

Por último y para mostrar que en Colombia sí existe la discriminación entre hombres y mujeres y por ello la necesidad de hacer efectivo el convenio en las decisiones judiciales, en la legislatura del primer semestre de 2008 se presentaron en el Congreso Nacional, 13 proyectos de ley referentes al tema, entre otros: las condiciones laborales para las mujeres, los derechos humanos de las mujeres, el salario mínimo para las madres comunitarias, servicio de salud para la mujer embarazada, protección de la mujer en estado de embarazo, ampliación de la licencia de maternidad, erradicación de toda forma de discriminación hacia la mujer, etc.

¹⁵⁰ 28 *Ibíd.*, párrafos 138-152: OIT: Informe de la Comisión de Expertos..., Informe III (Parte 1A), 2001, op. cit., párrafos 43 y 44.

6.8. DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN

La Constitución de la OIT, la Declaración de Filadelfia, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo han señalado que el trabajo no es una mercancía, que todos los seres humanos sin distinción tienen derecho a su realización personal, a la libertad sindical, al derecho de sindicación y negociación, a la no discriminación, dado que son derechos humanos fundamentales en el trabajo.

El Convenio número 111, ratificado por Colombia mediante la ley 22 de 1967 desarrolla el tema cuyo complemento se encuentra en la Recomendación número 111.

El convenio establece unas reglas para proscribir la discriminación en el empleo y la ocupación, teniendo la obligación el Estado miembro de hacerlas realidad a través de políticas de igualdad y remover las normas que la obstaculizan.

Cuando el instrumento internacional hace relación al empleo, se refiere a la formación profesional (agencias de empleo), los procedimientos de selección en las empresas y la fijación de determinados salarios, régimen de descansos y cuando se expresa la ocupación tiene el efecto de abarcar al empleo independiente en el ámbito de aplicación del convenio, esto es en términos de la contratación, las condiciones de labor, remuneración, etc.

El acceso al empleo y a las diversas ocupaciones, cubre al empleo asalariado; los trabajos por cuenta propia; la colocación en el trabajo; el derecho a postularse en un trabajo de libre elección; la igualdad de oportunidades y de trato y la no discriminación por afiliación a una organización.

La CEARC ha señalado al respecto¹⁵¹:

“Al tenor de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1 del convenio núm. 111, los términos “empleo” y “ocupación” incluyen las condiciones de trabajo. La Noción de “condiciones de trabajo” se aclara en la recomendación núm. 111, en la que se enumeran los ámbitos siguientes: el ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona, la seguridad en el empleo; la remuneración por un trabajo de igual valor; y las otras condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, periodos de descanso, vacaciones

¹⁵¹ Informe de la comisión de expertos sobre la Igualdad en el empleo y la ocupación, Conferencia Internacional del Trabajo 83, reunión 1996, informe III (parte 4B).

anuales pagadas y seguridad e higiene en el trabajo, pero también las medidas de seguridad social y los servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo, así pues, la noción de “condiciones de trabajo” tiene una acepción muy amplia”.

Se define la discriminación en el artículo 1 del convenio 111:

“1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.”

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. (...)

Aunque el literal b) da la posibilidad de cualquier acción discriminatoria, en el estudio especial sobre el convenio en la CIT 83ª de 1996, en el párrafo 297, se recomienda un protocolo adicional que se anexe al convenio 111 y que incluyan otros criterios “... (Citados por orden alfabético): la afiliación sindical, condición matrimonial, edad, estado de salud, idioma, inclinaciones sexuales, invalidez, nacionalidad, la posición económica y las responsabilidades familiares.”

Para hacer notar la importancia de estas discriminaciones adicionales debe decirse que la discriminación contra las mujeres puede tomar muchas formas que a primera vista parecen ser neutrales pero que realmente constituyen discriminación. Por ejemplo, los criterios sobre la condición matrimonial, la situación familiar y las responsabilidades familiares generalmente solo afectan negativamente a las mujeres.

En cuanto al numeral 2 del artículo reseñado, a manera de ejemplo se puede indicar que la sentencia C-193 de 2006 de la Corte Constitucional que estudió algunos artículos de la Ley 400 de 1997 “*Por la cual se adoptan normas sobre Construcciones Sismo Resistentes*”, para determinar si resultaba inequitativo que personas preparadas académicamente como el “profesional constructor” no fueran consideradas en la realización de proyectos de construcción y, por el contrario, profesionales como los ingenieros civiles y los arquitectos sí lo fueron, al respecto el alto Tribunal afirmó:

“...

En la sentencia C-964 de 1999 también se pronunció el Tribunal Constitucional al respecto del requisito de capacitación académica como presupuesto para el mejor desempeño de un oficio cuyo ejercicio implica un riesgo social. Dijo la Corte, que este factor constituye un criterio objetivo, razonable y proporcional enteramente justificado desde el punto de vista constitucional. Según la Corte, “no existe violación a la igualdad cuando la ley regula de manera diferenciada la situación de quienes obtuvieron la formación académica para desarrollar un trabajo que genera riesgo social, y quienes no lo hicieron, pues ese trato diferente es un medio claramente eficaz para alcanzar una finalidad constitucional de gran importancia, como es prevenir (...) riesgos sociales (CP art. 26)”.

En la sentencia precitada enfatizó la Corporación lo ya afirmado en la sentencia C-226 de 1994. El propósito de la reglamentación de las profesiones por parte del Legislador no puede ser por ningún motivo el de privilegiar a grupos específicos. El objetivo es muy claro: “controlar los riesgos sociales derivados de determinadas prácticas profesionales.” La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido, de igual forma, en que la distinción entre el aprendizaje académico y el conocimiento empírico de una actividad obedece a la aplicación de criterios objetivos, es razonable y está legitimada constitucionalmente.

Justo en esta misma línea de argumentación, se ubica lo dispuesto en el Convenio 111 de la OIT¹⁵². Especial relevancia en relación con el tema que ocupa la atención de la Corte en la presente oportunidad cobra lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 1° del mencionado Convenio al afirmar que: “[l]as distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.”

Verificada la posibilidad que tiene el Legislador para, en desarrollo de su libertad de configuración, establecer distinciones cuando se trata de comprobar la idoneidad para realizar ciertas actividades que impliquen un riesgo social, pasa la Corte a examinar si la distinción llevada a cabo mediante la Ley 400 de 1997 es o no justificada...

En tal sentencia decidió la Corte declarar exequible dicha ley.

¹⁵² El convenio 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 22 de 1967. En su artículo 1° define qué debe entenderse por discriminación. En este orden de ideas, el término “discriminación” comprende, por una parte, “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato

6.9. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Manuela Tomei,¹⁵³ señala que *“La discriminación indirecta consiste en normas, procedimientos y prácticas que son a primera vista neutrales pero cuya aplicación afecta de manera desproporcionada a miembros de determinados colectivos. Por ejemplo, el trato diferenciado dispensado a ciertas categorías de trabajadores, tales como los trabajadores a tiempo parcial o los trabajadores del hogar, constituye una forma de discriminación indirecta.”*

La Comisión de expertos – CEACR ha dicho con relación a la discriminación indirecta¹⁵⁴:

“Las discriminaciones indirectas son las relacionadas con situaciones, reglamentarias o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características. Tales situaciones surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos, pero sus consecuencias resultan tener un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo o religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos del empleo”.

