



Revista de Derecho

ISSN: 0121-8697

ISSN: 2145-9355

Fundación Universidad del Norte

OSTAU DE LAFOND DE LEÓN, FRANCISCO RAFAEL; CHAVARRO, LEIDY ÁNGELA NIÑO

El fuero sindical de los trabajadores particulares: una garantía restringida en Colombia*

Revista de Derecho, núm. 56, 2021, Julio-Diciembre, pp. 169-193

Fundación Universidad del Norte

DOI: <https://doi.org/10.14482/dere.56.348.63>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85171353009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

El fuero sindical de los trabajadores particulares: una garantía restringida en Colombia*

*Trade union immunity for private workers:
a restricted guarantee in Colombia*

FRANCISCO RAFAEL OSTAU DE LAFOND DE LEÓN

Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Gran Colombia, especializado en Derecho Laboral y Acción Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá); doctor en Derecho de las universidades Javeriana, Rosario y Externado de Colombia; doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; filósofo de la Facultad de Filosofía de la Universidad Libre de Colombia (Bogotá). Docente investigador en asuntos del mundo del trabajo de la Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho. paco_syares@yahoo.es ; frostau@ucatolica.edu.co
http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001174649

LEIDY ÁNGELA NIÑO CHAVARRO

Estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. Magíster en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Universidad del Rosario, especialista en Derechos Humanos laborales de la Universidad de Castilla de La Marcha. Abogada de la Universidad Libre de Colombia. Docente Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá. laninoc@ucatolica.edu.co
http://scienti.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001344308#experiencia

*El proyecto dentro del cual se produce este artículo fue financiado por la Universidad Católica de Colombia, en la Facultad de Derecho. Este artículo es producto del proyecto de investigación "Derecho, Estado y Sociedad: transformaciones del derecho público fase 3" del grupo de investigación Derecho Público y TIC de la Universidad Católica de Colombia.

Resumen

Este resultado de investigación tiene como objetivo analizar el discurso jurisprudencial de las altas Cortes sobre la garantía del ejercicio del derecho de asociación sindical de los trabajadores particulares en Colombia, denominada fuero sindical. A partir de la sociología jurídica se estudian los criterios que se han desarrollado en torno a esta figura para la protección del derecho de asociación sindical. Dentro de los hallazgos obtenidos se encuentra que si bien la Constitución de 1991 y los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) consagra una protección de este derecho, los operadores judiciales se apartan de su aplicación, ampliando el margen de desprotección y restricción a los trabajadores que ejercen este derecho.

PALABRAS CLAVE

Fuero sindical, derecho de asociación sindical, representantes de los trabajadores, Libertad sindical.

Abstract

This research aims to analyze the jurisprudential discourse of the Courts on the guarantee of the exercise of the right of union association of private workers in Colombia, called union jurisdiction. Based on legal sociology, the criteria and effects that have been developed for the protection of the right of trade union association are studied. As a result, we find that although the 1991 Constitution and ILO conventions 87 and 98 determine the protection of this right, the judges deviate from its application, widening the margin of un protection for workers who exercise this right.

KEYWORDS

Trade union jurisdiction, right of trade union association, workers' representatives, Freedom of association.

INTRODUCCIÓN

El análisis del discurso de la jurisprudencia y la lectura que se ha dado a la garantía del fuero sindical de conformidad con la Constitución de 1991 será el punto de partida para abordar este mecanismo de protección de los trabajadores del sector particular. La garantía foral, de acuerdo con diversas decisiones judiciales, está supedita no solo a la existencia de la relación de trabajo, sino también a la modalidad contractual de índole laboral y sus particularidades.

En este artículo se abordará, desde el discurso jurisprudencial, la garantía del fuero sindical en los contratos de trabajo a término fijo, su cobertura en el periodo de prueba y en la declaratoria de cese de actividades. Así mismo, se estudiará lo relativo al fuero circunstancial, el fuero de fundadores, el caso de los trabajadores pensionados, los no subordinados y la cobertura del fuero sindical en el caso de la multifiliación. Finalmente, se explorará su alcance a los trabajadores actores y de los de plataformas digitales.

El interrogante que orientó la investigación fue ¿cuáles son los efectos de los criterios jurisprudenciales de las altas Cortes, en los últimos cinco años, en torno a la garantía foral para el ejercicio del derecho de asociación sindical en el sector privado?

METODOLOGÍA

Con el empleo del análisis del discurso jurisprudencial de las altas Cortes en los últimos cinco años se abordaron desde los estándares internacionales contenidos en los convenios de la OIT, los preceptos constitucionales y el tratamiento que se le ha dado a la garantía del derecho de asociación sindical a través de la figura del fuero sindical. Desde de la sociología jurídica se plantea el estudio del escenario del proteccionismo del ejercicio del derecho de asociación sindical y su aplicación al mundo del trabajo en Colombia.

RESULTADOS

Precedentes jurídicos y situación actual del fuero sindical en Colombia

Los precedentes de la garantía del fuero sindical en Colombia provienen de la Ley 6ª de 1945 con cobertura a los miembros de la junta directiva nacionales, subdirectivas o comités seccionales, contemplados en los estatutos, en municipios diferentes del domicilio de las directivas principales. A partir de 1950, con el Código Sustantivo (en adelante C.S.T.), se definió en el artículo 405 el fuero sindical así: “Se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, trasladados ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo”. Modificado por el decreto 204 de 1957 al agregar: “...ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto” (Legis, 2021).

El artículo 406 del C.S.T. original amparaba a los fundadores de un sindicato desde el día de la notificación prevista en el artículo 363 hasta quince días después de la publicación en el *Diario Oficial* del reconocimiento de la personería jurídica del sindicato, sin pasar de tres meses. Ampliaba, además, esta protección a los trabajadores que ingresaban a él antes de la concesión de la personería jurídica en los mismos términos y condiciones de los fundadores.

Cuando el artículo 406 fue modificado por el Decreto 2351 de 1965, extendió el fuero sindical a dos de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos y amplió el término de tres a seis meses, tanto a los fundadores como a la junta directiva. El artículo 408 dispuso que el empleador pueda suspender provisionalmente al trabajador que gozaba del fuero sindical mientras el juez de trabajo resolvía la solicitud de despido definitivo depositando caución que garantizara el pago de salarios del tiempo de la suspensión. El Decreto 204 de 1957 en su artículo 7º modificó sustancialmente esta posibilidad de suspender provisionalmente al trabajador que gozaba de fuero al disponer que el empleador para despedir a un trabajador aforado debe solicitar permiso al juez laboral y demostrar las justas causas de terminación del contrato de trabajo (art. 410 C.S.T.); esta solicitud debía contener una relación pormenorizada de las pruebas que demuestran las justas causas.

En materia laboral, la palabra “fuero” se refiere a la protección especial otorgada a ciertas personas por razón del cargo o del estatus que ocupan dentro de una organización sindical. La Enciclopedia Omeba (1984) lo define como

La garantía que se otorga a determinados trabajadores, motivada en su condición representativa sindical para no ser despedidos, trasladados, ni modificadas sus condiciones de trabajo, sin causa. Por dicho fuero se otorga a ciertos trabajadores un derecho en virtud del cual el patrono o empresario no puede, durante el tiempo que indica la ley, o mientras esta garantía de protección subsiste, despedir libremente al trabajador o modificar sus condiciones laborales a no ser que medie la autorización correspondiente en la forma que la ley determine. (p.180)

En la actualidad, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 405 define al fuero sindical como

la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto sin causa justa previamente calificada por el juez del trabajo.

El fuero sindical en Colombia es la garantía que gozan algunos trabajadores, producto del ejercicio del derecho de asociación sindical, de no ser despedidos, desmejorados, ni trasladados sin la previa autorización del juez de trabajo. De conformidad con los convenios 87 y 98 de la OIT, ratificados por Colombia, y que hacen parte de la Constitución Política, esta garantía cubre a todos los trabajadores, subordinados o no, que representen a los trabajadores en el marco de la autonomía sindical y a los fundadores de las organizaciones sindicales.

