

COMENTARIOS MEMORIA CONVENIO 98



31/08/2016

COLOMBIA – DERECHO DE SINDICACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A continuación la Confederación General del Trabajo (CGT), la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) y la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) presentan de manera unitaria los comentarios a la memoria del Convenio 98 ante la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Comentarios Memoria Convenio 98

COLOMBIA – SOBRE EL DERECHO DE SINDICACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

FORMULARIO

I. FUERZA NORMATIVA DEL CONVENIO

El Convenio 98, al ser ratificado por Colombia, aprobado por la Ley 27 de 1976, en virtud del art. 93 de la Constitución Política, pasa a ser integrante del bloque de constitucionalidad por referirse a Derechos Humanos y, en virtud del fallo de constitucionalidad que ha revisado sus postulados, son integrantes del bloque en *sentido estricto*.

“(…) Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. (…)

II, III, IV y V- APLICACIÓN DEL CONVENIO

En consideración a la complejidad del Convenio, a la importancia que reviste para las organizaciones firmantes y al desarrollo normativo, judicial, administrativo y práctico, haremos referencia a todos estos ítems sobre cada artículo del Convenio.

ARTÍCULO 1.

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

2. *Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:(a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato a la de dejar de ser miembro de un sindicato ;(b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.*

En Colombia ni la legislación, ni en la práctica se garantiza una adecuada protección contra los actos de discriminación antisindical, en múltiples ocasiones la CEARC, la CANC y el CLS han realizado observaciones y recomendaciones al respecto, por ejemplo, la Misión de Alto Nivel de la OIT 2011, en sus conclusiones señalo:

“La Misión está profundamente preocupada por las repetidas y detalladas informaciones recibidas a propósito de actos de discriminación antisindical en empresas y en el sector público así como de la ausencia de acciones



eficaces para poner fin a dichos actos. Ciertos interlocutores se refirieron a un clima antisindical generalizado, lo cual contrasta fuertemente con las declaraciones de los representantes del Gobierno y de los empleadores en donde expresaron su apoyo al papel de las organizaciones sindicales para el país y para la democracia Colombiana. Ante esta situación, la Misión lamenta que el nivel de sindicalización, cuyas distintas estimaciones varían entre el 4 y el 7 por ciento, sigue siendo muy bajo y que el grado de cobertura de la negociación colectiva es aún más reducido.

...La Misión ha identificado varias áreas clave en donde una acción urgente es necesaria para contribuir a resolver estas dificultades:..... -Mayores esfuerzos para fortalecer la inspección de trabajo, los mecanismos de control y las sanciones para asegurar que los actos de discriminación antisindical, incluidos los despidos y las intimidaciones, sean objeto de prevención y, en caso de que se hayan producido, den lugar a procedimientos ágiles, accesibles que conduzcan a sanciones eficaces”.

...El funcionamiento de la Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT (CETCOIT) parece no haber colmado las expectativas de ciertos mandantes tripartitos. Sin embargo, la Misión considera que este órgano tiene un papel crucial que desempeñar para afrontar algunas de las cuestiones analizadas por esta Misión. La Misión insta por lo tanto a todos los mandantes a que dediquen nuevos esfuerzos para que la Comisión funcione de manera eficaz. A este fin, la Misión insta a que, para abril de 2011: Se logre un acuerdo previo sobre una personalidad independiente, aceptable para todas las partes, que presidiría la CETCOIT. Se considere la posibilidad de establecer estructuras departamentales para la CETCOIT. Se analice el funcionamiento y la posibilidad de asistencia y reforzamiento de la CETCOIT, inclusive a través de la revisión de sus términos de referencia. También podría explorarse la posibilidad de crear un posible mecanismo adicional de mediación”.

La inadecuada aplicación del artículo 1 del Convenio 98 por parte del gobierno de Colombia resulta de cuatro graves omisiones:

- i) la ausencia, en la legislación, de mecanismo judicial específico y efectivo para proteger ante actos de discriminación e injerencia antisindical,
- ii) la ausencia de una regulación legal de las garantías sindicales y las facilidades para los representantes de los trabajadores (permisos sindicales, acceso a los lugares de trabajo en las empresas, comunicación con los trabajadores, etc);
- iii) la débil y marginal protección que realiza el Ministerio del Trabajo, los jueces y los fiscales frente a los actos de discriminación e injerencia antisindical; y
- iv) la CETCOIT es una buena idea, sin capacidad real para resolver los miles de actos de discriminación antisindical; omisiones todas que contribuyen a que las conductas antisindicales queden impunes, se destruyan organizaciones sindicales y se deterioren aún más las relaciones laborales en el país.
- v) Violación a la libertad sindical con el Decreto 583 de 2016