En otras palabras, es aquella en la cual se aplica una regla a todos, lo que en principio no genera discriminación, pero su accionar perjudica a un grupo o una persona, como cuando el empleador cita a una capacitación una hora antes de la entrada normal a trabajar y todos los trabajadores pueden excepto dos, por cuanto uno estudia en ese horario y la otra por ser madre cabeza de familia tiene que llevar los niños al colegio. Pese a que la misma regla se está aplicando a todos los trabajadores e incluso no exista intención del empleador en perjudicar a nadie, el solo hecho de que se obligue a asistir a la capacitación, constituye una discriminación indirecta.

Debe precisarse que la discriminación indirecta es distinta a la **discriminación encubierta o implícita**, en donde existe una intencionalidad de establecer un trato discriminatorio con relación a un grupo determinado o una

en el empleo y la ocupación;” abarca, por otra parte, “[c]ualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.”

¹⁵³ La no-discriminación y la igualdad en el empleo y la ocupación: desafíos conceptuales y de políticas, OIT, 2004.

¹⁵⁴ Véase el párrafo 297 del Estudio especial sobre el convenio en la CIT 83ª de 1996.

persona específica, pero evitando que las demás persona se enteren. Así mismo existe discriminación encubierta cuando por ejemplo se despide por motivos económicos a trabajadores afiliados a un sindicato, cuando la verdadera razón encubierta es eliminar el sindicato.

En Colombia muchas de estas conductas encubiertas estarían en el terreno de la ley 1010 de 2006 o ley de acoso laboral.¹⁵⁵

Por último es importante señalar que el convenio deja a salvo algunas exigencias legítimas y razonables de acuerdo al tipo de cargo, por ejemplo algunas labores exigen de mucha fuerza y resistencia y por ello debe ser desarrollado por personas jóvenes, la exigencia de una segunda lengua para una empresa multinacional, etc. De todas maneras la interpretación de estas exigencias debe ser tomada de manera restrictiva pues constituye excepciones.

Así mismo, no se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado.

6.10. EL ACOSO SEXUAL

Una preocupación constante de la OIT ha sido el acoso sexual en el trabajo, dado que es una forma real de hostigamiento, por ello la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha dictaminado que el acoso sexual es una discriminación prohibida por el Convenio N° 111, igualmente ha realizado estudios e investigaciones, entre otros el informe rubenstein. Para que haya acoso sexual deben integrarse tres elementos:

a) Un comportamiento de carácter sexual, b) que no sea deseado y c) que la víctima lo perciba como un condicionante hostil para su trabajo, convirtiéndolo en algo humillante.

Si bien el acoso sexual puede llegar a infringir la ley penal, por comportamientos de violación o abusos sexuales, existen otras conductas deshonestas como las insinuaciones directas, las presiones continuas, que si ocurren en el trabajo producen un “chantaje sexual”, entendida como la primera forma del acoso sexual y que de producirse generaría un incumplimiento por parte del empleador de un

¹⁵⁵ La ley de acoso laboral, surge entre otras razones, por efectos del convenio 100 y 111 de la OIT y las observaciones de los organismos de control.

ambiente sano y seguro, lo que produce una violación a la protección de igualdad de trato entre los trabajadores. Otras formas de hostigamiento son las situaciones en donde las alusiones o comportamientos de carácter sexual son sutiles, pero igualmente generan presión que crean un entorno de trabajo hostil.

Al respecto la OIT¹⁵⁶ ha señalado:

“39. Se entiende por “hostigamiento sexual” o “atenciones sexuales no solicitadas”, los insultos, así como observaciones, bromas o comentarios impropios sobre la manera de vestir, su cuerpo, eventualmente su edad, su situación familiar, etc; las actitudes condescendientes o paternalistas de connotaciones sexuales que sean una afrenta para la dignidad, las invitaciones o solicitudes impertinentes, implícitas o explícitas acompañadas o no de amenazas, las miradas concupiscentes u otros ademanes asociados a la sexualidad; los contactos físicos inútiles como tocamientos, pellizcos, caricias o las vías de hecho. Además para que un acto sea considerado un hostigamiento sexual en el empleo, ese acto ha de poder ser percibido claramente como condición de preservación del empleo o previa del mismo, influir en las decisiones adoptadas al respecto o perjudicar el rendimiento profesional. El hostigamiento sexual puede surgir de un clima generalmente hostil hacia uno u otro sexo.

40. El hostigamiento sexual pone en peligro la igualdad en el lugar del trabajo al poner en juego la integridad personal y el bienestar de los trabajadores, y perjudica a la empresa pues mina los fundamentos de las relaciones de trabajo y redundante en menoscabo de la productividad. Dada su gravedad y repercusiones algunos países han decidido hoy prohibir esta práctica en la legislación nacional y completarla mediante sanciones civiles o penales, o ambas”.

Debe señalarse que si bien la ley 1010 de 2006 o de acoso laboral pretendió abarcar las conductas de hostigamiento sexual, como una modalidad de maltrato laboral, se quedó realmente corta en desarrollar este tema, dadas las diferentes formas que existen en esta conducta, lo que ha generado algunas observaciones al respecto de órganos de control internacionales.

Para finalizar esta unidad, que de manera alguna pretende estar acabada, se dejan dos planteamientos, a fin de ser profundizados por los discentes:

El primer planteamiento se basa en que si se quiere enfrentar la discriminación en el empleo y la ocupación en el trabajo, para efectos de mantener

¹⁵⁶ Estudio especial sobre el convenio de Igualdad en el empleo y la Ocupación en la CIT 83ª de 1996, párrafos 39 y 40.

los valores de la dignidad humana y la libertad individual, la acción a emprender se debe basar en que la legislación nacional se ocupe de la cuestión de la carga de la prueba como un elemento esencial para lograr una protección judicial eficaz contra la discriminación. La Directiva 97/807 de la Comunidad Europea refiriéndose a la carga de la prueba ha señalado que en los casos de discriminación de género le compete a la parte demandada demostrar que no ha quebrantado el principio de igualdad de trato.

El otro planteamiento debe afincarse en las sanciones aplicables a los actos discriminatorios realizados al trabajador por parte del empleador, cuya consecuencia debe ser judicialmente eficaz, como por ejemplo el reintegro al cargo que ocupaba, tal como los organismos internacionales lo abogan.

Ap

- ¿Por qué los convenios analizados, son considerados fundamentales?
- ¿Cuáles formas de trabajo forzoso existen en Colombia?
- ¿Qué diferencias existen entre “remuneración” prevista en el convenio 100 y “salario” previsto en la legislación colombiana.
- ¿Qué diferencias existen entre “Igual salario respecto de un trabajo de igual valor”, previsto en el Convenio 100 y “A trabajo igual salario igual” previsto en el artículo 143 del CST.
- ¿Estos convenios fundamentales forman parte del bloque de constitucionalidad?
- Diferencie la discriminación directa, la indirecta y la encubierta.
- ¿La ley 1010 de 2006, prevé todas las modalidades de discriminación laboral? ¿Todas están incluidas en el convenio 100 y 111?
- ¿Cuándo es aceptable la discriminación por razones laborales?

Ae

- Este cuestionario de autoevaluación será muy útil para medir sus conocimientos 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, teniendo en cuenta que los casos seleccionados hacen relación a la discriminación.

1. ¿Para que se proteja a la mujer embarazada es necesario que previo a la terminación del contrato el empleador haya conocido de dicha gravidez?
2. Si una mujer que tiene un contrato a término fijo, prueba su estado de embarazo, ¿se le deberá mantener el contrato de trabajo?
3. Si en un pacto colectivo o una convención colectiva, las partes acuerdan una bonificación que se sumará al salario para las personas que estando en el régimen clásico de las cesantías, voluntariamente deseen someterse al régimen de la ley 50 de 1990, ¿esta cláusula es legal? ¿Existirá discriminación?
4. Si en un pacto colectivo las partes acuerdan unos beneficios superiores a los acordados en la convención colectiva, ¿existirá discriminación y violación a la libertad de negociación colectiva, frente a los trabajadores sindicalizados?