La figura del fuero sindical en el Código Sustantivo del Trabajo fue construida consecuentemente con el modelo de relación de trabajo individual que se estructuraba sobre el contrato a término indefinido y de carácter excepcional sobre los contratos a término fijo. Así, lo relacionado con términos de levantamiento y efectos de la acción de reintegro es de naturaleza propia de la relación laboral indefinida, razón por la cual en el articulado vigente, en los casos en que no se requiere autorización previa judicial, no se consagra el contrato de trabajo a término fijo.

Con la incorporación a nuestro ordenamiento interno, por mandato de la Constitución Política, de los convenios 87 y 98 de la OIT, ratificados por las leyes 26 y 27 de 1976, respectivamente, el ejercicio del derecho de asociación sindical alcanzó mayor cobertura para aquellos trabajadores con una vinculación jurídica diferente de la del contrato de trabajo, como lo son: los trabajadores no subordinados, autónomos, tercerizados, los de *outsourcing*, *free lancer*, etc.

De ahí que se puede afirmar que la garantía del fuero sindical opera para todos los trabajadores sin ningún tipo de distinción contractual, a pesar de la consagración legal que contiene el C.S.T. Esta contradicción aparente entre el ordenamiento legal y constitucional puede ser resuelta a partir de la lectura de las normas laborales bajo los criterios de la Constitución Política de 1991, convenios de OIT y los tratados sobre Derechos Humanos.

El fuero sindical, antes que una protección de la relación individual de trabajo, es la principal garantía del derecho de asociación sindical. El inciso 4º del artículo 39 de la Constitución Política reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para su gestión.

Para la Corte Constitucional (CC, Sentencia T-1331/01, Col), la esencia del fuero sindical consiste en que ningún trabajador amparado por esta garantía pueda ser despedido, ni desmejorado ni trasladado sin que previamente un juez de trabajo haya calificado la actuación; en caso contrario, conllevaría la vulneración de los derechos fundamentales de asociación, libertad sindical y fuero sindical, siendo procedente el amparo constitucional. En consecuencia, “la existencia de un mecanismo idóneo, expedito y de mayor o equivalente agilidad a la tutela impide también recurrir a la vía de la protección transitoria, pues la agilidad del proceso especial descarta la configuración del perjuicio irremediable” (CC, Sentencia T-046/09, Col), razón por la cual se considera improcedente la acción de tutela para solicitar la protección de la garantía del fuero sindical.

Las acciones procesales que se derivan de la garantía del fuero sindical tienen por finalidad la verificación de la ocurrencia de la causal alegada y la valoración de su legalidad. Para la procedencia de la garantía del fuero sindical se requiere:

1. Que el ejercicio del derecho de asociación sindical se dé en el marco de una relación de cualquier naturaleza, ya sea laboral, civil, administrativa o comercial.

2. Que el aforado (bajo los criterios anteriores) sea fundador del sindicato o miembro de la junta directiva o comisión de reclamos, miembro de la junta directiva de las federaciones o confederaciones o de la comisión de reclamos de estos. Ser miembro de la junta directiva de las seccionales sindicales o ser uno de los dos miembros de los comités sindicales.
3. Que la organización sindical haya elaborado el acta de fundación, cuando se trata del fuero sindical de fundadores.
4. Que la elección, o la designación de la comisión de reclamos, sea notificada al empleador, como lo exigen los artículos 363 y 371 del C. S. T.

De la lectura del artículo 406 del C.S.T. a la luz de lo establecido por la Constitución Política, los convenios de la OIT y los tratados sobre Derechos humanos se puede comprender que gozan de fuero sindical no solamente los trabajadores subordinados con contrato de trabajo, si no todos aquellos trabajadores afiliados a una organización sindical que sean fundadores o desempeñen cargos de dirección sindical.

En caso de los fundadores de la organización sindical, esta garantía comenzará a partir de la fecha de constitución del sindicato hasta por dos meses posteriores a la resolución de inscripción en el registro sindical por parte del Ministerio de Trabajo. En los casos de los miembros de juntas directivas o de la comisión de reclamos, la protección del fuero sindical será a partir de la comunicación que se hace al empleador de dicha elección hasta seis meses después de finalizar su periodo.

El artículo 407 del C.S.T. consagra que el amparo del fuero sindical solamente operará para los 10 miembros de junta directiva sindical, sin embargo, de conformidad con el artículo 39 de la Constitución Política, que “reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”, no se impone algún límite de cobertura a un número de trabajadores. Por su parte, el Convenio 135 de la OIT, no ratificado por Colombia, tampoco hace alusión alguna a un número determinado de trabajadores que puedan gozar de esta garantía foral o de estabilidad, por lo tanto, esta protección está sujeta a la calidad de “representantes”, caso en el cual deberá primar la aplicación de la Constitución Política.

De conformidad con lo anterior, si una junta directiva de un sindicato está compuesta por más de diez trabajadores, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, todos los miembros de la junta, sin importar su número de composición, gozarían de fuero sindical bajo la aplicación del artículo 39 de la Constitución Política y del Convenio 135 de la OIT de manera directa.

I. EL FUERO SINDICAL Y EL CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO

El contrato a término fijo se caracteriza por que las partes establecen un periodo de vigencia limitado en el tiempo. Ante la voluntad de las partes en definir la temporalidad de la relación de trabajo, en el caso de un trabajador aforado, ¿deberá prorrogarse el contrato mientras dura la garantía del fuero sindical? o ¿prevalece el término de duración del contrato de trabajo?

De conformidad con el C.S.T., el contrato de trabajo está íntimamente relacionado con la estabilidad foral y, por lo tanto, al vencerse el tiempo del contrato, el empleador tiene la potestad, independientemente del fuero, de prorrogarlo o no. La terminación del contrato de trabajo por expiración del tiempo acordado no necesita ser calificado como justa causa por el juez laboral en los procesos de levantamiento del fuero sindical.

En el artículo 411 del C.S.T. se relacionan las causales en las que no se requerirá de la previa calificación judicial para terminar el contrato de trabajo de un trabajador aforado, el cual excluyó el contrato de trabajo a término fijo. De ahí que el fuero sindical no puede seguir la interpretación de la norma general de la terminación de los contratos de trabajo a término fijo en razón al cumplimiento del plazo pactado bajo la luz de la protección de la estabilidad foral.

Desde la lectura de lo consagrado en la Constitución Política, en el fuero como una garantía del derecho de asociación, debe prevalecer la representatividad sindical y su protección foral ante la terminación del contrato de trabajo. En estas circunstancias, aunque un trabajador aforado tenga contrato a término fijo, deberá prorrogarse su duración en la medida que el trabajador esté aforado.

No obstante, para los altos tribunales, en los contratos de trabajo a término fijo en los que el trabajador adquiere el fuero sindical prevalece el plazo pactado ante esta garantía. Así, la Corte Constitucional (Sentencia T-116/09) reiteró lo sostenido por tribunales y la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a que el reintegro en los contratos a término fijo en virtud de la garantía foral no es posible, “ya que éstos por ministerio de la ley pueden darse por terminados por parte del empleador al fenecer el respectivo período con el lleno de las formalidades de ley”, siendo reiterado por la Sentencia T - 1334 de 2001.

La Corte Suprema de Justicia (C.S.J. S.L. RAD. 34142/09, Col) estableció que la garantía del fuero sindical en el caso de los contratos de trabajo a término fijo no se transgrede cuando su finalización se produce por uno de los modos de terminación establecido en la ley, como lo es el cumplimiento del término establecido en el contrato de trabajo. De acuerdo con este pronunciamiento judicial, se debe dar prevalencia a la autonomía de las partes, dejando de lado la esencia de esta garantía, la cual es la protección del derecho de asociación sindical.