- i) **La ausencia, en la legislación, de mecanismo judicial específico y efectivo para proteger ante actos de discriminación e injerencia antisindical**

En el Código Sustantivo del Trabajo y en el Código Procesal del Trabajo no se ha previsto un mecanismo judicial específico y efectivo para la protección contra actos de discriminación e injerencia antisindical, tan solo existe un procedimiento especial de “Fuero Sindical” regulado en los artículos 112 a 118B, y solo protege a los trabajadores que tienen fuero sindical, definido por el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo “se denomina *“fuero sindical”* 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 justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”.

Es decir, otros actos de discriminación o injerencia antisindical, que son la mayoría de los casos, no cuentan con este recurso judicial.

Paradójicamente, para la disolución y liquidación de una organización sindical, la legislación prevé un procedimiento judicial sumario, no más de 30 días dura el procedimiento, establecido en el numeral 2 del artículo 380 del Código Sustantivo del Trabajo.

Los trabajadores y organizaciones sindicales que son víctimas de actos de discriminación antisindical deberán entonces, ante la ausencia de un mecanismo judicial específico y efectivo para su protección, acudir a otras vías, que como se mostrara más adelante no resultan eficaces para garantizar la libertad sindical, se trata en primer lugar, del procedimiento administrativo ante el Ministerio del Trabajo previsto en el artículo 354 del Código Sustantivo del Trabajo, de la denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación por el delito previsto en el artículo 200 del Código Penal, y la acción de tutela ante los jueces por violación a derechos fundamentales.

Una expresión concreta de la voluntad del gobierno para garantizar la protección contra actos de discriminación e injerencia antisindical sería la de proponer una muy simple reforma al artículo 380 del Código Sustantivo del Trabajo que introduzca un párrafo y señale que este procedimiento sumario ante los jueces laborales sirve también para resolver casos de discriminación e injerencia antisindical en los términos de los convenios 87 y 98 de la OIT.

ii) La ausencia de una regulación legal de las garantías sindicales y las facilidades para los representantes de los trabajadores

El Estado colombiano no ha ratificado el convenio 135 de la OIT, a pesar de haber anunciado en muchas ocasiones que lo haría, y de haberse comprometido en dos ocasiones en los acuerdos a que llegó con las organizaciones sindicales del sector público. Esa omisión sin duda afecta la protección contra actos de discriminación antisindical. Pero en mayor medida se afecta porque en la legislación colombiana no están reguladas las garantías mínimas para el ejercicio de la libertad sindical.

Al no estarlo, las organizaciones sindicales deben emprender arduas luchas con cada empresa para establecer un cada convención colectiva de trabajo las garantías mínimas, nos referimos a aspectos tan básicos como el tiempo libre para los representantes, que en Colombia se denominan permisos sindicales, el derecho a acceder a los lugares de trabajo en las empresas, el derecho a establecer comunicación con los trabajadores, y a difundir información por diversos medios, etc.

Muchas organizaciones sindicales no logran establecer dichas garantías y perecen en el intento de surgir como representantes de los trabajadores. De allí la importancia de una regulación legal de las garantías y facilidades mínimas para el ejercicio de la libertad sindical.



Sin embargo nos gustaría mencionar que, a las centrales nos preocupa que al ratificar el Convenio 135, éste pueda mal interpretarse en el sentido de que se igualen las condiciones de trabajadores sindicalizados y no sindicalizados dando vía libre a los pactos colectivos.

iii) La débil y marginal protección que realiza el Ministerio del Trabajo, los jueces laborales, los jueces de tutela y los fiscales frente a los actos de discriminación e injerencia antisindical

a. El Ministerio de Trabajo:

Sobre este tema específico la Misión de Alto Nivel de la OIT de 2011 en sus conclusiones señaló:

“La Misión insta a que medidas y acciones adicionales sean tomadas para asegurar que los inspectores de trabajo tengan la capacidad de llevar a cabo eficaz y adecuadamente sus funciones respecto de las cuestiones más importantes de aplicación de la legislación laboral, con especial atención en la libertad sindical y la negociación colectiva”.

