

# LIBERTAD SINDICAL FRENTE A LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL EN COLOMBIA

## FREEDOM OF ASSOCIATION AGAINST LABOR FLEXIBILITY IN COLOMBIA

CONTRERAS VALLEJO, Marlon\*

### RESUMEN

De acuerdo con el profesor González Charris, *“el sindicato es una asociación integrada por trabajadores, ya sea de empresas públicas o privadas, que se agrupan en defensa y promoción de sus intereses sociales, económicos y profesionales relacionados con su actividad laboral o con respecto al centro de producción”*<sup>1</sup>

La Libertad Sindical, según Antonio Baylos “es consustancial a la existencia y el funcionamiento de la Organización Internacional del Trabajo, pues ésta tiene como presupuesto el reconocimiento y ejercicio de ese derecho humano esencial, desde el lugar de trabajo hasta el plano global.”<sup>2</sup>

Por su parte, Miguel Rodríguez Piñeros<sup>3</sup> considera que la flexibilidad laboral, *“alude a que las rigideces que padecen las empresas son de diversa índole y que requieren de varios remedios. Esta visión arguye un **criterio cualitativo** para apreciar el rol de las normas sobre el trabajo, referido a sopesar los efectos y eficacia de las normas y no su cantidad o complejidad para determinar en qué grado ayudan o dificultan el desempeño empresarial. Si, en efecto, múltiples circunstancias demandan dinamismo a las empresas, lo que hace que una norma sea disfuncional o impeditiva para la operatividad empresarial es que no permita adaptaciones a las circunstancias por las que atraviese la empresa”*.

En Colombia, tales definiciones han sido mal interpretadas puesto que por medio de la reforma laboral de 1990 se están desregulando y desmontando las normas proteccionistas por esencia que fueron logros de las asociaciones colectivas y desde entonces se ha legislado trasgrediendo el principio de libertad sindical.

Asimismo, la fortaleza de las organizaciones sindicales está edificada sobre la base del ejercicio irrestricto de los principios y derechos consagrados en los Convenios Internacionales del Trabajo relativos a la Libertad Sindical; también de su vigencia y eficacia depende la existencia del empleo decente e igualmente, es condición básica para

---

Fecha de recibo: 10 de Octubre de 2014

Fecha de aprobación: 12 de Diciembre de 2014

\* Abogado, Especialista en derecho Laboral y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad del Atlántico, Barranquilla – Colombia.

<sup>1</sup> GONZALEZ, Guillermo. Derecho Colectivo del Trabajo. Segunda Edición. 1978.

<sup>2</sup> BAYLOS, Antonio. Sindicalismo y Derecho sindical. Tercera edición. Bomarzo. 2006

<sup>3</sup> RODRIGUEZ, Miguel. Flexibilidad, juridificación y desregulación” Revista Relaciones Laborales n° 5, marzo de 1987.

elevar los niveles de bienestar socio-laboral, para armonizar las relaciones laborales y hacer del diálogo la vía fundamental de la justicia social.

Consecuentemente, en Colombia la libertad sindical se ha visto mermada, dicho de otro modo, ha perdido su fortaleza; esto debido a la flexibilización laboral que ha surgido en los años 90 con la llamada ley 50 de 1990. Dicha ley en principio surgió para estar acorde con la economía de mercado, sin embargo, ha degenerado en una serie de normas que desnaturalizan el contrato de trabajo como tal y por sustracción de materia, esto ha dado origen a la disminución de sindicatos o a la no afiliación a los mismos; en resumidas cuentas es poca la opción para asociarse.

**PALABRAS CLAVES:** Sindicato, Libertad Sindical, flexibilidad laboral, libertad, derecho, derecho social, derecho económico, asociación.

### ABSTRACT

According to professor González Charris, “the trade union is an association of workers, either public or private companies, which are grouped in defense and promotion of their social, economic and professional benefits related to their work or to the production center”.

Freedom of association, in accordance with Antonio Baylos “is inseparable from the existence and operation of the International Labour Organization, because it takes for granted the recognition and exercise of this basic human right, from the workplace to the global level”.

Meanwhile, Miguel Rodríguez Piñeros finds that labor flexibility “refers to the rigidities faced by companies are diverse and require several remedies. This view argues a qualitative criterion to assess the role of labor standards, based on weighing the impact and effectiveness of the rules and not the quantity or complexity to determine to what extent they help or hinder business performance. If, indeed, multiple circumstances demand dynamic companies, which makes it dysfunctional norm or preventive for business operation is not to allow adaptations to the circumstances in which breaks the company. ”

In Colombia, these definitions have been misinterpreted because through labor reform of 1990 the protectionist rules that were essentially achievements from collective associations have been deregulated and dismantled and it has been legislated transgressing the principle of freedom of association since then.

Furthermore, the strength of the trade unions is built based on the unrestricted exercise of the principles and rights enshrined in the International Labour Conventions on freedom of association. Of its validity and effectiveness also depends the existence of decent employment and the basic conditions for raising standards of social welfare work, to harmonize labor relations and make of dialogue the fundamental way of social justice.