El fuero sindical en el C.S.T. fue construido sobre la base de la preexistencia de la relación de trabajo como requisito para el ejercicio del derecho de asociación sindical. El artículo 411, que reglamenta la terminación del contrato de trabajo sin previa calificación judicial, no contempla los contratos de trabajo a término fijo. Cuando la Ley 50 de 1990 modifica el modelo de relación de trabajo, hace prevalecer el contrato a término fijo sobre el de duración indefinida, lo que implicó una negación del ejercicio pleno del derecho de asociación sindical por estar supeditado (de acuerdo con el C.S.T.) a la existencia y duración de la relación de trabajo.

La Corte Constitucional en distintos pronunciamientos ha reflejado posiciones contrarias en cuanto a la garantía del fuero sindical y los contratos de trabajo a término fijo, por obra o labor contratada, ocasional o transitorio. En las sentencias T-029 de 2004 y T-1108 de 2005 se estableció la necesidad de agotar el procedimiento de levantamiento del fuero sindical de los trabajadores vinculados laboralmente por periodo determinado por considerar que este acto podría ser producto de una discriminación sindical.

La Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de este artículo (Sentencia C- 263 de 2019) se declara inhibida por razones de falta de certeza, especificidad y suficiencia de los cargos de inconstitucionalidad formulados, en tanto no era aplicable a otras formas de vinculación laboral como a los contratos de trabajo a término fijo. Esta situación resulta incomprensible al provenir de un órgano judicial cuya misión es velar por la constitucionalidad de las normas en el Estado de Derecho; más aún cuando con ella se desconoce la importancia para la garantía del ejercicio de asociación sindical de todos los trabajadores en aplicación de los convenios de derechos humanos en nuestro ordenamiento interno (art. 93 C.P.).

Si se tiene en cuenta que la terminación por vencimiento del plazo pactado en los contratos de trabajo a término fijo por sí misma no constituye una causal objetiva en consideración a que está sujeta a la voluntad o del empleador o del trabajador de no prorrogarlo (C.S.J. S.L.586-2020, Col), cuando se presenta la figura del fuero sindical, la causal objetiva que debe considerarse para la terminación del contrato de trabajo debe ser la desaparición de las causas que le dieron origen al contrato de trabajo; de lo contrario, si ellas subsisten, se deberá extender el término pactado en virtud de la garantía del fuero sindical.

El C.S.T. supedita el contrato de trabajo al fuero sindical, contradiciendo el contenido la Constitución nacional y el Convenio 87 de la OIT. El ejercicio del derecho de asociación sindical no puede estar sujeto a ninguna categoría de vinculación jurídica y la estabilidad que otorga la garantía del fuero sindical no puede ser analizada bajo otros presupuestos diferentes a los consagrados por la C.P. y los convenios de OIT.

II. EL FUERO SINDICAL Y EL PERÍODO DE PRUEBA DE LOS TRABAJADORES PARTICULARES

En la redacción originaria del C.S.T., los trabajadores en período de prueba no podían formar parte de la directiva sindical y, por tanto, no gozaban del fuero sindical. La Ley 584 de 2000 al modificar el artículo 388 del C.S.T. estableció los requisitos para ser miembro de la junta directiva, siendo los estatutos los que determinen las condiciones de ingreso. Al suprimir la prohibición que recaía sobre los trabajadores que estaban en periodo de prueba de pertenecer a la junta directiva, hoy, estos trabajadores pueden gozar plenamente de la garantía foral del artículo 406 del C.S.T.

La autonomía sindical reconocida por el Convenio 87 de la OIT es la determinante de las condiciones para ser miembros de las juntas directivas de los sindicatos, razón por la cual es plausible que los trabajadores cuya vinculación esté sujeta a periodo de prueba puedan pertenecer a los órganos de dirección de un sindicato y, en consecuencia, gozar de fuero sindical, aún más cuando el artículo 406 del C.S.T. no establece ninguna diferenciación de los trabajadores para gozar de esta garantía foral. En este contexto, ¿se requiere de autorización judicial previa para dar por terminado un contrato de trabajo de un trabajador que goza de fuero sindical en periodo de prueba?

El periodo de prueba es un elemento del contrato de la relación de trabajo cuyo único objetivo es verificar si ese trabajador puede o no ejercer la labor para la cual está siendo contratado; sin embargo, si el trabajador ejerce el derecho de asociarse o fundar una organización sindical, no puede el empleador bajo el pretexto de que no cumple con las expectativas que se tenían dentro de la relación de trabajo; desvincularlo sin el respectivo levantamiento del fuero sindical, de lo contrario, sería cuestionable. La controversia en esta situación en particular surge en determinar si la desvinculación del trabajador realmente obedece al no cumplimiento de las expectativas para el empleo contratado o por motivos del ejercicio de la libertad sindical; controversia que deberá ser dirimida a instancias judiciales en aplicación del Convenio 98 de la OIT y la Constitución Política.

III. EL FUERO SINDICAL Y LA DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DEL CESE COLECTIVO DE ACTIVIDADES

El artículo 450 del C.S.T. en su numeral 2º (art. 65 de la Ley 50 de 1990) dispone que no será necesaria la calificación judicial para despedir a un trabajador aforado sindicalmente cuando se trata de paros o suspensiones colectivas de trabajo declaradas ilegales. Conforme a la Ley 1210 de 2008, la declaratoria de ilegalidad del cese colectivo de actividades le corresponde en primera instancia a la sala laboral de los tribunales superiores de distrito, y en segunda, a la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Desde la lectura de la C.P. y los convenios de la OIT, la medida que contempla el artículo 450 del C.S.T. para el trabajador aforado que participó en el cese de actividades declarado ilegal de termi-

nar su contrato de trabajo sin requerir la autorización judicial previa, es contraria a los principios de la libertad sindical, por ser una medida que le perjudica por su acción sindical (OIT, 2018) y, por ende, un acto de discriminación antisindical.

Esta situación fue abordada por la Corte Constitucional (Sentencia SU-598/19, Col) al pronunciarse sobre la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades de ACDAC en la empresa Avianca, en la cual ordena el reintegro de los trabajadores despedidos a fin de garantizarles el derecho de asociación sindical y el debido proceso.

Respecto de la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades y el despido de los trabajadores que participaron en ella, es necesario que se demuestre la participación del trabajador a través de un debido proceso que le garantice su derecho de defensa a fin de no ser contrario a los postulados del Comité de Libertad Sindical en aplicación de los convenios 87 y 98 de la OIT y en el ejercicio legítimo del derecho de huelga. Los trabajadores no pueden ser sancionados por la participación en las actividades que se derivan del ejercicio del derecho de asociación sindical.

Recientemente, en la SL1947-2021, la Corte Suprema de Justicia determinó que en el caso de la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades, como es lo correcto, cuando se habla del derecho de huelga, la desvinculación de los trabajadores por haber participado en dicha acción sindical solo sería procedente si dicha participación se produjo con hechos de violencia; por lo tanto, si un dirigente sindical con fuero sindical participó o dirigió una huelga en la que posteriormente fue declarada el cese de actividades ilegal, no podrá ser desvinculado si no se demuestra su participación en los actos de violencia que llevan a esta declaratoria.

IV. EL FUERO SINDICAL Y LOS TRABAJADORES PENSIONADOS

El reconocimiento de la pensión como justa causa para la terminación del contrato de trabajo fue reglamentada por el Decreto 2245 de 2012, aplicable tanto al sector público como al privado, siendo una causal que en términos de la Corte Suprema de Justicia “otorga al empleador la posibilidad de usarla cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad, es decir, en cualquier momento” (SL3108-2019), facultado por lo consagrado en el artículo 62 del C.S.T.