T
C

- Un acto de discriminación de género: La maternidad
- María labora en una empresa de insumos químicos, mediante un contrato a término fijo inferior a un año, el que ha sido prorrogado en varias ocasiones. Con 45 días de antelación, el empleador le preavisa la finalización de su contrato, conforme al artículo 46 del CST. Faltando 2 días para su terminación, la trabajadora presenta ante el jefe de personal, un certificado médico que comprueba su estado de gestación, para efectos de que se le prorrogue el contrato. El representante del empleador le señala que no era procedente su petición, por cuanto la carta de preaviso se había notificado hace más de un mes, además de que desde el inicio del vínculo laboral ella sabía que se trataba de un contrato a término fijo. Frente al despido la trabajadora inicia acción ordinaria solicitando el reintegro a su puesto de trabajo y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, alegando la protección especial constitucional y los convenios 3, 103 y 186. ¿Qué disposiciones tendría en cuenta para su decisión de fondo?

N

- Art. 43 de la C.P.: *“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y*

después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”

Art. 53 de la C.P.: *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales;... protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.(...)

El Convenio 3 de la OIT sobre la protección de la maternidad, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, Instrumento ratificado por Colombia, en el Artículo 4 menciona:

“Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia”.

Convenio 103 sobre la protección de la maternidad, ratificado por Colombia, en su Artículo 6 reza:

“Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia”.

Convenio 183 sobre la protección de la maternidad, no ratificado por Colombia, en el título relativo a la “protección del empleo y no discriminación”, en su Artículo 8 reza:

“1. Se prohíbe al empleador que despid a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén

relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

Y el Artículo 9:

1. *Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2.*
2. *Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que:*
 - a) *estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o*
 - b) *puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo”.*

Pj

- Dos problemas jurídicos se plantean:
 1. ¿Se deberá prorrogar el contrato de trabajo a término fijo, debidamente preavisado, de una trabajadora, si prueba su estado de embarazo?
 2. ¿Para que se proteja a la mujer embarazada es necesario que previo a la terminación del contrato el empleador haya conocido de dicha gravidez?

Sj

- Corte Constitucional en la sentencia T-160 de 2006¹⁵⁷.

“La igualdad real y efectiva de las mujeres en la edad fértil, igualdad esta que para conseguirse se requiere de la implementación de acciones afirmativas, tales como la seguridad

¹⁵⁷ T- 160 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

del empleo durante el embarazo, la licencia de maternidad, el periodo de lactancia y sus beneficios, con el fin de que la especial protección de la mujer no se traduzca en una excepción a la igualdad de trato, sino en una condición para la no discriminación en el empleo.

En síntesis la providencia señala: La justa causa para terminar el contrato de trabajo de una mujer embarazada debe ser inmodificable y conocida por ella, de lo contrario, se presume que el despido se debió a la maternidad, pues se entenderá como un acto de discriminación, pues con ello se desconoce el derecho de la mujer a optar libremente por ser madre y el derecho del libre desarrollo de la personalidad. La mujer embarazada goza de especial protección constitucional. Por lo tanto, no cumplir los requisitos legales para el despido vulnera sus derechos a la igualdad, al mínimo vital, al trabajo y a la maternidad.

En la sentencia C-426 de 1998 dijo:

“... el juez constitucional debe evidenciar los siguientes elementos para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad reforzada: A) que el despido se ocasione durante el periodo amparado por el “fuero de maternidad”, esto es que se produce durante la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo). B) que a la fecha de despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora comunicó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley. C) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. En este sentido el convenio 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad dispone la prohibición de despedir de su empleo a una mujer por su estado de embarazo. D) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de una empleada pública. E) Que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer.

Más adelante agregó: “7. Ahora bien, aquí surge otro interrogante ¿la terminación del término pactado en un contrato laboral constituye causal efectiva que autoriza el inmediato despido de una mujer embarazada?...9. ... la sala considera que la respuesta al interrogante anterior es negativa. Así pues el arribo de la fecha de terminación del contrato no siempre constituye terminación con justa causa de la relación laboral, pues si a la fecha de expiración del plazo subsisten las causas, la materia del trabajo y si el trabajador cumplió a cabalidad sus obligaciones “a este se le deberá garantizar su renovación”. Por tanto para terminar un contrato laboral cuando existe notificación del estado de gravidez de la trabajadora que cumple con sus obligaciones, deberá analizarse si las causas que originaron la contratación aún permanecen, pues de responderse afirmativamente no es dable dar por terminado el contrato de trabajo a

término fijo, más aún cuando la Constitución obliga al Estado y a la sociedad a brindar una protección especial a la mujer en estado de embarazo.”

En la sentencia del 11 de mayo de 2000¹⁵⁸, la Corte Suprema de Justicia, en desacuerdo con la sentencia C-470 de 1997 que declaró exequible el artículo 239 y que reza: “... en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y la especial protección constitucional (CP arts 43 y 53) carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el estado de embarazo, o en los tres meses posteriores al parto sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa de despido.”, dijo la Corte Suprema:

“7. Pero las dos normas bajo estudio (el artículo 239 y 241 del CST) no son simplemente diferentes por accidente o por descuido del legislador o como consecuencia de la disparidad de fechas en que se expidieron sus modificaciones. Lo que sucede es que contemplan hipótesis diferentes, para personas en condiciones distintas: el artículo 239 prevé la situación de la trabajadora que está trabajando cuando es despedida, o sea que está desarrollando en condiciones de normalidad su capacidad de trabajo, salvo la natural afectación por su estado de gravidez que no supone en sí mismo un impedimento laboral, mientras que el artículo 241 presupone el estado de incapacidad o situación de licencia de dicha trabajadora, lo que significa que en el momento en que se le comunica el despido tiene afectada su potencialidad laboral y ello la margina de cualquier actividad remunerativa.

El Convenio 3 de la O.I.T., de junio 13 de 1921, aprobado por la ley 129 del mismo año, revisado en 1952 por el Convenio 103, cuando contempló la ilegalidad del despido de la trabajadora embarazada, solo lo hizo frente a las hipótesis que luego se plasmaron en el artículo 241 del C.S.T.

(...)

8. Pero además de tratarse de situaciones diferentes las contempladas en las normas en cuestión, lo cual hace impropio tratarlas bajo el concepto de igualdad, no puede aceptarse que se invierta la intensidad de la protección que ameritan las trabajadoras embarazadas en uno y otro caso. Es decir, que la que menos protección necesita, que es la trabajadora que se encuentra disfrutando de su capacidad normal de trabajo, resulte ahora más apoyada que la otra, la incapacitada. Esta última solo tendrá la figura de la ineficacia del despido con las consecuencias que se puedan derivar de ello, mientras que la primera no despedida por razón del embarazo, además de tal protección, continuará con acceso a las indemnizaciones

¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, M.P. Germán Valdez Sánchez.

y prestaciones que contempla el artículo 239, dado que tales derechos permanecen en virtud de la declaratoria de su avenimiento con la Constitución. Si ello fuere así, se tendría la consagración clara de una desigualdad, pero además en forma inversa a la real necesidad.