Consequently, freedom of association in our country has been weakened, in other words, has lost his strength, this due to the flexibility of labor that has emerged in the 90's with the law 50 of 1990. The law in principle emerged to be consistent with the market economy, however, it has degenerated into a series of rules that distort the labor contract and as a result this has produced the decline of unions or non-membership; there is no option to join.

**KEY WORDS:** Trade union, freedom of association, labor flexibility, freedom, right, social right, economic right, association.

## INTRODUCCIÓN

El tema de esta investigación propone desarrollar los aspectos más relevantes respecto a la libertad sindical y la incidencia que tiene la flexibilización laboral en Colombia sobre la misma. Esto a causa de que la flexibilización laboral se ha convertido en un desafío para las autoridades de trabajo en Colombia, pues se ha tergiversado y están desapareciendo los contratos de trabajo, por consiguiente al trabajador se le dificulta cada día ejercer su derecho fundamental de libertad de asociación preestablecido en la constitución nacional Colombiana.

Dicha flexibilización se refleja en las empresas asociativas de trabajo, empresas de servicios temporales, las cooperativas de trabajo asociado, los contratos de prestación de servicio y los propios contratos sindicales. Estos operan como agentes intermediarios laborales atentando contra el trabajo decente y lesionando igualmente la libertad sindical como derecho de asociación establecido en los convenios internacionales 87 y 98 de la OIT.

La flexibilización laboral en Colombia busca atender el interés mundial actual sobre los estándares laborales que son producto de la expansión del comercio internacional y la liberalización de los mercados financieros. Las diferencias en los estándares laborales pueden generar *dumping social* y los mecanismos de *outsourcing laboral* generan inquietudes sobre los efectos diferenciales que la existencia de estándares laborales nacionales sumamente heterogéneos puede tener sobre la inversión y el comercio.

## 1. ANTECEDENTES DE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA FLEXIBILIZACIÓN LABORAL COLOMBIANA

La OIT, con ocasión de la Resolución “sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles de 1970 hizo especial hincapié en las libertades que se definen en la Declaración Universal de Derechos Humanos y que son esenciales para el ejercicio normal de los derechos sindicales”<sup>1</sup>, es de esta manera como surgen de esta corporación convenios interesantes como lo son los Convenios 87 y 98 que nacen con el objeto de promover y garantizar derechos humanos fundamentales dentro de la esfera más amplia de los derechos económicos, sociales y culturales. Los principios contenidos en estos convenios no presuponen ningún patrón uniforme de organización sindical, pero constituyen la pauta según la cual debería juzgarse la libertad de un movimiento sindical, cualquiera que fuese su forma de organización.

Por una parte, los dos instrumentos se complementan, pues mientras el Convenio 87 concierne al libre ejercicio del derecho de sindicalización en relación fundamental con el Estado, el Convenio 98 protege esencialmente a los trabajadores y sus organizaciones frente a actos de discriminación e injerencia de los empleadores y gobiernos; por la otra, estimula y fomenta la negociación colectiva.

<sup>1</sup> OIT. *Resolución sobre los Derechos Sindicales y su relación con las Libertades Civiles*. Adoptado el 25 de Junio de 1970

De estas regulaciones de la libertad sindical, cometa el doctor González Herazo “se desprenden un sinnúmero de derechos \_derecho a afiliarse y a desafilarse de un sindicato, a constituir sindicatos sin autorización previa, a organizar libremente el sindicato, de obtener personería en determinado sindicato, a no ser disueltos administrativamente, a constituir federaciones y confederaciones, derecho a afiliarse a entidades internacionales, derecho de los trabajadores al fuero sindical, entre otros así como tras consustanciales derechos de asociación profesional, negociación colectiva y huelga”<sup>2</sup>

Con la aparición de las nuevas tecnologías, la fuerza de trabajo humana se ha visto disminuida, “se empiezan a dar las grandes transformaciones del mercado de trabajo, que por una parte tienen que ver con la división del trabajo y por la otra con la flexibilidad laboral, que al fin y al cabo se relaciona también con la discusión existente hoy entre desregulación del derecho al trabajo y la reglamentación tutelar del mismo”<sup>3</sup>, dicho de otro modo, con el pretexto de impulsar el desarrollo económico se ha venido menoscabando el derecho de los trabajadores.

La flexibilidad laboral o llamada igualmente desregulación del mercado de trabajo, hace referencia a la fijación de un modelo regulador de los derechos laborales que busca más que todo eliminar las trabas y regulaciones para contratar y despedir empleados por parte de las empresas y organizaciones privadas. La flexibilidad laboral está relacionada con las

medidas de regulación del mercado laboral en lo referente a la libertad de contratación y el contrato individual de trabajo, para flexibilizar los mecanismos logrados por los sindicatos cuando estos tuvieron su mayor auge en la historia laboral Colombiana que se remonta al siglo XX, esperando con ello mantener el crecimiento de todo el sector privado.

Dentro de este contexto internacional, la Libertad Sindical ha tenido su notoriedad en varios contextos como la declaración de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, la carta Europea de 1961, la carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948, el protocolo adicional de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; de tal manera que en los países democráticos, dada su importancia, está reconocido como derecho fundamental.

En Colombia se garantiza el derecho a la libertad sindical como Estado Social de Derecho que, de manera generalizada, en el artículo segundo de la carta política habla de los fines esenciales del Estado y en el artículo 39 describe el derecho de Asociación Sindical, la autonomía frente al Estado y el Fuero Sindical.