Entre las causales que consagra el artículo 410 del C.S.T. para que el juez autorice el despido de un trabajador con fuero sindical se encuentra, por un lado, la liquidación o clausura definitiva de la empresa, la suspensión total o parcial de actividades del empleador por más de 120 días y la configuración de las causales enumeradas en el artículo 62 del C.S.T., es decir, las justas causas para la terminación del contrato de trabajo.

El Código Procesal del Trabajo en su artículo 118 A establece que las acciones que emanan del fuero sindical (acción de levantamiento, acción de reintegro o de reinstalación) prescriben en dos meses, así: para el trabajador, contados a partir de la fecha de despido, traslado o desmejora, y para el empleador, desde la fecha que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa, o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario, según el caso. Así, esta norma no hace ningún tipo de excepción para la aplicación de las justas causas para la terminación del contrato de trabajo consagradas en el artículo 62 C.S.T.

El otorgamiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa, contenida en el numeral 14 del artículo 62 del C.S.T., es una causal a la que según la jurisprudencia constitucional no le es aplicable los términos de prescripción del artículo 118 A, *por lo que el empleador, “al tratarse de aquellas [causales] que se prolongan y cuyo fundamento no desaparece con el transcurso en el tiempo, es que la misma se pueda interponer en cualquier momento”* (CC, Sentencia T-606/17, Col).

Bajo estos presupuestos, para la Corte Constitucional, el reconocimiento de la pensión como causal de retiro, en tratándose de la garantía del fuero sindical, es imprescriptible, en razón de que el reconocimiento de la pensión de vejez no se trata de un incumplimiento de las obligaciones contractuales o de una conducta que tenga un impacto en el desempeño del trabajador, por consiguiente, puede configurarse como una circunstancia natural producto del paso del tiempo y en concurrencia de cierto requisito.

En este mismo sentido, para la Corte Suprema de Justicia (SL3108-2019, Col), la terminación del contrato de trabajo de un trabajador al que se le reconoce la pensión de vejez no le es aplicable el principio de inmediatez en cuanto a los términos prescriptivos por tratarse de una causal objetiva que no se relaciona con la conducta del trabajador, por lo que no es posible valorarla como ocurre con las demás casuales del artículo 62 del C.S.T.

En otras palabras, para la Corte, el reconociendo de la pensión como justa causa para solicitar el levantamiento del fuero sindical se extiende en el tiempo y su fundamento no desaparece por el transcurso del mismo. En razón de ello, no le son aplicables los términos de prescripción de las acciones que nacen del fuero sindical¹. De ahí que el empleador en cualquier momento puede aplicar dicha causal para solicitar el levantamiento del fuero sindical sin importar el tiempo que haya concurrido.

¹ En Sentencia STL 6099 de 2021 del 26 de mayo, la Sala Laboral insiste en la no aplicabilidad de la prescripción en los casos del reconocimiento de la pensión de vejez.

Los anteriores criterios interpretativos de las altas Cortes desconocen no solo el derecho procesal, que es de orden público, sino también configura una flagrante violación a la garantía del derecho de asociación sindical en Colombia. Veamos:

Establecer que los elementos de prescripción de cualquier derecho o acciones que pueda ejercer el trabajador no serán aplicables so pretexto de su extensión en el tiempo y en que su fundamento no desaparece, es adecuar la unilateralidad de la vinculación laboral y supeditarla al buen comportamiento del dirigente sindical. Si el trabajador aforado pensionado desarrolla excelentes comportamientos acorde con los intereses de la empresa, no se le inicia el levantamiento del fuero sindical, sin embargo, si su actividad sindical no se ajusta a los intereses del empleador, en cualquier momento este podría solicitar la autorización de despido para finalizar el vínculo contractual.

Es pertinente insistir en que el artículo 62 del C.S.T. no hace ninguna clasificación de las causales para finalizar con justa causa el contrato de trabajo, todas son válidas y tienen igual valor en su aplicabilidad frente a la prescripción. Así las cosas, ¿será que la acción de prescripción para el trabajador cuando sea despedido sin el previo levantamiento del fuero sindical tampoco operará bajo la interpretación de la jurisprudencia?

La causal de terminación del contrato por el reconocimiento del derecho a la pensión de un trabajador aforado no puede tener un tratamiento diferenciado por tratarse del ejercicio del derecho asociación sindical. La representación que otorga el fuero sindical surge de la organización sindical como un derecho colectivo de los trabajadores. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical (OIT, 2018, nota 1109) ha señalado que la terminación de un vínculo laboral por jubilación obligatoria cuando se trata de actividades sindicales lícitas constituye un acto de discriminación por su actividad sindical, situación protegida por el Convenio 98 de la OIT.

La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en su “interpretación racional” están confundiendo las características propias de una pensión con vocación de permanencia y la facultad que tiene el empleador para invocar dicha causal cuando lo estime conveniente. Si se aplicara esta misma línea argumentativa en las otras causales del artículo 62 del C.S.T, se encontraría, a modo de ejemplo, que la violencia por parte del trabajador hacia el empleador, o el engaño, son causales que también tienen elementos de permanencia, no obstante, aún mantienen los términos para la prescripción de la acción de levantamiento.

Argumentar que el reconocimiento de la pensión a un trabajador como causal para levantar el fuero sindical en cualquier tiempo “no va en detrimento del derecho de asociación sindical [por no operar] de manera automática sino que solo habilitaría al juez laboral para que luego del debate dentro del proceso de levantamiento del fuero sindical determine si se configure la justa causa” (C.S.J. S.L. SL3108-2019, Col), es desnaturalizar el derecho de defensa y el debido proceso en el levantamiento del fuero sindical frente a los términos de prescripción. ¿Cómo podría ejercerse una defensa en un proceso cuya finalidad está previamente determinada?

La necesidad de levantar el fuero sindical de los trabajadores aforados cuando se le reconoce la pensión se estructura en que el ejercicio del derecho de asociación sindical y su garantía no está sujeto a la existencia de una relación de trabajo. El concepto “trabajador” contenido en el Convenio 87 involucra a toda persona sin ninguna distinción, sin importar su vínculo jurídico, pues “todos los trabajadores deberían poder gozar del derecho a la libertad sindical con independencia del vínculo contractual, bajo el cual se hubiere formalizado la relación de trabajo” (OIT, 2018, nota 327); más aún cuando el fuero constituye la garantía de la organización sindical y no de los representantes de los trabajadores en términos del derecho de asociación, en virtud del Convenio 135 de la OIT.

La estabilidad laboral de la cual se deriva en el fuero sindical obedece a que el dirigente sindical actúa en nombre de los trabajadores y por su pertenencia a la organización. A un trabajador pensionado que goza de fuero no se le podrá aplicar la pensión como justa causa, toda vez que él actúa en nombre de la representación de los trabajadores y no de su relación individual de trabajo. En este orden, la causal aplicable para terminar la vinculación laboral de un trabajador pensionado, cuando aún subsistan las causas que le dieron origen a su vinculación, deberá ser, entonces, una causa disciplinaria, que provenga de la conducta del trabajador y no de su ejercicio sindical. Si no fuera así, la garantía del derecho de asociación sindical estaría en manos de la voluntad unilateral del empleador.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento de la pensión a un trabajador por vejez se diferencia de lo consagrado originariamente en el artículo 62 del C.S.T. respecto de la jubilación. La causal de otorgamiento de jubilación se introdujo cuando era el empleador quien otorgaba la pensión y no una entidad externa que tiene en cuenta todas las semanas laborales con diferentes empleadores. De aquí que esta causal no hace referencia hoy a un solo empleador; por ello, cuando la jurisprudencia establece que para esta causal no opera el término de prescripción de la acción de levantamiento del fuero sindical, está desconociendo, primero, la ley que no consagra ninguna excepción y, segundo, desconoce el argumento histórico bajo el cual esta causal fue construida sobre la base de la relación estable con un solo empleador.