En los artículos 354 y 486 del Código Sustantivo del Trabajo se faculta a los funcionarios del Ministerio del Trabajo para que protejan a los trabajadores en el ejercicio del derecho de libre asociación sindical previniendo, investigando y sancionando con multas las posibles violaciones a ésta. Sin embargo esa función de inspección vigilancia y control no es efectiva, por dos razones, una, porque en caso de la imposición de una multa, no necesariamente se restablecen los derechos a la libertad sindical vulnerados, en realidad, a los trabajadores y a las organizaciones sindicales les interesa que se puedan ejercer los derechos y no tanto que se imponga una sanción a las empresas, y dos, porque son muy pocos los casos en que se impone la multa y esta es efectivamente cobrada a la empresa que ha sido sancionada.

Una muestra representativa de esta falta de eficacia del Ministerio del Trabajo es el trámite y Resolución de 150 querellas interpuestas por cerca de 100 organizaciones sindicales ante el Ministerio del Trabajo, en casos referidos al uso ilegal y antisindical de pactos colectivos y tercerización ilegal, haciendo uso de las normas y procedimientos creados con ocasión del Plan de Acción Laboral y la Misión de Alto Nivel de la OIT, donde el resultado luego de más de dos años de presentadas es el siguiente:

De 150 querellas interpuestas, solo en 5 casos se ha culminado con una sanción; 15 casos han sido archivados por el Ministerio. Las restantes 130 querellas, se encuentran aún en trámite en el Ministerio, encontrándose, en averiguación preliminar 95; en la formulación de pliego de cargos, 4; en investigación preliminar, 16 querellas; en pruebas 9 casos. En 6 querellas no se tiene información alguna después de la radicación. El 94% por ciento de los casos llevan más de un año y el 73% de las querellas se encuentran apenas en la primera etapa del proceso administrativo sancionatorio.

De otro lado, el Ministerio del Trabajo, una muestra de 371 casos tramitados entre los años 2012 y 2015, en el 76% de los casos no protege, en 21 casos niega el derecho, en 9 casos procede a sancionar, en 4 se declara incompetente y en 3 archiva el trámite.

b. Los jueces laborales:

Como se dijo atrás, no existe un mecanismo judicial expedito para la protección contra actos de injerencia y de discriminación antisindical, solo existe el procedimiento especial de fuero y el proceso abreviado para disolución y liquidación de sindicatos, para el resto de los casos de violación a la libertad sindical se deberá acudir a la justicia ordinaria que puede tardar años y que resulta inoperante ante la amenaza de pérdida o

¹ Estos datos hacen parte de un estudio sin terminar sobre el acceso a la justicia en materia de libertad sindical, que busca analizar en 220 casos tramitados (ante Ministerio de Trabajo, Jueces Laborales y Jueces de Tutela), los argumentos que usan estos operadores de justicia al momento de tomar sus decisiones, y en particular si utilizan normas internacionales, convenios de OIT, recomendaciones del CLS y jurisprudencia de la Corte Constitucional.

restablecimiento del derecho. De una muestra de 48² casos tramitados entre el año 2012 y 2015, la mayoría de ellos sobre fuero sindical, se pudo establecer que en 21 casos se negó la protección del derecho y en 27 casos se concedió la protección del derecho.

c. Los jueces de tutela:

Como se dijo, por no existir un procedimiento judicial para la protección contra actos de discriminación e injerencia antisindical, la acción de tutela es el mecanismo que queda a disposición de los trabajadores, y sin duda, el que más se usa, sin embargo, al analizar una muestra de 85³ casos tramitados entre los años 2012 y 2015 encontramos que en 29 casos se negó la tutela, en 33 casos se declaró improcedente, y apenas en 23 casos se concedió la tutela. En la mayoría de los casos apartándose de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de los Convenios de OIT y de las recomendaciones del Comité de Libertad sindical.

d. Los Fiscales:

Refiriéndose al tema la CEARC en su informe del año 2014 sobre el convenio 98 señaló:

“Al tiempo que toma nota de que el Gobierno reitera que mediante la ley núm. 1453, de 2011, se penaliza con penas de prisión de hasta dos años y/o multas a quien celebre pactos colectivos en los que se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados”