En la constitución nacional, el trabajo representa un valor especial que se erige en el pilar fundamental del Estado social de Derecho, como se aduce del conjunto normativo integrado en el preámbulo y los artículos 1, 2, 25, 34, el mismo 39, 48, 53, 34, 55, 56 y 64, en cuanto lo reconoce como un derecho en cabeza de toda persona de pretender y obtener un trabajo en condiciones dignas y justas, e igualmente como obligación social, fundada en la solidaridad social. Es por consiguiente que la libertad sindical

<sup>2</sup> GONZÁLEZ, Edgardo. *La Difícil Libertad Sindical y Las Relaciones de Conflicto en Colombia. Doctrinas y Ley.* 2010.

<sup>3</sup> SILVA, Marcel. *EL Derecho Laboral que hereda el Milenio: Transformación de su enseñanza.* Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, D.C 1° Ed. 1999, p. 129.

aparece como herramienta para la protección de todos estos derechos.

Es claro que en materia laboral, Colombia hace parte de los países pertenecientes a la OIT desde el año 1919, y por consiguiente todos los tratados y convenios que ha desarrollado la OIT deben ser presentados para incorporarlos a la legislación nacional; así mismo, deben ser desarrollados en pro de mantener la armonía jurídica entre lo preceptuado por el organismo internacional y la realidad del país.

Al respecto tenemos entonces, que para el caso colombiano "los tratados internacionales de la OIT deben ser celosamente cumplidos y desarrollados, pues además de ser votados favorablemente por el gobierno colombiano, por mandato de nuestra normatividad positiva se integran a la legislación, bien sea como normas de aplicación supletoria cuando no han sido convertidos en leyes, o con el mismo alcance de éstas cuando han sido ratificados"<sup>4</sup>.

## 2. RESEÑA HISTÓRICA DE LA NORMATIVIDAD EN COLOMBIA

El derecho de asociación sindical fue consagrado por primera vez en la legislación Colombiana mediante la ley 78 de 1919. "En la constitución no encontramos disposición que garantice expresamente el derecho de asociación sindical pero se considera que tiene suficiente fundamento jurídico en la norma que trata sobre derecho e asociación en general en 1936"<sup>5</sup> es en este año que se modificó el artículo 44 de la Constitución de 1886 mediante acto legislativo.

<sup>4</sup> *Ibíd.*

<sup>5</sup> GUERRERO, Guillermo. Teoría general del derecho laboral. Sexta edición. Leyer. 1976.

El inciso primero de dicho artículo manifestaba lo siguiente:

*"Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas."*

A pesar de no encontrarse expresamente consagrado, se entendió al derecho de asociación sindical como una manifestación del derecho de asociación en sentido general que, por lo tanto, se encontraba cobijado por la garantía del artículo 44 superior.

Desde el punto de vista legal, el derecho de asociación sindical fue, no solamente reconocido en numerosas normas, además se desarrollaron importantes instrumentos para garantizarlo y protegerlo, con lo cual se empezó a poner de presente entre la jurisprudencia y la doctrina que, especialmente en razón de su finalidad y a la particular protección que recibía de la ley, el derecho de asociación sindical rebasaba el concepto de derecho de asociación consagrado en la Constitución de 1886.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Mayo 4 de 1989 afirma lo siguiente:

*"El Derecho de asociación sindical es hoy reconocido, no solo como parte fundamental de la libertad de asociación y de la existencia del Estado Social de Derecho, sino como instrumento básico para el desarrollo económico que tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular."*

Como consecuencia de lo anterior, en la Constitución Política de 1991 se consagró por primera vez en forma expresa el Derecho de asociación sindical.

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

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

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

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

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

Sobre esta base, la Corte Constitucional comenzó a desarrollar su jurisprudencia respecto del derecho de asociación sindical. Con las primeras sentencias, la Corte tuvo como objetivo construir una plataforma conceptual sólida sobre la cual se lograra, con el tiempo, ofrecer mayores garantías para el ejercicio de este derecho fundamental.

Jurisprudencia Colombiana:

Según la jurisprudencia en Colombia,

*“un convenio internacional del trabajo no vincula a un Estado sino hasta cuando lo ratifica. Ratificación que no tiene el significado y alcance que se ha dado a esta figura jurídica en el derecho internacional [...] En efecto; los convenios de la OIT, desde el punto de vista internacional carecen formalmente de ratificación, pues solamente se requiere de la información a su director general sobre la aprobación del mismo por parte de la*

*autoridad legislativa interna, en nuestro caso del Congreso de la república [...]”*<sup>6</sup>

Lo anterior, no hace más que ratificar la importancia de los Convenios de la OIT firmados por Colombia, así como de los demás tratados internacionales que sobre la protección de derechos económicos y sociales deben prevalecer en las legislaciones internas como mecanismos que impidan la creciente pauperización de la clase trabajadora.

Es de vital importancia resaltar, que sobre la Libertad Sindical el Comité de Libertad Sindical ha tratado el asunto en los Convenios No. 87 y 98; el primero relativo a la libertad y protección al derecho de sindicalización; y el segundo relativo al derecho de sindicalización y negociación colectiva, en donde se resaltan los siguientes aspectos:

- Un movimiento sindical realmente libre e independiente solo puede desarrollarse dentro del respeto a los Derechos Humanos.