9. Por otra parte, si se acepta que del artículo 239 C.S.T. en una de sus hipótesis, se deriva no solo el pago de las indemnizaciones y prestaciones allí contempladas sino la ineficacia del despido, se tropieza con una antinomia, pues una cosa no puede simultáneamente ser y no ser. Si hay indemnización es porque el despido produjo el efecto de terminar el contrato y si es ineficaz ese despido no pudo producir tal efecto. Es decir, el despido no puede a la vez ser y no ser tal.

La Sentencia T-095 de 2008¹⁵⁹, la Corte Constitucional, analizando un caso similar al propuesto en el ejercicio dijo:

“... Estima la sala que el requisito de conformidad con el cual para otorgar la protección a la mujer trabajadora en estado de gravidez resulta indispensable que el empleador conozca o deba conocer de la existencia del estado de gravidez de la trabajadora, no puede interpretarse de manera en exceso rígida. Estima la sala que una interpretación demasiado restrictiva de esta exigencia deriva en que el amparo que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos ordenan conferir a la mujer trabajadora en estado de gravidez con frecuencia únicamente se otorga cuando se ha constatado que la mujer ha sido despedida por causa o con ocasión del embarazo.

Lo anterior ha llevado a situaciones de desprotección pues se convierte en un asunto probatorio de difícil superación, determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta a abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación de grave indefensión. Puesto de otro modo: Encuentra la sala que conferir protección a la mujer cuando se ha comprobado que el despido fue discriminatorio, esto es, que se despidió a la mujer en razón o por causa del embarazo, termina por restringir una protección que la Constitución confiere de manera positiva, en términos muy amplios y cobija tanto a las mujeres gestantes como a los(as) recién nacidos(as)

22. Así las cosas encuentra la sala que el empleador no puede escudarse en la modalidad del contrato —a término fijo o de obra— para deshacerse de sus obligaciones, ni tampoco puede argüir que se enteró del estado de embarazo de la trabajadora luego de haberle comunicado que no le prorrogaría el contrato (preaviso). Si la trabajadora quedó embarazada durante la vigencia del contrato y prueba mediante certificado médico que ello fue así —cualquiera

¹⁵⁹ T-095 de 7 de febrero de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

que sea la modalidad del contrato mediante el cual se encuentra vinculada laboralmente la mujer gestante—, el empleador debe reconocerle las prestaciones económicas y en salud que tal protección comprende en consonancia con lo dispuesto por la Constitución y por los instrumentos internacionales de derechos humanos.”

Co

- La estabilidad reforzada de la mujer embarazada, es una figura jurídica construida a partir de la discriminación que se tiene de la posibilidad de que una mujer fértil pueda optar por su derecho a ser madre. Si bien de la revisión del convenio 3 artículo 4° y del 103 artículo 6° de la OIT, ratificados por Colombia, no se prevé la situación de ilegalidad del despido de la mujer trabajadora, durante la época de la gestación, sólo la del despido en la época posterior, el Convenio 183, no ratificado por Colombia, en el título relativo a la “protección del empleo y no discriminación”, en su Artículo 8 reza: “1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia...”.

El comité de expertos al respecto ha señalado:¹⁶⁰ *“Las disposiciones relativas a la protección de la salud de las mujeres embarazadas y las madres que están criando a sus hijos, el pago de subsidios de salud, el derecho a una licencia pagada adecuada, las garantías para reanudar el trabajo al mismo nivel del empleo y las medidas para prohibir la discriminación contra las mujeres embarazadas y las madres en las esferas de contratación, la promoción y el despido, se relacionan directamente con la igualdad de remuneración y con la igualdad de oportunidades en el empleo. El motivo principal de la discriminación por razones de sexo en el empleo se relaciona con la maternidad...”*.

////////&&&&////////

TC

- Discriminación salarial
- La empresa “www s.a” y los trabajadores no sindicalizados de la misma, mediante un pacto colectivo, convinieron que aquellos que voluntariamente se adhirieran al régimen de cesantías de la ley 50 de 1990, tendrían derecho, dentro de la vigencia del Pacto Colectivo, “a una compensación

¹⁶⁰ Párrafo 191 de los estudios de “igualdad de remuneración”, CIT 72ª, OIT, 1986.

que se calcularía sobre el salario básico de cada trabajador y que correspondería al dos por ciento (2%) de dicho salario”. Julián Martínez, quien lleva 22 años en la empresa, considera que esta es una presión y una discriminación contra algunos de ellos que todavía conservan el régimen clásico de liquidación de cesantías y por ello demanda ante el juez constitucional para que se le restituya su derecho a percibir su salario en iguales condiciones que los demás, ya que dentro de los dos años anteriores ha recibido el reajuste salarial disminuido.

N

- ART. 13. de la C.P: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

Art. 53 de la C.P. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.

Artículo 1 del convenio 111 reza: 1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*
- b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. (...)*

Artículo 98 del C.S.T.: El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:

- 1o. El régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, al cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley.*
- 2o. El régimen especial que por esta ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.*

Parágrafo. Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge.

Pj

- ¿Existe alguna discriminación contra el actor que todavía conserva el régimen clásico de liquidación de cesantías al no percibir la bonificación salarial en iguales condiciones que los del régimen nuevo, pese a la celebración del acuerdo de voluntades colectivo?

Sj

- La sentencia T-079 de 1995 de la Corte Constitucional ha señalado: Las personas nacen iguales ante la ley y no puede haber discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; esta enumeración hecha por el artículo 13 C.P., no es taxativa y, tratándose de aspectos relativos al trabajo, el artículo 53 ibídem reitera que debe haber “igualdad de oportunidades para los trabajadores”. La Corte en sentencia C-071/93 dijo que este principio aplicable al trabajo “es una especie del principio genérico de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución”.(...)

Es más, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), aprobada en 1919, expresamente consagra en el Preámbulo el “reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor” y el Convenio 111 de la OIT se refiere concretamente a la NO DISCRIMINACION en materia de “oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (art. 1), aclarándose que “los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional, y a la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo” (ibídem).

Por eso, al referirse al derecho al trabajo la sentencia C-71/92 indicó:

“El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 —aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969—, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: “los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental”.

En la sentencia **T-602 de 1999**¹⁶¹, en un caso similar al problema jurídico planteado la Corte señaló:

El sistema jurídico colombiano, especialmente en lo relacionado con el régimen laboral y prestacional ha sido objeto de grandes cambios normativos, lo cual ha generado variación en la relación entre empleadores y trabajadores. En este sentido, los patronos no pueden, so pretexto de dar cumplimiento a las nuevas normas o regímenes prestacionales, dispensar un trato diferente a aquellos trabajadores que por permanecer bajo un régimen distinto al que resulta más conveniente al empleador, vean afectados o desmejorados sus salarios y prestaciones, en franco desconocimiento y burla a sus garantías constitucionales, y violando de paso su derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas.

Observada la mencionada cláusula, resulta entonces determinante para acceder a ese 2% adicional de ajuste o compensación, una doble condición: primera, la de suscribir o adherir al pacto colectivo y segunda, la de optar “voluntariamente” por el nuevo régimen de cesantías contenido en la ley 50 de 1990. Es evidente la actitud sinuosa de la empresa demandada, la cual bajo el manto de un pacto colectivo celebrado con sus trabajadores, disfraza una conducta ilegal e inconstitucional como es la de presionar a los trabajadores que aún no se han acogido al nuevo régimen de cesantías, a que así lo hagan, y poder en consecuencia, acceder a las prerrogativas económicas que sólo se conceden a quienes procedan de esa manera.

Esta Corporación, mediante fallo del 3 de junio de 1997, Magistrado Ponente, José Gregorio Hernández Galindo, en sentencia T-276, y en relación con la actitud de los patronos en el manejo de la libre opción de los trabajadores para acogerse al régimen que prefieran, dijo lo siguiente:

(...)