En este caso, es necesario que se interprete la causal de terminación del contrato de trabajo por adquirir la pensión, es decir, que el empleador quien tiene la facultad de solicitar el levantamiento de fuero sindical sea aquel bajo el cual el trabajador cotizó la totalidad de las semanas, bajo un mismo empleador, de acuerdo con lo establecido en el C.S.T.

La jurisprudencia que desconoce los términos de prescripción legal para el levantamiento del fuero sindical por parte del empleador en la causal del reconocimiento de pensión, se está apartando de lo consagrado en el artículo 230 de la C.N. y los criterios de interpretación de la ley laboral en aplicación del principio del *in dubio pro operario* frente al ejercicio del derecho de asociación sindical. Adicionalmente, se puede señalar:

1. El reconocimiento de la pensión de vejez debe obedecer al tiempo del servicio prestado por el trabajador a la empresa que pretenda levantar el fuero sindical y no a la pensión que es otorgada por una entidad que tan solo acumula semanas cotizadas indistintamente del empleador, por consiguiente, esta causal no sería procedente para la solicitud de levantamiento de fuero sindical.

2. Del análisis de la mayoría de las causales contempladas en el artículo 62 del C.S.T. en su literal a), estas obedecen a elementos de tiempo. Cuando se establece, por ejemplo, como justa causa todo vicio del trabajador que perturbe la indisciplina del establecimiento o el que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales, son causales que se materializan en un determinado lapso tiempo; así, si una de estas causales se configuró dos meses atrás de la fecha en que se conoció, ¿será aplicable el fenómeno de la prescripción?

Lo que describe el artículo 62 del C.S.T. no hace diferencia alguna en cuanto a su configuración, por lo tanto, en tratándose del levantamiento del fuero sindical, cada una de las causales debe obedecer al término de prescripción contado desde su configuración. La jurisprudencia no es la llamada a modificar los términos procesales; de lo contrario, estaríamos en manos de los jueces, de acuerdo con el caso particular, lo que eventualmente podría desconocer el derecho de defensa, más aún si se modifica los preceptos legales.

Finalmente, la prescripción obedece a razones de seguridad jurídica que permite desarrollar el derecho de defensa y debe operar en términos de igualdad para las partes de la relación de trabajo. En consecuencia, si se sigue los parámetros de la Corte, no se podría plantear la imprescriptibilidad de una causal para la acción de reintegro o reinstalación por parte del trabajador. El término de dos meses para levantar el fuero sindical hace parte del derecho de defensa dentro del ejercicio del derecho de asociación sindical, ya que de conformidad con el Comité de Libertad sindical (OIT, 2018, nota 1104 y ss.), el despido de un trabajador por su afiliación sindical y su actividad viola los principios de la libertad sindical, como lo sería el caso de la jubilación.

V. EL FUERO SINDICAL Y LOS TRABAJADORES NO SUBORDINADOS

De conformidad con el Convenio 87 de la OIT, los trabajadores sin ninguna distinción pueden ejercer el derecho a libertad sindical. El término «sin ninguna distinción» significa que se reconoce la libertad sindical sin discriminación de ninguna clase, es decir, el ejercicio de la libertad sindical no está sujeto a la naturaleza del contrato, como lo ha considerado el Comité de Libertad sindical (OIT, 2018, nota 315 y ss.). En estos términos, las personas que prestan un servicio a una empresa con una vinculación diferente a la laboral pueden ejercer el derecho de asociación sindical y también gozar de la protección del fuero sindical.

El artículo 5º del C.S.T. al establecer que las normas del proteccionismo laboral son aplicables a los trabajadores con contrato de trabajo o subordinados, materializa una discriminación frente a

los trabajadores no subordinados, en cuanto limita el derecho de asociación sindical en virtud de lo dispuesto en el artículo 353 del código laboral. La contradicción que se presenta entre el C.S.T. y los convenios de la OIT que hacen parte de nuestra legislación interna se resuelve aplicando los convenios de derechos humanos. De ahí es dable afirmar que en Colombia cualquier trabajador, sea este subordinado, no subordinado, autónomo, tercerizado, flexibilizado, cooperado, etc., puede ejercer el derecho de asociación sindical.

En este contexto, ¿los trabajadores no subordinados, autónomos o vinculados por cualquier otra figura distinta a la laboral, como la administrativa, civil o comercial, pueden gozar de fuero sindical? La respuesta a este interrogante nace de la lectura e interpretación del C.S.T. desde el contenido de la Constitución de 1991, por lo tanto, sí pueden ejercer el derecho de asociación sindical, gozar de la protección foral y de la estabilidad laboral en medio de su contrato o su situación jurídica.

En el caso de una persona vinculada por contrato de prestación de servicios, o a través de cualquier otra figura que no sea laboral, que forme parte de la junta directiva de un sindicato y cuyo contrato sea terminado por incumplimiento de las cláusulas contractuales, podría iniciar una acción de reintegro por fuero sindical, sobre la aplicación, si es del caso, del principio de primacía de la realidad a fin de lograr la aplicabilidad del C.S.T. frente a la garantía foral.

En el evento, de que esa vinculación contractual no oculte una verdadera relación de trabajo, el trabajador podría iniciar la correspondiente acción de reintegro sobre la base que el ejercicio del derecho de asociación sindical consagrado en la Constitución y el Convenio 87 de la OIT le reconoce la garantía foral, por su calidad de representante, por lo tanto, el contratante debió haber solicitado su desvinculación ante un juez laboral. Ahora bien, ¿bajo qué justas causas podría solicitarse el levantamiento del fuero sindical? Sobre el particular, el C.S.T. no fue construido para este tipo de contratos, lo cual no exime de la responsabilidad para la garantía foral; por ello, es necesario que se reglamente la protección del derecho de asociación sindical en Colombia más allá de la vinculación laboral.

VI. LA ESTABILIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES PARTICULARES Y EL FUERO CIRCUNSTANCIAL

Se ha denominado fuero circunstancial a la estabilidad que consagra el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 y el artículo 10 del Decreto 1373 de 1966 para los trabajadores que presenten pliego de peticiones quienes no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada². Esta protección,

² La Corte Suprema de Justicia por medio de la SL 415-2021 del 27 de enero de 2021, con ponencia del magistrado Iván Mauricio Lenis, reconoce de manera expresa que la multifiliación sindical no configura un abuso del derecho. En caso de presentarse pliego de peticiones procede la protección del derecho de la negociación y afiliación sindical a través del fuero circunstancial.

no es un fuero sindical propiamente dicho, sino una garantía para el ejercicio de la negociación colectiva que se reconoce a todos los trabajadores, sindicalizados o no, durante las etapas de negociación colectiva y hasta su solución de definitiva.

La Corte Suprema de Justicia en su sala laboral (C.S.J. S.L., radicado n.º 19758, Col) ha reconocido que la figura del fuero circunstancial es un mecanismo que protege durante el término de las etapas para el arreglo del conflicto colectivo de trabajo a los trabajadores que pertenecen a la organización sindical que hubieren presentado al empleador un pliego de peticiones. Posteriormente precisó que “si incurre en una justa causa de despido, la protección no opera, independientemente que esta haya ocurrido antes o después de la presentación del pliego de peticiones —la negociación colectiva no otorga estabilidad laboral si existe justa causa comprobada” (C.S.J. S.L.317-2019, Col). Acorde con este pronunciamiento, se le estaría dando una interpretación diferente a la norma, pues el precepto legal no contiene una regla en cuanto a la ocurrencia de los hechos si son o no concurrentes con la negociación colectiva.