- El Comité de Libertad Sindical, ha indicado que no puede desarrollarse un movimiento sindical libre dentro de un régimen que no garantice los derechos fundamentales, en especial el derecho de los trabajadores sindicalizados a reunirse en los locales sindicales, el derecho de libre opinión verbal y escrita y el derecho de los trabajadores sindicalizados a contar en caso de detención con las garantías de un procedimiento judicial regular incoado lo antes posible.

- La Conferencia Internacional del Trabajo señaló que el derecho de reunión, la libertad de opinión y expresión y en particular, el derecho a no ser

<sup>6</sup>Corte Constitucional. Sentencia C-562. Octubre de 1992.

molestado por sus opiniones y el de buscar y recibir información y opiniones y difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión, constituyen libertades civiles que son esenciales para el ejercicio normal de los derechos sindicales.

- El principio de la Libertad Sindical podría llegar a ser muchas veces letra muerta si para crear una organización los trabajadores y empleadores tienen que obtener un permiso cualquiera, ya prevista la forma de una licencia para fundar la organización sindical propiamente dicha, de una sanción discrecional de sus estatutos o de su reglamento administrativo o de alguna autorización previa indispensable para proceder a su creación.

No obstante, si bien los fundadores de un sindicato tienen que observar los requisitos de publicidad u otros análogos que puedan regir de acuerdo con determinada legislación, tales requisitos no deben equivaler prácticamente a una autorización previa ni constituir un obstáculo para la creación de una organización hasta el punto de constituir en los hechos una prohibición pura y simple. Aún cuando el registro sea facultativo, si de él depende que las organizaciones puedan gozar de los derechos básicos para poder "fomentar y defender los intereses de sus miembros", el mero hecho de que en tales casos la autoridad encargada de la inscripción goce el derecho discrecional de denegarla conduce a una situación que apenas diferirá de aquellas en que se exija una autorización previa. Es decir, esta discreción no es armónica con el principio de libertad sindical.

- Las formalidades previstas por la legislación para constituir un sindicato no deben ser aplicadas en forma que retrasen o impidan la formación de la organización.

- Aún reconociendo que en ciertas circunstancias, puede ser legítimo que el registro confiera a una organización sindical ventajas en cuestiones tales como la representación para fines de negociación colectiva, consultas por parte del gobierno o nombramiento de delegados ante organismos internacionales, en circunstancias normales no debería dar lugar a una discriminación tal que las organizaciones no registradas queden sujetas a medidas especiales de control por parte de la policía que limiten el ejercicio de la libertad sindical.

- Cuando se exige el registro del sindicato, y la legislación interna de un Estado lo exige discrecionalmente como requisito. Este se constituye en autorización previa lo cual es un obstáculo a la Libertad Sindical y la creación de organizaciones sin autorización previa.

En este orden de ideas la jurisprudencia ha sido reiterativa en sus fallos esbozando lo siguiente:

*"Se concluye que el derecho de asociación sindical es un derecho subjetivo que tiene una función estructural que desempeñar, en cuanto constituye una vía de realización y reafirmación de un Estado social democrático de derecho, más aún cuando este derecho que permite la integración del individuo a la pluralidad de grupos, no constituye un fin en sí mismo o un simple derecho de un particular, sino un fenómeno social fundamental en una sociedad democrática y, es más, debe ser reconocido por todas las personas y órganos del poder público [...]."*<sup>7</sup>

En el caso Colombiano, realizando apenas un mínimo raciocinio, se puede determinar que la

<sup>7</sup>Corte Constitucional. Sentencia T 441. Julio de 1992.

aplicación de los Convenios de la OIT y del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales es letra muerta por cuanto la legislación interna Colombiana se ha visto desregulada por intereses externos a la protección de los trabajadores como lo es la aplicación de una serie de reformas y políticas laborales y económicas que básicamente crean desempleo y caos en el principio de libertad sindical, menoscabando la libertad sindical y los derechos laborales de los trabajadores, desde la creación de la llamada ley 50 de 1990.

Se puede observar como la normatividad, verbigracia en algunos de sus artículos del orden jurídico laboral preexistente, vulnera el principio de libertad sindical: el art. 362 del C.S.T., subrogado por la Ley 50 artículo 42 prescribe el contenido de los estatutos de la organización sindical vulnerando la soberanía y autonomía del sindicato \_esto se encuentra reglado incluso en Resoluciones del Ministerio del Trabajo que diseñan modelos de Estatutos que sirven de guía al momento de ser registrados por las autoridades laborales\_ De igual manera sucede con los artículos 365, 366 y 372 del CST, subrogados por los artículos 45, 46 y 50 respectivamente, de la ley 50; aunque aparentemente el artículo 44 de la ley referida acoja el Convenio 87 en lo referente a la personería automática, esto no pasa de ser un sofisma.