¹⁶¹ T-602 de 1999, Carlos Gaviria Díaz.

“Pero si, por otra parte, la coacción se refleja en el diferente trato -injustificado por definición cuando parte del aludido presupuesto- entre trabajadores de igual nivel que cumplen las mismas o equivalentes funciones, se tiene también una clarísima violación del derecho constitucional a la igualdad (art. 13 C.P.), que excluye toda discriminación o preferencia que no se halle fundada en motivos lícitos y razonables.

“En lo que hace a la remuneración y a su periódico reajuste, se trata de dos elementos que conforman, desde el punto de vista constitucional, derechos inalienables de todo trabajador, que correlativamente implican obligaciones ineludibles de los empleadores. Estos no asumen una conducta legítima dentro de la relación laboral cuando pretenden escamotear tales derechos mediante procedimientos destinados a crear situaciones aparentemente ajustadas a la ley pero en realidad violatorias de ella, como cuando se hace depender el aumento del salario de la escogencia que haga el trabajador de uno u otro régimen entre los que el legislador le ha permitido optar.” (Subraya y negrilla fuera del texto original).

En consideración a lo anterior, y vista la situación particular de los procesos de tutela objeto de revisión, es evidente la discriminación de la cual han venido siendo objeto los actores, pues la negativa del ajuste salarial en igualdad de condiciones, se centra fundamentalmente, no en el hecho de negarse a suscribir o adherir el pacto, sino, en no quererse cambiar al nuevo régimen de cesantías, pues aun cuando se suscribieran al mencionado pacto, y permanecieran bajo el régimen de cesantías contenido en el Código Sustantivo del Trabajo, tampoco se harían acreedores a la compensación ofrecida por la empresa.

C

- Pese a que la Corte Constitucional resolvió jurídicamente a través del derecho de igualdad, ¿no existirá violación al convenio 111, que trata de un derecho fundamental, por discriminación salarial?

////////&&&&////////

T

- Discriminación entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados.

C

- Los trabajadores no sindicalizados celebraron un pacto colectivo con la empresa estableciendo aumentos salariales pagaderos con 90 días de anticipación a los aumentos de los trabajadores convencionales y estableciendo una

bonificación a los trabajadores que firmaran el pacto (lo que implica de suyo renunciar a la organización sindical). 12 trabajadores sindicalizados accionan ante la jurisdicción, solicitando se les proteja el derecho de igualdad por efectos de la discriminación entre trabajadores que se presenta y del atentado contra el derecho de asociación sindical.

N

- ART. 13. de la C.P: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”

Art. 53 de la C.P. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores;...”

Artículo 1 del convenio 111 reza: 1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*
- b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. (...)*

El art. 4o. del Convenio 98 de la O.I.T. dispone: *“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 negociaciones voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.*

El art. 481 del C.S.T., subrogado por la ley 50 establece lo siguiente:

“Los pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas en los títulos II y III, capítulo I, parte segunda del Código Sustantivo del Trabajo, pero solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos”.

P

- ¿Se vulnera el derecho de asociación sindical estableciendo diferencias a favor de los trabajadores no sindicalizados, a través del pacto colectivo y no con los sindicalizados?

S

- En la sentencia SU 342 de 1995¹⁶² la Corte Constitucional señaló:

“Nada se opone a que el patrono celebre pactos colectivos con sus trabajadores no sindicalizados que coexistan con convenciones colectivas; tampoco está proscrito que el patrono unilateralmente mejore las condiciones de trabajo de sus trabajadores. Pero lo que sí no le está permitido es utilizar estos mecanismos, para crear condiciones de trabajo para los trabajadores no sindicalizados diferentes a las previstas para los trabajadores sindicalizados, cuando las circunstancias fácticas no justifican desde el punto de vista de su diferencia, objetividad, racionalidad, razonabilidad y finalidad un tratamiento distinto, pues si lo hace lesiona los derechos a la igualdad, a la asociación sindical y a la negociación colectiva.

“La libertad patronal para celebrar pactos colectivos que coexistan con convenciones colectivas, cuando ello es permitido según las precisiones anteriores, igualmente se encuentra limitada por las normas constitucionales. En efecto, la sumisión de los patronos a la Constitución no sólo se origina y fundamenta en los arts. 1o., 4o, inciso 2 y 95 de la Constitución, en cuanto los obligan a acatarla y le imponen como deberes respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social, defender los derechos humanos y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual se logra con el establecimiento de relaciones laborales justas en todo sentido, sino en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores y de las organizaciones sindicales. Lo dicho antes permite a la Sala establecer como regla general que la libertad de los patronos para regular a través de pactos colectivos las relaciones de trabajo, cuando estos vayan a coexistir con convenciones colectivas en la empresa, se encuentra restringida o limitada por el conjunto de derechos, valores y principios que reconoce la Constitución. En otros términos, la aludida

¹⁶² SU 342 de 1995. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

libertad queda incólume y goza de la protección constitucional y legal, pero no puede ejercerse o utilizarse por el patrono para afectar los derechos fundamentales de los trabajadores y de la organización sindical.

(...) Se afecta el derecho a la igualdad, cuando el pacto colectivo contiene cláusulas que crean condiciones de trabajo para los trabajadores no sindicalizados, diferentes a las previstas para los trabajadores sindicalizados, y las circunstancias fácticas no justifican desde el punto de vista de su diferencia, racionalidad, razonabilidad y finalidad un tratamiento distinto. Así mismo se viola el derecho a la asociación sindical, porque las aludidas diferencias en las condiciones de trabajo estimulan la deserción de los miembros del sindicato, con el resultado de que un sindicato que antes era mayoritario se puede tornar en minoritario con las consecuencias jurídicas que ello implica e incluso puede llegar a desaparecer. De esta manera el ejercicio omnímodo, absoluto y sin cortapisa de ninguna clase de la libertad patronal para celebrar pactos colectivos se traduce en violación de los derechos fundamentales de los trabajadores y de la organización sindical.

En igual sentido se han pronunciado las sentencias T-201 de 1996, la sentencia T-230 de 1997, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia radicada con el número 11.859 de 1999¹⁶³ al respecto de la discriminación de un pacto frente a una convención colectiva o viceversa, afirmó:

Dadas las características y fundamentos de estas dos manifestaciones autónomas del derecho y de la libertad de negociación colectiva, el contenido de una y otra normatividad, en principio, como lo ha señalado invariablemente la sala, puede ser diverso, por lo que el establecimiento de un determinado beneficio insular en un pacto colectivo, no incluido en una convención o viceversa, no constituye per se violación del derecho de igualdad. Naturalmente, cuando apreciado integralmente un pacto colectivo laboral consagra beneficios superiores o más favorables a los de una convención colectiva de trabajo —procedimiento utilizado en ocasiones como mecanismo para restar o enervar la acción sindical— no solo constituye una práctica laboral reprochable sino también una violación del principio de igualdad instituido en el artículo 13 de la Carta Fundamental.”



La conclusión del tema es que los pactos colectivos de trabajo no pueden contener condiciones de trabajo más favorables para los trabajadores no sindicalizados, pues opera latente el

¹⁶³ Rad. 11.959, M.P. José Roberto Herrera.

detrimento de los trabajadores sindicalizados, constituyendo esta una clara discriminación directa o velada, con el propósito fundamental de desalentar a los miembros del sindicato y por ende incentivar su desafiliación frente a las condiciones de favorabilidad.