Esa debilidad y marginalidad de la protección a la libertad sindical, en el caso de la Fiscalía General de la Nación, se manifiesta como ausencia total de protección. La Dirección Nacional de Seccionales y Seguridad Ciudadana de la Fiscalía en respuesta a derecho de petición sobre investigaciones por artículo 200 del Código Penal, reporta, a marzo de 2016, 354 investigaciones. Pero de estos, solo una ha entrado a la etapa de juicio a los responsables (caso Atlas Transvalores), por tanto no hay ninguna sentencia a la fecha, lo cual es decepcionante. De los 20 casos que reporta la fiscalía con “posibilidades reales de pronta resolución”, 12 de ellos son de los años (2009, 2011, 2013, 2014), lo que preocupa aún más pues si así es dándole prioridad a estos casos que ya son lo suficientemente antiguos, ¿qué será de los 334 casos que según la fiscalía no tienen posibilidades de pronta resolución? De los 20 casos, de los cuales se espera pronta resolución, 15 se encuentran en etapa de indagación, 2 ya se conciliaron, 1 se encuentra en formulación de acusación y 2 en audiencia de formulación de imputación⁴.

Con todo y la penalización de la violación a la libertad sindical los impactos son nulos toda vez que los afectados continúan siendo los trabajadores y organizaciones sindicales quienes con altas expectativas acuden ante la justicia penal para encontrarse con obstáculos administrativos y desinterés de las autoridades para investigar este tipo de actuaciones, en este sentido, son inocuas las reformas legislativas sin la posibilidad de hacerlas aplicables a la realidad. Es necesario agregar que a lo largo de este proceso de reforma e implementación del artículo, los trabajadores no han tenido participación en tanto no se han podido llegar a etapas de acusación, escenario en el que podrían aportar pruebas y argumentos y que no se evidencia cooperación entre inspectores laborales y fiscales para la resolución de los casos, pues estos últimos, al no tener un conocimiento especializado en derecho laboral, prefieren archivar este tipo de denuncias antes de realizar pruebas y/o impartir juicios.

² ibidem

³ Ibídem

⁴ Fiscalía General de la Nación. Dirección Nacional de Seccionales y Seguridad Ciudadana de la Fiscalía. 17 marzo 2016

iv) La CETCOIT es una buena idea, sin capacidad real para resolver los miles de actos de discriminación antisindical

Consideramos que los resultados hasta ahora logrados en la CETCOIT, se deben a que existe un compromiso tripartito para poner en marcha este mecanismo, y en ningún caso puede pensarse que se trata de un logro del gobierno, como ha solido venderse.

Venimos experimentando una creciente demanda hacia la intervención de la CETCOIT, explicada por el auge de las violaciones de los derechos de libertad sindical, y por la inexistencia de un mecanismo judicial eficiente y por el débil papel de la inspección del trabajo para prevenir y proteger contra actos de discriminación e injerencia antisindical.

Las centrales hemos insistido en la necesidad de establecer un mecanismo efectivo para el seguimiento a los acuerdos alcanzados en la CETCOIT pues la ausencia de este seguimiento le ha restado eficacia y puede llevar a que se convierta en un “rey de burlas”.

Pensamos que el Ministerio del Trabajo, como parte de la CETCOIT debería oficiosamente dar inicio a las investigaciones respectivas por la violación a derechos de Libertad Sindical en los casos que allí se conocen y se evidencia el desconocimiento a los postulados del C87, C98, C151 y C154 que son de competencia de este espacio.

Finalmente, hasta el momento no se han establecido estructuras departamentales para la CETCOIT, y se hace evidente acordar un plan y recursos suficientes para garantizar un más ágil y eficiente funcionamiento.

Ejemplos de graves casos de discriminación antisindical

CUT- Sindicato ASINTRAF-Clínica San Rafael.