La realidad es que el Sindicato desde su fundación tiene personería, pero este es un mero sofisma por los mencionados artículos que establecen que el sindicato solo a partir de su registro y durante la vigencia de ese registro puede ejercer sus atribuciones sindicales, imponiendo, para el registro el mismo, trámite que otrora había que surtir para obtener la personería. Se cambió el nombre de personería por el de registro y en la realidad es el

registro el que faculta para actuar válidamente al Sindicato.

Los artículos 359 y 370 del CST, subrogados respectivamente por los artículos 48 y 49 de la Ley 50, con base en los cuales el Ministerio de Trabajo interviene para aprobar la modificación de los Estatutos del sindicato, y cuyas modificaciones tienen validez solo a partir de su registro constituyendo un control previo e interferencia a la autonomía sindical, es lo que hoy en la legislación conlleva una restricción a las libertades sindicales.

Ahora bien, la corte en sus inicios discernió lo que eran las asociaciones sindicales con el mero derecho de asociación; en ese sentido la sentencia T-418 de 1992 estableció tres grandes diferencias:

a. “El derecho de asociación general corresponde a todos los hombres siempre que se persigan fines lícitos; forma parte de los derechos individuales del hombre. El sindical o de asociación profesional corresponde sólo a los hombres que integran la relación laboral, o sea, a los trabajadores y patronos.

b. El de asociación general es un derecho frente al Estado. El de asociación sindical es, ante todo, un derecho de una clase frente a la otra, pero sin dejar de ser también un derecho frente al Estado, ya que si faltara la autonomía sindical, se llegaría a un sistema jurídico similar al de los regímenes totalitarios.

c. El de asociación sindical corresponde a la libertad de formar asociaciones para la realización de todos los fines que no sean contrarios al derecho, con excepción a los fines a que se refiere la asociación profesional. El de sindicalización corresponde a la libertad de unirse para la defensa y mejoramiento de las condiciones del trabajo y de la economía.”

Al derecho de asociación sindical se le han reconocido por la jurisprudencia de la Corte

Constitucional tres manifestaciones principales, las cuales fueron expuestas por la Corte en sentencia T-441 de 1992<sup>8</sup>:

a- “Libertad individual de organizar sindicatos, cuyo pluralismo sindical está consagrado en el artículo 2o del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo.

b- Libertad de sindicalización (o sindicación), ya que nadie puede ser obligado a afiliarse o a desafilarse a un sindicato; en palabras del artículo 358 del Código Sustantivo de Trabajo, inciso 1o: “Los sindicatos son asociaciones de libre ingreso y de retiro de los trabajadores”<sup>9</sup>.

c- Autonomía sindical que es la facultad que tiene la organización sindical para crear su propio derecho interno, para organizarse. Así lo dispone el artículo 3o del Convenio 87 de la OIT.”

Adicionalmente, en esta sentencia la Corte consideró por primera vez el derecho de asociación sindical como una manifestación del Estado social de derecho. Este concepto, al igual que consideraciones similares al respecto consignadas en las sentencias C-593 de 1993 y C-377 de 1998 constituyen el antecedente directo a jurisprudencia posterior en la que se da un papel mucho más trascendental al derecho de asociación sindical dentro del estado social de derecho en la Constitución Política. Dice la sentencia C-593 de 1993:

*“Las garantías para los sindicatos y la sindicalización, son significativamente más amplias en la Constitución de 1991, de lo que eran en la Constitución de 1886, ello no se debe a un capricho*

*del constituyente, ni es resultado de acuerdos obligados por la composición multiestamentaria de la Asamblea Nacional Constituyente; en la regulación actual de las garantías y libertades sindicales y de sindicalización, se desarrolla el Título I de la Carta, ‘De los Principios Fundamentales’ y, en especial, el artículo 1°, que constituye a Colombia como un Estado social de derecho, cuya forma de organización republicana se funda, entre otros valores, en el trabajo. Así mismo, el artículo 2° del Estatuto Superior que, al definir los fines esenciales del Estado, incluyó entre ellos: “ facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica de la Nación; asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”*

En la sentencia T-526 de 1999 y basándose en la jurisprudencia antes mencionada, la Corte fijó una premisa según la cual al defender las principales instituciones del derecho colectivo del trabajo se defiende el derecho de asociación sindical, lo que implica a su vez proteger los valores y fundamentos del Estado Social de Derecho plasmado en el Artículo primero de la Constitución Política.

*“El reconocimiento a los trabajadores de las garantías que se derivan del derecho de asociación y su ejercicio, tales como el fuero sindical, los permisos sindicales, el derecho de huelga, éste último conforme a su estricto marco legal y constitucional (C-473 de 1994, C-450 de 1995 y T-502 de 1998), ha inclinado a la Corte ha producir sentencias que se caracterizan porque la Corporación siempre ha protegido el carácter garantista del ejercicio del derecho de asociación sindical en las relaciones obrero-patronales, como una manifestación suprema del estado social de derecho.”*

<sup>8</sup> *Ibíd.*

<sup>9</sup> Op. Cit. C-272 de 1994.

La concepción de la Corte Constitucional con respecto a la definición y las manifestaciones del derecho de asociación sindical ha sido uniforme, pero ha sido complementada en su alcance con el paso del tiempo. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que la jurisprudencia en este tema puede dividirse en tres etapas; en una primera etapa la corporación se limitó a establecer los criterios diferenciadores entre el derecho de asociación y el derecho de asociación sindical.