En efecto, la anterior interpretación jurisprudencial atenta contra el derecho de asociación sindical y negociación colectiva. Es de resaltar que la finalidad de esta garantía es proteger a los trabajadores con una estabilidad durante el proceso de negociación, y justificar una justa causa ocurrida antes del proceso de negociación como causal para la desvinculación de un trabajador materializaría un acto de discriminación sindical, de conformidad con el artículo 2º del Convenio 98 de la OIT. Si se configura la causal de terminación del contrato de trabajo, es deber del empleador, en virtud del principio de la inmediatez, proceder de conformidad con el tiempo en que esta se presentó y no esperar para que, en medio de negociación colectiva, se justifique la terminación de un contrato de trabajo bajo una causal que se extinguió en el tiempo.

De acuerdo con la Sentencia SL462-2021, para que exista el fuero circunstancial debe materializarse un conflicto colectivo de trabajo, y este se presenta cuando la organización sindical presenta un pliego de peticiones, aunque el empleador se niegue a negociar y posteriormente adelante la negociación.

La aplicación del fuero circunstancial o el mecanismo de estabilidad relativa para proteger a los trabajadores durante la negociación colectiva solo para los miembros del sindicato negociador se aleja del sentido del legislador plasmado en el artículo 25 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, que otorga esta garantía a “todos los trabajadores” que hubieren presentado un pliego de peticiones. En consecuencia, no es dable reducir la protección para la negociación colectiva a los afiliados al sindicato negociador; caso contrario sería excluir de esta garantía de estabilidad laboral a aquellos trabajadores no sindicalizados y que por ley podrían acogerse a la convención colectiva o a quienes se beneficiarían de la aplicación automática (artículos 470 y 471 del C.S.T.).

Así, de conformidad con los criterios del Comité de Libertad Sindical, las organizaciones sindicales no solamente representan a sus afiliados sino también a los trabajadores no afiliados a una empresa (OIT Trabajo, 2018)³, la protección de estabilidad debe ser interpretada a favor de todos los trabajadores a quienes se les aplique la convención colectiva y no tener como limitación la afiliación sindical.

En definitiva, la estabilidad en la negociación colectiva cubre a todos “los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones”, comprendiendo este concepto a los afiliados al sindicato o a los no sindicalizados. Así mismo, esta protección opera desde el momento de la presentación del pliego de peticiones al empleador hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo de trabajo, ya sea mediante la firma y depósito de la convención o quede ejecutoriado y depositado el laudo arbitral, si fuere pertinente o en aquellos casos en los que se verifique la terminación anormal del conflicto colectivo.

La finalidad de esta protección es amparar a los trabajadores para no ser despedidos sin justa causa, desde el momento de la presentación del pliego de peticiones al empleador hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo. Por no consagrar la ley un trámite especial, si el empleador va a terminar la relación de trabajo de un trabajador que va a ser beneficiario de la negociación colectiva, debe solicitar autorización ante el juez de trabajo a través de un proceso ordinario.

Otro de los aspectos relevantes de esta garantía es lo relacionado con su temporalidad. De conformidad con la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL 14066-2016, su aplicación no puede operar cuando el proceso de negociación se haya estancado por “un periodo prolongado”. ¿Qué se entiende por un periodo prolongado? Esta interpretación es contraria a lo que expresamente consagra la normatividad laboral al respecto. El artículo 25 del Decreto Legislativo 2351 de 1965 claramente establece el término durante el cual se puede gozar de la protección durante la negociación colectiva, es decir, este debe ser aplicable desde la fecha del pliego de peticiones hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso.

Finalmente, en cuanto a la garantía circunstancial de los trabajadores no sindicalizados que ejercen la negociación colectiva firmando un pacto colectivo, habría que resaltar lo siguiente:

³ “**Nota 944.** La Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91), da preeminencia, en cuanto a una de las partes de la negociación colectiva, a las organizaciones de trabajadores, refiriéndose a los representantes de los trabajadores no organizados solamente en el caso de ausencia de tales organizaciones. En estas circunstancias, la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores”.

De acuerdo con los criterios del Comité de Libertad Sindical (OIT, 2018, nota 1342) y la comisión de expertos de la OIT, si en una empresa hay organización sindical, sea este mayoritario o minoritario, no puede haber negociación colectiva con los trabajadores no sindicalizados.

En caso que no exista una organización sindical en la empresa, es posible que los trabajadores presenten un pliego de peticiones en virtud de lo consagrado en el artículo 481 del C.S.T., no obstante, es necesario recordar que si bien el código laboral pretende equiparar la negociación colectiva de un sindicato con un grupo de trabajadores no sindicalizados, esta negociación es individual, en consecuencia, no sería aplicable el fuero circunstancial, consagrado en el Decreto 1072 de 2015, al pacto colectivo por ser una garantía propia de la negociación colectiva de las organizaciones sindicales.

VII. EL FUERO SINDICAL Y LA FUNDACIÓN DE LOS SINDICATOS (FUERO DE FUNDADORES)

La normatividad laboral establece que una vez se realice la asamblea de constitución de una organización sindical, esta debe comunicarse al empleador y al inspector de trabajo (art. 363 del C.S.T.). La comunicación al empleador es considerada por la Corte Constitucional como el mecanismo que le permite la oponibilidad, es decir, el conocimiento que debe tener el empleador sobre la fundación y el nombre de los integrantes de la organización para efectos del fuero sindical de fundadores.

(...) la Sala observa que (i) si el sindicato le notificó por escrito al inspector de trabajo y al empleador, el fuero sindical es oponible a este último desde la fecha de la primera comunicación, según lo dispone la sentencia C-465 de 2008. A su vez, (ii) si el sindicato le notificó al inspector de trabajo y no al empleador, el fuero sindical solo será oponible a este último, cuando conozca efectivamente de la existencia del sindicato, sus fundadores y/o miembros de Junta Directiva, mediante la notificación realizada por el Ministerio de Trabajo o por información proveniente directamente de la organización sindical. En el caso (iii) de que el sindicato no comunique ni al Ministerio ni al empleador, la protección foral no puede activarse. (CC, Sentencia T-303/18, Col)

La falta de comunicación por parte de la organización sindical al empleador, según el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, impide que el empleador no pueda oponerse al reconocimiento del fuero sindical, en este caso, del fuero de fundadores. Esta premisa jurisprudencial desconoce los principios de la garantía foral, toda vez que la comunicación es un elemento de cortesía y formalismo, en razón a que el artículo 406 del C.S.T. establece que el fuero sindical de fundadores empieza de regir desde la fecha de la asamblea constitutiva (acta de fundación –art. 364 CST–) y no desde su comunicación.

Es suficiente dar lectura al artículo 363 del C.S.T. para establecer que el acto de la comunicación no otorga el fuero sindical de fundadores. Situación distinta para el caso del fuero sindical de junta directiva, en el que se requiere de la comunicación para que pueda nacer la garantía foral de junta

directiva. En consecuencia, establecer jurisprudencialmente la oponibilidad como requisito para gozar del fuero sindical de fundadores, so pretexto de que el empleador debe conocer el nombre de los trabajadores, para no desvincularlos, constituye una intolerancia en contra del Convenio 98 de la OIT. Por ello, es imposible que un empleador con todo el control de información que tiene en la empresa coincida con que la terminación de los vínculos laborales sea a los trabajadores fundadores de un sindicato.

Así como está desarrollado por la jurisprudencia, el criterio de la oponibilidad, más bien parece un elemento restrictivo de la garantía foral. La no comunicación al empleador de la fundación del sindicato no implica la inexistencia del fuero sindical conforme a lo anteriormente expuesto.

VIII. EL FUERO SINDICAL Y LA MULTIAFILIACIÓN SINDICAL

Cuando la Corte Constitucional mediante las sentencias C - 567 del 2000 y C - 063 de 2008 declara inexecutable el artículo 357 del C.S.T. que establecía la prohibición de coexistencia en una empresa de más de un sindicato de base, y se extrae del ordenamiento el artículo 360 ibídem mediante su declaratoria de inexecutable a través de la Sentencia C - 797 del 2000, que prohibía ser miembro a la vez de varios sindicatos, se dio prevalencia al Convenio 87 de la OIT, que reconoce el derecho de asociación sindical positivo, es decir, que los trabajadores y los empleadores sobre la base de la libertad de asociación tienen la capacidad de fundar o afiliarse a las organizaciones sindicales que estimen pertinentes.