En la Clínica San Rafael, donde tiene presencia el sindicato afiliados a la CUT, ASINTRAF se ha presentado todo tipo de violación a la libertad sindical, iniciando con actos de acoso y discriminación a los trabajadores y trabajadoras afiliados, negativa durante meses a dar inicio a la negociación colectiva, luego de ser conminados por el Ministerio del Trabajo agotaron la etapa de arreglo directo sin hacer una real negociación sino solo dejando el paso del tiempo; cuando el conflicto debió ser resuelto por tribunal de arbitramento y luego de meses finalmente se emitió un laudo arbitral, la empresa demandó la nulidad del laudo y entretanto no se resuelva el recurso no ha querido dar cumplimiento a su contenido. Esta empresa ha procedido al despido de integrantes de la Junta Directiva del sindicato, a la terminación de contratos de trabajadores afiliados y, finalmente a la suscripción de un Pacto Colectivo con mejores beneficios marginales que los consagrados en el laudo arbitral. Pese a que el caso ha sido llevado a la inspección del trabajo, fiscalía por el delito del art. 200, acciones de tutela por discriminación antisindical, demandas laborales por fuero sindical, CETCOIT, en ninguna de ellas se ha logrado que cese la persecución ni reparar el daño sufrido por el sindicato. Actualmente se encuentra cursando una queja en el Comité de Libertad Sindica.

CTC- Sindicato AMBASEC-Aeropuerto de Bogotá

Sindicato de trabajadores de bomberos aeronáuticos al servicio de concesionarios aeroportuarios que desde su fundación y presentación de pliego de peticiones a su empleador, fue objeto de persecución sindical, acoso laboral, contra los miembros de su junta directiva y demás afiliados; como represalia fueron enviados a descanso compensado obligatorio hasta por más de 250 días, con la consecuencia del debilitamiento de la organización sindical y desmejora de los derechos de los trabajadores. Nunca esta empresa había reconocido el descanso compensatorio previsto en el art. 181 del código sustantivo del trabajo, pese a que éstos trabajadores suelen trabajar todos los días de la semana incluyendo dominicales y festivos. Este supuesto descanso compensatorio implica un despido antisindical disfrazado, dado que según el Reglamento Aeronáutico el bombero aeronáutico no puede estar separado del servicio por un periodo superior a 90 días, lo que obliga a revalidar la licencia. Éstos hechos discriminatorios se dirigieron en especial contra 7 miembros de la junta directiva, contra dos afiliados y además presionaron la renuncia del fiscal del sindicato. Esta separación del servicio implica posteriormente la facultad de la empresa de dar por terminados los contratos de trabajo con justa causa, implicando además de la violación a la libertad sindical, el peligro para la seguridad del aeropuerto pues se han reemplazado con trabajadores que no cumplen con lo necesario según el reglamento aeronáutico. La empresa se negó a negociar el pliego de peticiones presentado, luego no se logró una negociación colectiva, teniendo que acudirse a un tribunal de arbitramento que luego de meses no ha empezado su labor para dirimir el conflicto por dilaciones de la empresa.

CGT-Sindicato ASPECLUM-Club Militar

En el Club Militar, establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa, se constituyó organización sindical que afilia tanto a empleados públicos como a trabajadores oficiales de ésta. Pese a la comunicación a la entidad y al Ministerio del Trabajo de la constitución de la organización sindical, solicitud de pago de cuotas sindicales y presentación de pliego de peticiones, la entidad se abstuvo del pago de cuotas argumentando erradamente que debía ser mensual, desconoció la afiliación de varios de los trabajadores argumentando que los trabajadores oficiales no podían ejercer el derecho de asociación, se negó reiteradamente a la negociación del pliego de peticiones y finalmente despidió, a algunos miembros de junta directiva, pese a contar éstos con la protección constitucional del fuero sindical. A la fecha, pese a que el sindicato ha insistido en las vías de arreglo directo con la entidad, a que ha instaurado las acciones correspondientes ante el Ministerio del Trabajo, no se ha logrado la protección efectiva de los derechos de la organización y continua siendo violada la libertad sindical de ASPECLUM, de los trabajadores sindicalizados y de quienes no lo harán por miedo a las represalias tomadas por la entidad.

v) Violación a la libertad sindical con el Decreto 583 de 2016

A inicio del año 2016, el Ministerio del Trabajo expidió, sin la debida consulta tripartita en la Comisión Permanente de Concertación, el Decreto 583 de 2016, supuestamente sobre formalización laboral, que en nuestra opinión implica retroceso de lo ya alcanzado con leyes sobre formalización laboral, como la Ley 1429 de 2011, art. 63 que prohibía la tercerización de labores misionales permanentes y el Decreto 2025 de 2011 que prohibió a las Cooperativas de Trabajo Asociado la subcontratación de personal; al establecer que toda tercerización laboral es legal y permitida "siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes", aunque se trate de actividades misionales permanentes de los beneficiarios del trabajo; constituyendo así una autorización para que se tercericen todas las relaciones laborales con "proveedores", sin importar su forma jurídica y en desmedro de las garantías de los trabajadores.