En la segunda etapa se enumeraron sus características y manifestaciones. Por último, la Corte estableció una serie de vasos comunicativos entre la protección al derecho de asociación sindical como medio para el desarrollo de los valores y principios del estado social de derecho a través de la defensa de las principales instituciones del derecho colectivo del trabajo.

### **3. ANÁLISIS Y REPERCUSIONES DE LA FLEXIBILIDAD LABORAL EN COLOMBIA.**

La flexibilidad laboral en Colombia se aplica con el objetivo de estar acorde con la globalización, con el sofisma de que se generaría más empleo en el país toda vez que hubiera la facilidad de contratación por parte de empresas extranjeras y Colombia pasaría a ser un nicho de mercado para sus inversiones, puesto que antes de 1990 había una normatividad muy rígida para los intereses de los empresarios, los sindicatos para la época habían alcanzado logros de proteccionismo sobre la parte más débil dentro de la relación laboral, en este caso, el trabajador.

Se evidenciaba una mayor estabilidad laboral dentro de las empresas de aquella época. Es de esta manera como se crea la ley 50 de 1990 en Colombia,

con uno de sus principales propósitos: liberar las rigideces de las relaciones laborales con el fin de mejorar las condiciones de las empresas colombianas en el nuevo modelo económico de globalización; consecuentemente, se crearon los fondos de cesantías para administrar las cesantías de los empleados, cuyo objetivo fue fomentar la demanda de papeles en el mercado de valores, dinamizando el sector financiero.

Otro hecho relevante que se buscó con esta normatividad fue que se introdujeran reformas al Código Sustantivo del Trabajo como la implementación de los contratos a término fijo, el empleo temporal y diversas modalidades de subcontratación, en detrimento de la clase trabajadora y con mayor debilitamiento de oportunidad para asociarse, ya que este tipo de contratación es más frágil para el trabajador, facilitación del despido del trabajador después de 10 años de antigüedad y la adopción de un salario que integrara todas las remuneraciones para los trabajadores de mayores ingresos; estas disposiciones se encuentran en los artículos 6 y 18 de la ley 50 de 1990, además de los artículos 71 y siguientes, en los cuales se introdujo y se reguló el tema de las empresas de servicios temporales.

Entre otras normas que se crearon en aras de la flexibilidad laboral en Colombia encontramos:

- Extensión de Jornada Diurna hasta las 10:00 p.m. (Ley 789 de 2002)
- Reducción del valor dominical y festivo. (Ley 789 de 2002)
- Reducción de los montos indemnizatorios en caso de despido sin justa causa. (Ley 789 de 2002)
- Aumento de la cuota de aprendices. (Decreto 1779 de 2009)

- Pacto de Salario Integral.

Sin embargo, hay que insistir, la flexibilización laboral ha sido mal interpretada, pues la desregulación se ha establecido tanto en derecho como en obligaciones, y se ha centrado por parte de los empleadores, en la praxis. Por consiguiente, se ha dado paso a la ilegalidad que se ha venido presentando en el manejo tercerizado del talento humano por medio de cooperativas de trabajo asociado (CTA), que por fuera del régimen laboral y sin autorización legal para manejar trabajadores, han venido precarizando el empleo y desconociendo los derechos fundamentales del trabajador como la libre asociación o la libertad sindical. “El mecanismo de formalización de empleo flexible, al no ser entendido en su real alcance de temporalidad del servicio y no del trabajador \_pues ha sido aplicado por parte de los empleadores a su antojo\_, ha generado otras ilegalidades de contratación que coartan aún más la libertad sindical, tal es el caso de los contratos sindicales, que previstos para construcción de obras y prestación de servicios con autonomía administrativa y financiera se vienen utilizando como sustituto de las CTA para manejar trabajadores por parte de terceros, así como también las Sociedades Anónimas Simplificadas (SAS) que son un tipo societario no habilitado para enviar trabajadores a terceros.”<sup>10</sup>

La libertad sindical en Colombia, con la flexibilidad laboral tiende a desaparecer, sobre todo con los nuevos esquemas de contratación donde se vulnera el derecho de asociación del trabajador, ahora bien, como se planteó en líneas precedentes, ha surgido la ilegalidad de contratación agudizándose

aún más el problema. El gobierno nacional ha tenido que legislar con pocos resultados, muy a pesar que ha habido cierta presión por parte de los Estados Unidos de Norte América en cuanto a la aplicabilidad del Tratado de Libre Comercio TLC, por cuanto se le exige al gobierno que termine con la ilegalidad de la contratación en Colombia, y es de esta manera que el gobierno ha creado algunas regulaciones como el decreto 2025 de 2011, en cumplimiento de la ley 1429 de 2010 cuando se hace mención a la intermediación laboral, se entenderá como envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.

En este orden de ideas, respecto a las empresas de servicios temporales creadas por la ley 50 de 1990, estas han podido contratar personal indirecto, simplemente mediante contrato de prestación de servicios con la empresa de servicios temporales, la cual, en últimas es la que se encuentra obligada a cumplir, con las obligaciones laborales de los trabajadores en misión.