En consecuencia, un trabajador puede fundar o afiliarse a un sindicato según su propia voluntad. La decisión del monopolio sindical o del pluralismo sindical está en cabeza de la voluntad de los trabajadores, por lo tanto, un trabajador podría estar afiliado a varios sindicatos y ser miembro de varias juntas directivas sindicales, toda vez que su afiliación le da el derecho de elegir y ser elegido. En este contexto, si el trabajador pertenece a varias juntas ¿directivas, tiene derecho a varios fueros sindicales? La respuesta es compleja.

Si el trabajador se encuentra afiliado a varios sindicatos de una misma empresa, bastará con levantar el fuero sindical de una de las organizaciones sindicales a la que pertenece. El ejercicio del derecho de asociación sindical es uno solo, que se puede manifestar en varias afiliaciones sindicales según el interés que pueda tener el trabajador. La multiafiliación sindical, siendo miembro de junta directiva de esos sindicatos, por ejemplo, le otorgará al trabajador el fuero sindical de todas las juntas directivas, no obstante, habrá una unidad del fuero sindical frente a la garantía para el ejercicio del derecho de asociación sindical.

Si el trabajador está afiliado a varios sindicatos, como de empresa, gremial o industrial, pero que tienen su actividad sindical en una misma empresa, la respuesta sería igual con la anterior. Será suficiente levantar el fuero sindical de algunas de las asociaciones para que cesen los otros fueros sindicales.

En el caso de que el trabajador esté afiliado a varias organizaciones sindicales diferentes a la de la empresa, como lo sería estar afiliado a un sindicato de industria o gremial que no actúa dentro de la empresa, la protección del fuero sindical estará relacionada con la afiliación del sindicato de empresa. En consecuencia, basta que se levante el fuero sindical del sindicato de empresa para que los otros dejen de existir.

Si el trabajador es miembro de junta directiva de un sindicato de primer grado, de segundo grado o de tercer grado, deberá levantarse el fuero sindical del sindicato de primer grado, porque es allí donde opera la relación laboral y la representación sindical. En el evento en que el trabajador no goce del fuero sindical de primer grado, pero pertenezca a la junta directiva de una federación o confederación sindical, gozará de este fuero y deberá ser levantado por la empresa en la cual tiene la relación de trabajo.

En el caso en que la multiafiliación se deba a que está afiliado a varios sindicatos como consecuencia de varias relaciones de trabajo, el fuero sindical actuará en cada una de esas relaciones de trabajo individualizadas.

IX. EL FUERO SINDICAL DE LOS ACTORES

La Ley 1975 de 2019, por la cual se expide la ley del actor para garantizar los derechos laborales y culturales de los actores y actrices en Colombia, establece que esta categoría de trabajadores (inscritos o no inscritos, con título o sin título, profesionales o “amateurs” o espontáneos) tienen el derecho a la libertad sindical y negociación colectiva a niveles de empresa, grupo económico, industria o rama de actividad económica.

La organización sindical de actores y actrices tiene el derecho de participar en la elaboración, implementación y evaluación de las políticas públicas culturales y laborales, incluida la formación profesional de los actores y actrices, así como en la determinación de sus condiciones de trabajo, debiendo garantizar el Estado la organización, promoción y capacitación de organizaciones sindicales.

En cuanto a sus vinculaciones laborales, el artículo noveno establece que esta puede ser una vinculación dependiente, subordinada o independiente, de forma individual o asociada. En el primer caso, se aplicará el C.S.T., y en ambos casos se aplicará la normatividad de seguridad social integral, así como de salud y seguridad en el trabajo. En cuanto a jornadas de trabajo se aplicará la Ley 1975 de 2019, siempre y cuando sea más favorable al trabajador.

La remuneración de esta categoría de trabajadores puede surgir, de conformidad con la ley, de una negociación colectiva de las organizaciones gremiales o de las organizaciones sindicales en virtud del derecho que gozan de asociarse sindicalmente.

Las organizaciones sindicales de actores y actrices igualmente podrán adoptar y publicar tarifas o precios de la referencia mínima para la remuneración de sus actividades que sirvan de orientación para el medio actoral y la industria en general. Si bien la Ley 1775 de 2019 reconoce el derecho de asociación sindical y a la negociación colectiva ¿Los actores y actrices, subordinados o no subordinados, dependientes o no dependientes, gozan de la garantía del derecho del fuero sindical?

La respuesta al anterior interrogante es afirmativa, tanto los actores como actrices gozan de esta garantía indistintamente de si su vinculación es subordinada o no. Es indiscutible que esta categoría de trabajadores tiene el derecho a asociarse sindicalmente y a negociar colectivamente, en consecuencia, también gozan de la garantía del fuero sindical.

X. EL FUERO SINDICAL Y LOS TRABAJADORES DE PLATAFORMAS DIGITALES

De acuerdo con el informe de la OIT sobre las plataformas digitales y el futuro del trabajo (Oficina Internacional del Trabajo, 2019), dentro de esta categoría de trabajadores se encuentran los no subordinados que estén afiliados a una plataforma que no funge como empleador. Esta modalidad representa una figura de intermediación laboral en la cual hacen desaparecer la relación de trabajo mediante un contrato o una vinculación jurídica distinta con el argumento de que las plataformas actúan como intermediarios entre el consumidor y el trabajador que se dedica a prestar un servicio, por el ejemplo, el servicio de mensajería.

En 2006 la OIT aprobó la recomendación 198 sobre la relación de trabajo, teniendo como fundamento el Convenio 95 sobre la protección de salarios. Estas normas consagran el principio de la realidad y la presunción de la relación de trabajo. En virtud de ello y en lo preceptuado por los convenios 87 y 98 de la OIT, los trabajadores de plataformas, sin importar su vinculación jurídica, pueden ejercer el derecho de asociación sindical y negociación colectiva y, en consecuencia, gozan también de la garantía del fuero sindical.

CONCLUSIONES

La figura de la protección del derecho de asociación sindical en el caso colombiano fue construida en el marco de la estabilidad laboral de los trabajadores subordinados, es decir, sobre la preexistencia de la relación de trabajo. No obstante, a partir de la Constitución de 1991, la garantía que brinda el fuero sindical surge de la interpretación de los artículos 4º, 39, 53 y 93, así como de los convenios 87, 98 y 135 de la OIT. A modo de reflexión final, desde la perspectiva de la sociología jurídica, sobre la garantía foral se puede señalar:

1. La jurisprudencia del fuero sindical en Colombia ha venido deslegitimando y debilitando el ejercicio de derecho de asociación sindical, en cuanto no aplica los tratados internacionales en

materia de libertad sindical para adaptar la garantía foral a las nuevas realidades del mundo del trabajo, como lo es, a modo de ejemplo, la garantía para aquellos trabajadores no subordinados o de los trabajadores pensionados.

2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado la figura del fuero sindical en el mismo nivel de los fueros de salud, de maternidad, de acoso laboral, y prepensionado, sin embargo, la figura del fuero sindical no puede ser comparada con ninguna de las garantías antes mencionadas, en cuanto es producto del ejercicio de un derecho colectivo y no individual. La garantía del fuero sindical se desprende de la pertenencia a una organización sindical y recae sobre los representantes de los trabajadores.

3. No es dable confundir el derecho colectivo del trabajo con los derechos individuales. La visión, análisis e interpretación son totalmente diferentes de los derechos individuales de los trabajadores. Su lectura debe partir de lo consagrado en las cartas sociales de derechos humanos y en los convenios 87 y 98 de la OIT. Llama la atención cómo algunos operadores judiciales citan tratados internacionales de derechos humanos y criterios de aplicabilidad de los órganos de control de la OIT para sustentar sus decisiones judiciales, pero la parte resolutoria se estructura sobre el derecho individual, siendo incoherente con el contenido desarrollado, evidenciando que se utiliza un fundamento de normatividad internacional como una mera referencia que adorna la decisión judicial.