La Corte Constitucional ha concluido que si los pactos colectivos como convenciones colectivas regulan objetivamente las relaciones de trabajo de la empresa y que obliguen tanto a trabajadores no sindicalizados como los que no lo son, las condiciones o prescripciones de unos y otras deben ser iguales con “...el fin de garantizar el derecho a la igualdad, porque este se quebranta cuando frente a unas mismas situaciones de hecho objetivas en materia de relaciones de trabajo, se otorga un trato diferenciado que no tiene, como se dijo antes un fundamento objetivo y razonable.”¹⁶⁴ Para la Corte Suprema de Justicia, sí pueden existir diferentes beneficios entre las dos instituciones colectivas, conforme la libertad de negociación, siempre que de la lectura del pacto no se desprenda ningún ánimo discriminatorio contra los trabajadores sindicalizados.

¹⁶⁴ Ibid.

APÉNDICE 1

SENTENCIAS ADICIONALES A LAS TRATADAS EN EL MÓDULO:

- C-858 de 2006:** Demanda de inconstitucionalidad de los artículos 9, 10, 13 del decreto 1295 de 1994.
- C-858 de 2007:** La Corte declara exequible la ley 1112 de 2006 que aprueba el convenio de seguridad social entre Colombia y España.
- C-291 de 2008:** La Corte declara exequible el Convenio de seguridad social entre la República de Colombia y la República de Chile, aprobado por la ley 1139 de 2007.
- C- 465 de 2008:** Demanda contra los artículos 370 y 371 del Código Sustantivo del Trabajo, relacionados con el depósito de estatutos ante el Ministerio de la Protección Social y el comunicado de los cambios de las Juntas Directivas de las Organizaciones Sindicales, declarados exequibles condicionados por la Corte Constitucional.
- C- 466 de 2008:** Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 391 No. 1, 398 y 434, 448 No. 4 del Código Sustantivo de Trabajo en relación con la votación secreta para elección de juntas directivas sindicales, expulsión de miembros de las organizaciones sindicales, términos para negociación de pliegos de peticiones y respecto a la obligación de reanudar trabajadores desde fecha en que el Tribunal profiera Laudo.
- C-621 de 2008:** Demanda contra el artículo 361 del Código Sustantivo del Trabajo, relacionado con el acta de fundación de organizaciones sindicales por intromisión, ilegítima, innecesaria y desproporcionada del Estado. Declarado Exequible por la Corte.
- C-691 de 2008:** Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 430 (parcial), 432 (parcial) - modificado por el art. 16 de la Ley 584 de 2000 – y 463 del Código Sustantivo del Trabajo. Declara INEXEQUIBLE el literal g) del artículo primero del Decreto Extraordinario 753 de 1956, que subrogó el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo. Declara EXEQUIBLES las expresiones “Personas que no pueden intervenir”. No pueden ser miembros de tribunales de arbitramento, individuos condenados a sufrir pena aflictiva que no hubieren sido rehabilitados”, contenidas en el artículo

463 del Código Sustantivo del Trabajo. Igualmente declara INEXEQUIBLE la norma “No pueden ser representantes o voceros de los trabajadores ni de los patronos,” contenida en el artículo 463 del Código Sustantivo del Trabajo.

C-734 de 2008: Demandas de Inconstitucionalidad: contra el Artículo 363 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 43 de la Ley 50 de 1990. Declara exequible el artículo 363 del CST y de la SS.

C-737 de 2008: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 362, 371, 418 (parcial), 448 (parcial) y 452 del Código Sustantivo del Trabajo. ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-617 de 2008. Con relación al artículo 371 del Código Sustantivo de Trabajo, señaló estarse a lo resuelto en la Sentencia C-465 de 2008. Con relación a la demanda formulada contra el artículo 448 del Código Sustantivo de Trabajo, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-466 de 2008. Resolvió declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo respecto de las demandas formuladas contra los artículos 418 y 452 del Código Sustantivo del Trabajo, por haberse presentado una ineptitud sustancial de la demanda.

APÉNDICE 2

LOS CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO- OIT Y SU RATIFICACIÓN EN COLOMBIA.

A. CONVENIOS APROBADOS POR LA OIT

Hasta el año 2008, la OIT había aprobado 188 convenios, de los cuales 28, (los que se encuentran entre paréntesis), han sido retirados por su inoperatividad o porque fueron actualizados o subsumidos en otros nuevos¹⁶⁵:

- C1 Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919
- C2 Convenio sobre el desempleo, 1919
- C3 Convenio sobre la protección a la maternidad, 1919
- (C4) Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919
- C5 Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919
- C6 Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919
- C7 Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920
- C8 Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1920
- C9 Convenio sobre la colocación de la gente de mar, 1920
- C10 Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921
- C11 Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921
- C12 Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921
- C13 Convenio sobre la cerusa (pintura), 1921
- C14 Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921
- (C15) Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921
- C16 Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1921
- C17 Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925
- C18 Convenio sobre las enfermedades profesionales, 1925
- C19 Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925
- (C20) Convenio sobre el trabajo nocturno (panaderías), 1925
- (C21) Convenio sobre la inspección de los emigrantes, 1926
- C22 Convenio sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926
- C23 Convenio sobre la repatriación de la gente de mar, 1926
- C24 Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927
- C25 Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927

¹⁶⁵ [Http: www.ilo.org/ilolex/spanish/newatframeS.htm](http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newatframeS.htm)

- C26 Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928
- C27 Convenio sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, 1929
- (C28) Convenio sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes, 1929
- C29 Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930
- C30 Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930
- (C31) Convenio sobre las horas de trabajo (minas de carbón), 1931
- C32 Convenio sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), 1932
- C33 Convenio sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1932
- (C34) Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933
- (C35) Convenio sobre el seguro de vejez (industria, etc.), 1933
- (C36) Convenio sobre el seguro de vejez (agricultura), 1933
- (C37) Convenio sobre el seguro de invalidez (industria, etc.), 1933
- (C38) Convenio sobre el seguro de invalidez (agricultura), 1933
- (C39) Convenio sobre el seguro de muerte (industria, etc.), 1933
- (C40) Convenio sobre el seguro de muerte (agricultura), 1933
- (C41) Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934
- C42 Convenio sobre las enfermedades profesionales (revisado), 1934
- (C43) Convenio sobre las fábricas de vidrio, 1934
- (C44) Convenio sobre el desempleo, 1934
- C45 Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935
- (C46) Convenio (revisado) sobre las horas de trabajo (minas de carbón), 1935
- C47 Convenio sobre las cuarenta horas, 1935
- (C48) Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, 1935
- (C49) Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (fábricas de botellas), 1935
- (C50) Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936
- (C51) Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (obras públicas), 1936
- C52 Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936
- C53 Convenio sobre los certificados de capacidad de los oficiales, 1936
- C54 Convenio sobre las vacaciones pagadas de la gente de mar, 1936
- C55 Convenio sobre las obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidente de la gente de mar, 1936
- C56 Convenio sobre el seguro de enfermedad de la gente de mar, 1936
- C57 Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación, 1936
- C58 Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1936