Es importante resaltar en esta investigación que las empresas de servicios temporales cuentan con trabajadores de planta, que son los que se ocupan, por decirlo así, del funcionamiento de las empresas de servicios temporales y los trabajadores en misión que son los que se ocupan de la labor para la cual fueron contratados por la empresa temporal.

En esta desregulación no se puede dejar de mencionar lo concerniente a la exigencia de la cuota sindical que es una fehaciente forma de violación a la libertad sindical, el numeral 7 del art. 362 del Código Sustantivo del Trabajo, en la forma como fue modificado por el art. 42 de la ley 50/90, preceptúa

*“que en los estatutos de la organización sindical deben señalarse la cuantía y periodicidad de las*

<sup>10</sup> Revista Trabajo y Derecho No. 47. Asociación de Abogados Laboralistas De Trabajadores. Impresol. Mayo 2011.

*cuotas ordinarias y extraordinarias que han de cubrir los afiliados y su forma de pago.”*

Haciendo un análisis de la sentencia T 324 de La Corte Constitucional de 1998 se puede sintetizar que la corte ha sido homogénea al considerar la retención de cuotas sindicales por parte del empleador, como una clara vulneración al derecho de asociación sindical. La razón fundamental para adoptar dicha consideración se basa en que las cuotas sindicales, descontadas del salario de los trabajadores afiliados al sindicato, o de aquellos no afiliados que en determinados casos se ven beneficiados por la convención colectiva se constituyen, en la mayoría de los casos, en el único medio de subsistencia económica de la organización sindical, por tanto, la retención de dichas cuotas por parte del empleador implica, por lo menos, una amenaza a la subsistencia misma del sindicato y así mismo, una vulneración del derecho de asociación sindical.

#### **4. REPERCUSSIONES DE LA LEY 789 de 2002**

Es bueno resaltar los artículos 13, 25, 26 y 28 de la ley 789 de 2002, en lo referente a la flexibilidad laboral y por ende las consecuencias que trae la restricción de las libertades sindicales, debido a que estos artículos referenciados tienen incidencia directa en la reducción de costos, dentro de los que podemos contar los recargos por nocturnos, la disminución de la indemnización por despido sin justa causa y la relación con los nuevos puestos de trabajo.

De esta forma el artículo 13 de la ley 789 de 2002 excluyó el pago de los aportes parafiscales a los empleadores que contraten nuevos trabajadores:

*“Estarán excluidos del pago de los correspondientes aportes al Régimen del Subsidio Familiar Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, e*

*Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, los empleadores que vinculen trabajadores adicionales a los que tenían en promedio en el año 2002.”*

Sin embargo, por esta exención de aportes, los trabajadores contratados deben tener cierta calidad, es decir, deben ser reinsertados de grupos al margen de la ley, jefes cabeza de hogar, etc. De esta manera, la medida buscó abaratar los costos de los empleadores para que no solo creen nuevas plazas de empleo, si no para que fueran ocupadas por personas pertenecientes a los grupos de personas más vulnerables de la población.

Por su parte los artículos 25 y 26 de la ley 789 de 2002 introdujeron una reducción considerable de los costos del empleador, toda vez que, primero se amplió la jornada diurna, logrando así que sea menos factible incurrir en excesos de nómina al no tener que pagar el recargo nocturno, si no a partir de diez de la noche y segundo, redujo el recargo por el trabajo realizado los domingos y festivos, es decir, anteriormente, por trabajar se recibía el doble de la remuneración, ahora solo se recibe además del salario un 75% de recargo o un día de descanso compensatorio si se trata de trabajo ocasional el día domingo, si es habitual, aparte del recargo, el trabajador recibe el día compensatorio.

Al analizar estas modificaciones, sin lugar a dudas se está al frente de una globalización, la cual se traduce en una competencia mundial, lo que implica el abaratamiento de costos, buscando el beneficio de los empresarios propietarios de las empresas prestadoras de servicio.

Por otro lado el artículo 28 de la ley 789 de 2002 disminuyó de manera sustancial las indemnizaciones por despido del trabajador sin justa causa, es decir que , si bien los trabajadores despedidos sin justa

causa reciben una indemnización, a partir de la ley en estudio esta pasa a ser mucho menor, toda vez, que por ejemplo, teniendo menos de un año de servicio, se reciba bajo el régimen de la ley 50 una indemnización equivalente a cuarenta y cinco días de trabajo, mientras que con este régimen, se establecerían solo 30 días de salario como indemnización ante el despido cuando se devenga menos de 10 salarios mínimos; si el sueldo es de más de diez salarios mínimos, la indemnización equivaldría a 20 días de salario.

Ahora bien es de anotar que estas flexibilizaciones no aseguran que se genere empleo, y es que no podemos menoscabar ciertos derechos en busca de otros y menos para el favorecimiento de la clase empleadora en Colombia; además el empleador no se verá entusiasmado en crear un turno adicional por un ahorro de 25% de recargos en dominicales y festivos, igualmente sucede con las indemnizaciones de despidos sin justa causa, ya que se está facilitando con el abaratamiento el despido de los trabajadores y en estas precarias condiciones de estabilidad laboral no se puede garantizar ejercicio de la libertad sindical en Colombia.

Se puede concluir sin lugar a equívocos que la ley logró flexibilizar en materia laboral, e igualmente es cierto que hasta el momento no se han logrado los resultados esperados en cuanto a la generación de empleo.