4. El Código Sustantivo del Trabajo construyó una garantía denominada fuero sindical, limitando a un número de diez trabajadores para junta directiva y dos más para la comisión de reclamos. No obstante, es necesario insistir que tanto el artículo 39 de la Constitución y los convenios 87 y 135 de la OIT no establecen límites al número de trabajadores que deben gozar de esta protección. Al contrario, señalan que serán los representantes de los trabajadores elegidos por ellos mismos quienes gozarán de la mencionada protección.

5. El fuero sindical es la garantía del ejercicio de un derecho fundamental (derecho de asociación sindical), de manera real y efectiva, a través de la convocatoria y participación en una asamblea general, presentación de pliegos y negociación colectiva, reuniones, pago de cuotas sindicales, etc., y no del ejercicio de papel o de firma. Este derecho fundamental involucra dos aspectos: individual como derecho positivo y colectivo en el marco de la autonomía y en la negociación colectiva. De aquí que el no ejercicio del derecho de asociación sindical conlleva la no garantía del fuero sindical. En otras palabras, un trabajador que no ejerza el derecho de asociación sindical de manera real y efectiva no podrá gozar de la garantía que establece el fuero sindical y el fuero circunstancial.

6. La cobertura de la garantía del fuero sindical, consagrada en el artículo 405 del C.S.T, debe ser interpretada de acuerdo con la lectura del artículo segundo del convenio 87 de la OIT y la Constitución Nacional. Así, se puede afirmar que, en Colombia goza de fuero sindical todo el mundo

del trabajo que ejerza el derecho de asociación sindical, llámense trabajadores subordinados, no subordinados, autónomos, independientes, etc.

7. Analizar el discurso jurisprudencial de las altas Cortes sobre la protección que se deriva del fuero sindical o lo que el convenio 135 de la (OIT), no ratificado por Colombia, reconoce como garantía a los dirigentes sindicales, parte de lo establecido en la Constitución de 1991 en sus artículos 4, 53 y 93 y de lo preceptuado por el artículo 39 en su inciso 4º, que lo eleva a rango derecho fundamental.

No obstante, la Sala Laboral en decisiones como SL5146-2020, en la que se solicitó la protección del Convenio 135 en cuanto a la representación de los trabajadores en el Comité de convivencia laboral de una empresa, desconoció que el artículo 39 de la Constitución Política establece la garantía foral para todos los trabajadores “representantes”, y no como lo manifiesta la Corte, solamente a quienes se describen en el artículo 406 como representantes sindicales. En este caso, si bien el Convenio 135 no ha sido ratificado por Colombia, cuando se analiza el artículo 39 de la Constitución, se consagra el derecho fundamental de la protección de los trabajadores sin ninguna distinción por su condición de representante y no contempla un número límite para su aplicación.

8. La garantía del fuero sindical nace del ejercicio del derecho de asociación sindical y negociación colectiva; en consecuencia, debe prevalecer la estabilidad laboral que de ella se desprende sobre el modo de terminación de la relación de trabajo, particularmente en aquellas relaciones de trabajo a término fijo.

9. El Convenio 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1971, si bien no ha sido ratificado por Colombia, ha sido utilizado en algunas oportunidades por la Corte Constitucional como fuente directa para garantizar la prohibición de discriminación en razón de la calidad de representante de los trabajadores (CC, Sentencia C-063/08, Col) así como los criterios del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

En efecto, para el Comité de Libertad Sindical, la protección contenida en el Convenio 135 surge al momento de la contratación, esto es, desde el proceso de selección, durante el empleo y al término del empleo (OIT, 2018, nota 799). De allí que las legislaciones internas deberían contener sanciones disuasivas para garantizar el ejercicio del derecho de asociación sindical, ya sea como sistema preventivo y de reparación. La compensación no es considerada como un elemento suficiente, toda vez que además de ello debe ordenarse el reintegro de los trabajadores.

La Recomendación 143, por su parte, establece que los representantes de los trabajadores deben gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, en los cuales se incluye el despido por razón de su condición de representantes, por las actividades que adelantan en su condición, su afiliación o participación en la actividad sindical.

10. Teniendo en cuenta el interrogante planteado como punto de partida de esta investigación, se puede señalar que la jurisprudencia de los últimos años de las altas Cortes cuando versa sobre la garantía del fuero sindical ha sido restrictiva del ejercicio del derecho de asociación sindical ante la ausencia de aplicación efectiva de los convenios internacionales en materia de libertad sindical. Los operadores judiciales no han tenido en cuenta la modificación constitucional de las fuentes del derecho constitucional y sus efectos en la garantía del fuero sindical, que fue construida para otros momentos del ejercicio del derecho de asociación sindical en Colombia.

Es a partir de la Constitución de 1991 cuando se puede construir un concepto integral de la garantía del ejercicio del derecho de asociación sindical en aplicación directa de los tratados de la OIT en materia de libertad sindical. Los criterios jurisprudenciales de las altas Cortes en los últimos cinco años en torno a la garantía foral han generado efectos negativos que restringen de manera absoluta el ejercicio del derecho a la libertad sindical; más aún cuando sus decisiones en torno a la protección del derecho de asociación sindical se estructuran sobre los elementos legales y minimalista del C.S.T. alejados de los criterios constitucionales que ampliamente garantizan la representatividad de los trabajadores que ejercen el derecho de asociación sindical en Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Constitucional. Sentencia T-1334/01 [Col], 10 de diciembre de 2001, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia SU-598/19 [Col], 11 de diciembre de 2019, M.P.: Carlos Bernal Pulido. Corte Constitucional. Sentencia C-567/00 [Col], 17 de mayo de 2000, M.P.: Alejandro Linares Castillo. Corte Constitucional. Sentencia T-606/17 [Col], 2 de octubre de 2017, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional. Sentencia T-116/09 [Col], 26 de febrero de 2009, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. Corte Constitucional. Sentencia T-303/18 [Col], 26 de julio de 2018, M.P.: Alejandro Linares Castillo. Corte Constitucional. Sentencia T-046/09 [Col], 29 de enero de 2009, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Corte Constitucional. Sentencia C-797/00 [Col], 29 de junio de 2000, M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional. Sentencia C-063/08 [Col], 30 de enero de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional. Sentencia C-063/08 [Col], 30 de enero de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Corte Suprema de Justicia. SL3317-2019 [Col], 6 de agosto de 2019, M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Corte Suprema de Justicia. SL5146-2020 [Col], 7 de octubre de 2020, M.P.: Iván Mauricio Lenis Gómez. Corte Suprema de Justicia. Quevedo SL462-2021 [Col], 10 de febrero de 2021, M.P.: Clara Cecilia Dueñas. Corte Suprema de Justicia. Rn°, 11 de marzo de 2003 M.P.: Carlos Eduardo López Villegas.

Corte Suprema de Justicia. SL2586-2020 [Col], 15 de julio de 2020, M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Corte Suprema de Justicia. SL1947-2021 [Col], 19 de febrero de 2021, M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Corte Suprema de Justicia. , 25 de marzo de 2009, M.P.: Camilo Tarquino Gallego.

Corte Suprema de Justicia. SL3108-2019 [Col], 31 de julio de 2019, M.P.: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. *Enciclopedia jurídica OMEBA* (1984). DRISKILL.

Legis (2021). *Régimen laboral colombiano*. LEGIS.

Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2018). *Recopilación decisiones Comité de Libertad Sindical*. Oficina Internacional del Trabajo.

Oficina Internacional del Trabajo [OIT] (2019). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Oficina Internacional del Trabajo.