- C59 Convenio (revisado) sobre la edad mínima (industria), 1937
- (C60) Convenio (revisado) sobre la edad mínima (trabajos no industriales), 1937
- (C61) Convenio sobre la reducción de las horas de trabajo (industria textil), 1937
- C62 Convenio sobre las prescripciones de seguridad (edificación), 1937
- C63 Convenio sobre estadísticas de salarios y horas de trabajo, 1938
- (C64) Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939
- (C65) Convenio sobre las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1939
- (C66) Convenio sobre los trabajadores migrantes, 1939
- (C67) Convenio sobre las horas de trabajo y el descanso (transporte por carretera), 1939
- C68 Convenio sobre la alimentación y el servicio de fonda (tripulación de buques), 1946
- C69 Convenio sobre el certificado de aptitud de los cocineros de buque, 1946
- C70 Convenio sobre la seguridad social de la gente de mar, 1946
- C71 Convenio sobre las pensiones de la gente de mar, 1946
- C72 Convenio sobre las vacaciones pagadas de la gente de mar, 1946
- C73 Convenio sobre el examen médico de la gente de mar, 1946
- C74 Convenio sobre el certificado de marinero preferente, 1946
- C75 Convenio sobre el alojamiento de la tripulación, 1946
- C76 Convenio sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y la dotación, 1946
- C77 Convenio sobre el examen médico de los menores (industria), 1946
- C78 Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajos no industriales), 1946
- C79 Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales), 1946
- C80 Convenio sobre la revisión de los artículos finales, 1946
- C81 Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947
- P81 Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947
- C82 Convenio sobre política social (territorios no metropolitanos), 1947
- C83 Convenio sobre normas de trabajo (territorios no metropolitanos), 1947
- C84 Convenio sobre el derecho de asociación (territorios no metropolitanos), 1947
- C85 Convenio sobre la inspección del trabajo (territorios no metropolitanos), 1947
- (C86) Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1947
- C87 Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948

- C88 Convenio sobre el servicio del empleo, 1948
- C89 Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948
- P89 Protocolo de 1990 relativo al convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948
- C90 Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1948
- (C91) Convenio sobre las vacaciones pagadas de la gente de mar (revisado), 1949
- C92 Convenio sobre el alojamiento de la tripulación (revisado), 1949
- C93 Convenio sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado), 1949
- C94 Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949
- C95 Convenio sobre la protección del salario, 1949
- C96 Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949
- C97 Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949
- C98 Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949
- C99 Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951
- C100 Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951
- C101 Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952
- C102 Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952
- C103 Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952
- (C104) Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1955
- C105 Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957
- C106 Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957
- C107 Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957
- C108 Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar, 1958
- C109 Convenio sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado), 1958
- C110 Convenio sobre las plantaciones, 1958
- P110 Protocolo al convenio sobre las plantaciones, 1958
- C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958
- C112 Convenio sobre la edad mínima (pescadores), 1959
- C113 Convenio sobre el examen médico de los pescadores, 1959
- C114 Convenio sobre el contrato de enrolamiento de los pescadores, 1959
- C115 Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960
- C116 Convenio sobre la revisión de los artículos finales, 1961
- C117 Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962

- C118 Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962
- C119 Convenio sobre la protección de la maquinaria, 1963
- C120 Convenio sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964
- C121 Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964
- C122 Convenio sobre la política del empleo, 1964
- C123 Convenio sobre la edad mínima (trabajo subterráneo), 1965
- C124 Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajo subterráneo), 1965
- C125 Convenio sobre los certificados de competencia de pescadores, 1966
- C126 Convenio sobre el alojamiento de la tripulación (pescadores), 1966
- C127 Convenio sobre el peso máximo, 1967
- C128 Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967
- C129 Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969
- C130 Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969
- C131 Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970
- C132 Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970
- C133 Convenio sobre el alojamiento de la tripulación (disposiciones complementarias), 1970
- C134 Convenio sobre la prevención de accidentes (gente de mar), 1970
- C135 Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971
- C136 Convenio sobre el benceno, 1971
- C137 Convenio sobre el trabajo portuario, 1973
- C138 Convenio sobre la edad mínima, 1973
- C139 Convenio sobre el cáncer profesional, 1974
- C140 Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974
- C141 Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975
- C142 Convenio sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975
- C143 Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975
- C144 Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976
- C145 Convenio sobre la continuidad del empleo (gente de mar), 1976
- C146 Convenio sobre las vacaciones anuales pagadas (gente de mar), 1976
- C147 Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976
- P147 Protocolo relativo al Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas), 1996
- C148 Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977

- C149 Convenio sobre el personal de enfermería, 1977
- C150 Convenio sobre la administración del trabajo, 1978
- C151 Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978
- C152 Convenio sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979
- C153 Convenio sobre duración del trabajo y períodos de descanso (transportes por carretera), 1979
- C154 Convenio sobre la negociación colectiva, 1981
- C155 Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981
- P155 Protocolo de 2002 del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981
- C156 Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981
- C157 Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982
- C158 Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982
- C159 Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983
- C160 Convenio sobre estadísticas del trabajo, 1985
- C161 Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985
- C162 Convenio sobre el asbesto, 1986
- C163 Convenio sobre el bienestar de la gente de mar, 1987
- C164 Convenio sobre la protección de la salud y la asistencia médica (gente de mar), 1987
- C165 Convenio sobre la seguridad social de la gente de mar (revisado), 1987
- C166 Convenio sobre la repatriación de la gente de mar (revisado), 1987
- C167 Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988
- C168 Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988
- C169 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989
- C170 Convenio sobre los productos químicos, 1990
- C171 Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990
- C172 Convenio sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991
- C173 Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992
- C174 Convenio sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993
- C175 Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994
- C176 Convenio sobre seguridad y salud en las minas, 1995
- C177 Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996
- C178 Convenio sobre la inspección del trabajo (gente de mar), 1996
- C179 Convenio sobre la contratación y la colocación de la gente de mar, 1996

- C180 Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques, 1996
- C181 Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997
- C182 Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999
- C183 Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000
- C184 Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001
- C185 Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar (revisado), 2003
- MLC Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006
- C187 Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006
- C188 Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007

B. LOS CONVENIOS RATIFICADOS POR COLOMBIA

De los anteriores convenios aprobados por la OIT, Colombia, como país miembro de la OIT desde 1919, ha ratificado 60, aunque en vigor solo son 54 los aplicables, al año 2008, pues 6 de ellos se han denunciado¹⁶⁶.

LISTA DE RATIFICACIONES DE CONVENIOS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

C. 1	Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1)	20.06.1933
C. 2	Convenio sobre el desempleo, 1919 (núm. 2)	20.06.1933
C. 3	Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3)	20.06.1933
C. 4	Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (núm. 4)	20.06.1933
C. 6	Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919 (núm. 6)	13.04.1983
C. 8	Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1920 (núm. 8)	20.06.1933
C. 9	Convenio sobre la colocación de la gente de mar, 1920 (núm. 9)	20.06.1933
C. 11	Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11)	20.06.1933
C. 12	Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921 (núm. 12)	20.06.1933
C. 13	Convenio sobre la cerusa (pintura), 1921 (núm. 13)	20.06.1933
C. 14	Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (núm. 14)	20.06.1933

¹⁶⁶ [Http: www.ilo.org/ilolex/spanish/newatframeS.htm](http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newatframeS.htm)

C. 16	Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1921 (núm. 16)	20.06.1933
C. 17	Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925 (núm. 17)	20.06.1933
C. 18	Convenio sobre las enfermedades profesionales, 1925 (núm. 18)	20.06.1933
C. 19	Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19)	20.06.1933
C. 20	Convenio sobre el trabajo nocturno (panaderías), 1925 (núm. 20)	20.06.1933
C. 21	Convenio sobre la inspección de los emigrantes, 1926 (núm. 21)	20.06.1933
C. 22	Convenio sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926 (núm. 22)	20.06.1933
C. 23	Convenio sobre la repatriación de la gente de mar, 1926 (núm. 23)	20.06.1933
C. 24	Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927 (núm. 24)	20.06.1933
C. 25	Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927 (núm. 25)	20.06.1933
C. 26	Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26)	20.06.1933
C. 29	Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)	4.03.1969
C. 30	Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30)	4.03.1969
C. 52	Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936 (núm. 52)	7.06.1963
C. 80	Convenio sobre la revisión de los artículos finales, 1946 (núm. 80)	10.06.1947
C. 81	Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) <i>Excluyendo la parte II.</i>	13.11.1967
C. 87	Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)	16.11.1976
C. 88	Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 88)	31.10.1967
C. 95	Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95)	7.06.1963
C. 98	Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)	16.11.1976
C. 99	Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951 (núm. 99)	4.03.1969
C. 100	Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)	7.06.1963
C. 101	Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952 (núm. 101)	4.03.1969
C. 104	Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1955 (núm. 104)	4.03.1969
C. 105	Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)	7.06.1963