## CONCLUSIÓN

La problemática eminente de la flexibilidad laboral que viene desde la reforma laboral de los años 90, donde se acoge la supuesta autonomía o libertad del trabajador para contratar en igualdad de condiciones con el empleado, supone el punto de

partida de la amputación que se ha generado al principio de la libertad sindical en Colombia, trasgrediendo las normatividades internacionales y haciendo caso omiso al bloque de constitucionalidad protección en que se encuentran inmersos dichos derechos, donde se permite que las partes, como en los contratos privados, pacten cláusulas que relativizan esos mínimos derechos antes irrenunciables, dejando como consecuencias que se fijen ingresos para el trabajador que no constituyen un salario, desnaturalizando este concepto.

Se ha provocado el desmonte de la retroactividad de las cesantías para los trabajadores enganchados a partir del año 1991 y la renuncia de ese beneficio para los trabajadores antiguos, perdiéndose una protección contra la inflación y la única posibilidad de ahorro para el trabajador que era utilizada tradicionalmente para acceder a la vivienda; otra consecuencia ha sido la deslaboralización de los contratos de trabajo mediante contratos civiles, comerciales o administrativos. Esta última modalidad de contratación se aplica en el sector público y hoy permite que de cada cuatro servidores públicos uno esté deslaboralizado por éste sistema de contratación.

Este tipo de contratos son sin límites en cuanto a jornada laboral, a los honorarios, sin prestaciones sociales, sin seguridad social, pues el trabajador pierde su condición y se le reduce a un simple contratista. La deslaboralización se facilita cuando la ley 50/90, Art. 2º inciso 2, elimina la presunción de que toda relación de trabajo está cobijada por un contrato de trabajo cuando el servicio se preste ejerciendo profesión liberal o en virtud de contrato civil o comercial, invirtiendo la carga de la prueba y trasladándola al trabajador.

Se legitiman las Empresas de Servicios Temporales cuyo objeto social es suministrar

trabajadores a terceros, se les da el carácter de empleadores cuando realmente son intermediarios. Los justificantes para estas empresas son falsos en la medida que ofrecen servicios en actividades que no son de naturaleza temporal y no generan empleo, sino que aprovechan los altos índices de desempleo para realizar intermediación onerosa entre el trabajador que presta su servicio y el verdadero patrono que se beneficia de la fuerza de trabajo y controla a los trabajadores sin que sean de su planta de personal.

Hay motivación de los empleadores para acudir a estas empresas y así reducir costos laborales, bajos salarios, no pagar prestaciones convencionales, evitar la sindicalización de los trabajadores por encontrarse dispersos en empresas particulares y estatales y no asumir los riesgos laborales, puesto que no hay solidaridad entre la empresa temporal y la empresa usuaria.

El tener trabajadores rotativos polivalentes sin estabilidad, es una forma de explotación permanente que convierte el trabajo en una mercancía con una profunda discriminación, el gobierno se ha hecho partícipe de esta flexibilización, teniendo en cuenta la supuesta generación de empleo a costa de cercenar el principio de libertad sindical, y los niveles de desempleo son mayores. Lo que quiere decir que esta flexibilización ha desnaturalizado la contratación laboral en Colombia y por ende, el principio de libertad sindical, debido a que la clase trabajadora no tiene las garantías para asociarse dentro del supuesto Estado Social de Derecho, por consiguiente se deberán crear condiciones para que se garanticen los derechos fundamentales y se cumplan con los convenios internacionales en aras de un trabajo digno y se dé un verdadero crecimiento económico en Colombia a escala humana, donde la parte desprotegida, en este caso, el trabajador, se sienta con

la confianza de ejercer plenamente su derecho a la libertad sindical.

## BIBLIOGRAFÍA

BAYLOS GRAU, Antonio. *Sindicalismo y Derecho sindical*. Tercera edición. Bomarzo. (2006)

Código sustantivo del trabajo.

Constitución política de Colombia.

Convenio 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo

GUERRERO, Guillermo. *Teoría general del derecho laboral*. Sexta edición. Leyer. 1976.

GONZALEZ, Guillermo. *Derecho Colectivo del Trabajo*. Segunda Edición. 1978.

GONZÁLEZ, María. *Flexibilización de las relaciones laborales. Una perspectiva teórica postfordista*. Gaceta laboral volumen 12 envió 1/ 006 - Universidad del Zulia Venezuela.

GONZÁLEZ, Edgardo. *La Difícil Libertad Sindical y Las Relaciones de Conflicto en Colombia*. Doctrinas y Ley. 2010.

OIT. Informes del Comité de Libertad Sindical. Noviembre 2009

Revista Trabajo y Derecho No. 47. Asociación de Abogados Laboralistas De Trabajadores. Mayo 2011. Impresol.

RODRIGUEZ, Miguel. "Flexibilidad, juridificación y desregulación" Revista Relaciones Laborales n° 5, marzo 1987.

SILVA ROMERO, Marcel. *EL Derecho Laboral que hereda el Milenio: Transformación de su enseñanza* 1° Ed. 1999.

Sentencias de la corte Constitucional.

Sentencias Corte Suprema de Justicia.