C. 106	Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 106)	4.03.1969
C. 111	Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)	4.03.1969
C. 116	Convenio sobre la revisión de los artículos finales, 1961 (núm. 116)	4.03.1969
C. 129	Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129)	16.11.1976
C. 136	Convenio sobre el benceno, 1971 (núm. 136)	16.11.1976
C. 138	Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138) <i>Edad mínima especificada: 14 años.</i>	2.02.2001
C. 144	Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144)	9.11.1999
C. 151	Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151)	8.12.2000
C. 154	Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154)	8.12.2000
C. 159	Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159)	7.12.1989
C. 160	Convenio sobre estadísticas del trabajo, 1985 (núm. 160) <i>De conformidad con el artículo 16, párrafo 2, del Convenio, los artículos 7, 8 y 10 a 15 de la Parte II han sido aceptados.</i>	23.03.1990
C. 161	Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161)	25.01.2001
C. 162	Convenio sobre el asbesto, 1986 (núm. 162)	25.01.2001
C. 167	Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988 (núm. 167)	6.09.1994
C. 169	Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)	7.08.1991
C. 170	Convenio sobre los productos químicos, 1990 (núm. 170)	6.09.1994
C. 174	Convenio sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993 (núm. 174)	9.12.1997
C. 182	Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)	28.01.2005

C. LOS CONVENIOS DENUNCIADOS

En virtud de las ratificaciones de algunos convenios, Colombia ha denunciado 6:

Denuncia en virtud de la ratificación del Convenio núm. 138:

- C. 5 Convenio sobre la edad mínima (industria), 1919. Denunciado el 2.02.2001
- C. 7 Convenio sobre la edad mínima (trabajo marítimo), 1920. Denunciado el 2.02.2001
- C. 10 Convenio sobre la edad mínima (agricultura), 1921. Denunciado el 2.02.2001

- C. 15 Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921.
Denunciado el 2.02.2001

Denuncia en virtud de la ratificación del Convenio núm. 167:

- C. 62 Convenio sobre las prescripciones de seguridad (edificación), 1937.
Denunciado el 6.09.1994 .

Denuncia en virtud de la ratificación del Convenio núm. 169 :

- C. 107 Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957. Denunciado el
7.08.1991

E. CLASIFICACIÓN DE LOS CONVENIOS POR TEMAS

A continuación se presenta una clasificación por temas de los convenios ratificados por Colombia, para efectos de que en la labor diaria judicial, los jueces y juezas, los magistrados y las magistradas de la rama judicial, rápidamente puedan determinar, el problema jurídico de un determinado proceso a qué convenio corresponde.

1. LIBERTAD SINDICAL

- C. 87. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, Ratificado 16.11.1976 (convenio fundamental)
- C. 98. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, Ratificado 16.11.1976 (convenio fundamental)
- C. 11. Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921, R. 20.06.1933
- C. 151. Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 Ratificado 8.12.2000

2. POLÍTICAS DEL EMPLEO.

- C. 2. Convenio sobre el desempleo, 1919, R. 20.06.1933
- C. 88. Convenio sobre el servicio del empleo, 1948, R. 31.10.1967
- C. 159. Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983, R. 7.12.1989
- C. 160. Estadísticas Convenio sobre estadísticas del trabajo, 1985, R. 23.03.1990

3. CONVENIOS SOBRE RELACIONES DE TRABAJO

- C.154. Convenio sobre la negociación colectiva, 1981, 8.12.2000, *De conformidad con el artículo 16, párrafo 2, del Convenio, los artículos 7, 8 y 10 a 15 de la Parte II han sido aceptados.*

4. CONVENIOS SOBRE CONDICIONES DE TRABAJO

a. Salarios.

- C. 26. Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928, R. 20.06.1933
- C. 99. Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951, R. 4.03.1969
- C. 95. Convenio sobre la protección del salario, 1949, R. 7.06.1963

b. Horas de trabajo

- C. 1. Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919, R. 20.06.1933
- C. 30. Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930, R. 4.03.1969

c. Trabajo nocturno

- C. 20. Convenio sobre el trabajo nocturno (panaderías), 1925, R. 20.06.1933

d. Descanso semanal

- C. 14. Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921, ratificado 20.06.1933
- C. 106. Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 R. 4.03.1969

e. Vacaciones pagadas

- C. 52. Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936, ratificado 7.06.1963
- C. 101. Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952, ratificado 4.03.1969

5. CONVENIOS SOBRE LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO

- C. 161. Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985, ratificado. 25.01.2001
- C. 174. Convenio sobre la prevención de accidentes industriales mayores, 1993, ratificado 9.12.1997

a. Substancias y agentes tóxicos

- C. 13. Convenio sobre la cerusa (pintura), 1921, 20.06.1933
- C. 136. Convenio sobre el benceno, 1971, ratificado 16.11.1976
- C. 162. Convenio sobre el asbesto, 1986, ratificado 25.01.2001
- C. 170. Convenio sobre los productos químicos, 1990, ratificado 6.09.1994

b. Protección de determinadas ramas de actividad

- C. 167. Convenio sobre la seguridad y salud en la construcción, 1988 , R. 6.09.1994

6. CONVENIOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad

- C. 24. Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria), 1927, R. 20.06.1933
- C. 25. Convenio sobre el seguro de enfermedad (agricultura), 1927, R. 20.06.1933

Prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales

- C. 12. Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921, ratificado 20.06.1933
- C. 17. Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925, ratificado 20.06.1933
- C. 18. Convenio sobre la enfermedades profesionales, 1925, ratificado 20.06.1933
- C. 19. Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925, ratificado 20.06.1933

7. CONVENIOS SOBRE EL TRABAJO DE LAS MUJERES

- C. 3. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919, ratificado 20.06.1933
- C. 4. Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919, ratificado 20.06.1933

8. CONVENIOS SOBRE EL TRABAJO DE LOS MENORES

- C. 6. Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1919, ratificado 13.04.1983

9. CONVENIO SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

- C 21. Convenio sobre la inspección de los emigrantes, 1926 ratificación 20.06.1933

10. CONVENIOS SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS TRIBALES

- C. 104. Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1955, ratificado 4.03.1969
- C. 169. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, ratificado 7.08.1991

11. CONVENIOS RELATIVOS A LA GENTE DE MAR

- C.8. Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1920 ratificado 20.06.1933
- C. 9. Convenio sobre la colocación de la gente de mar, 1920, Ratificado. 20.06.1933
- C. 22. Convenio sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926 Ratificado. 20.06. 1933
- C.16. Convenio sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1921, R. 20.06.1933
- C.23. Convenio sobre la repatriación de la gente de mar, 1926, R. 20.06.1933

12. OTROS CONVENIOS INTERNACIONALES DE TRABAJO

C. 80. Convenio sobre la revisión de los artículos finales, 1946, R. 10.06.1947

C. 116. Convenio sobre la revisión de los artículos finales, 1961, R. 4.03.1969



Carrera 66 No. 24-09 Bogotá, D. C.
PBX: (571) 457 8000 - Fax: 457 8034
www.imprenta.gov.co
e-mail: correspondencia@imprenta.gov.co