Esta reglamentación además de impedir el reconocimiento de contratos realidad entre las beneficiarias del servicio y el trabajador *tercerizado* implican en la práctica imposibilidad de adecuada afiliación sindical y obstáculos al derecho a la negociación colectiva.

ARTÍCULO 2 .

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

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

Para analizar la aplicación del artículo 2 del convenio 98 tanto en la legislación como en la práctica abordaremos el tema de los pactos colectivos, que aunque se relacionan con otros artículos del convenio 98 e incluso con el convenio 87, haremos el análisis completo en este acápite. Con este artículo también se relaciona el tema del contrato sindical que, por tener CUT, CTC y CGT opiniones diferentes será comentado por cada una en documentos aparte, enviados con el resto de comentarios.

i) Pactos colectivos:

La CEACR en sus informes de los años 2006, 2008, 2010, 2012 y 2014 sobre el convenio 98 se ha referido de manera precisa ante las respuestas del gobierno en los siguientes términos:

[...] La Comisión recuerda una vez más el art. 4 del Convenio relativo al pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria con las organizaciones de trabajadores con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo y subraya que la negociación directa con los trabajadores sólo debería ser posible en ausencia de organizaciones sindicales. [...]”

En todos estos informes la CEACR también le ha señalado

“...la Comisión pide una vez más al Gobierno que garantice que los pactos colectivos no menoscaben la posición de las organizaciones sindicales y la posibilidad en la práctica de celebrar convenciones colectivas con éstas” .

Por su parte la Misión de Alto Nivel de la OIT 2011 señaló:

“La Misión propone que, para septiembre de 2011, el Gobierno elabore propuestas legislativas sometidas a la consulta de la Comisión Nacional de Concertación de Políticas Laborales y Salariales antes de la presentación de dichos textos al Congreso. Al respecto, prioridad debería ser atribuida al tema de las cooperativas (CTAs) y de los pactos colectivos”. ...”Medidas legislativas y acciones prácticas adicionales eficaces para asegurar que los pactos colectivos firmados por empleadores con los trabajadores no sindicalizados no sean utilizados contra el ejercicio de la libertad sindical y de la negociación colectiva”.

También la CEARC en su informe del año 2014 sobre el convenio 98 señaló:

“Pactos colectivos con trabajadores no sindicalizados... Al tiempo que toma nota de que el Gobierno reitera que mediante la ley núm. 1453, de 2011, se penaliza con penas de prisión de hasta dos años y/o multas a quien celebre pactos colectivos en los que se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, la Comisión recuerda que los acuerdos colectivos con trabajadores no sindicalizados sólo deberían ser posibles en ausencia de organizaciones sindicales”.

Igualmente en varios casos el Comité de Libertad Sindical (por ejemplo en los caso 2097 y 2362) se ha pronunciado en el mismo sentido que la CEARC y la Misión de Alto Nivel.

Para analizar la manera en que el gobierno de Colombia ha incumplido las reiteradas observaciones y recomendaciones de los órganos de control de la OIT sobre la regulación legal y la práctica que institucionalizan la discriminación e injerencia antisindical con la utilización de los pactos colectivos y los “planes voluntarios de beneficios”, nos remitimos en primer lugar a la queja presentada por la CUT ante el Comité de Libertad Sindical el 10 de junio de 2015⁵ sobre el uso antisindical de los pactos colectivos, donde se presentan 34 casos de organizaciones sindicales que han sido afectadas y argumentan dos grandes violaciones, por una parte la falta de acceso a la justicia para resolver los actos de discriminación e injerencia antisindical como forma de violación de la libertad sindical, y por otra la manera como se violan derechos de negociación colectiva y representación sindical con el uso de acuerdos colectivos con trabajadores no sindicalizados.

Adicionalmente y para actualizar la información que la CEARC ha solicitado nos permitimos señalar cinco aspectos puntuales sobre los que queremos llamar la atención:

1. No se ha producido el cambio legislativo solicitado al artículo 481 del CST:

A pesar de las reiteradas observaciones y recomendaciones de la OIT hasta el momento, no se ha presentado para la discusión un proyecto de ley, ni mucho menos se ha realizado la modificación a la legislación solicitada por la Comisión de Expertos, esto es, al artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo que permite la celebración de pactos colectivos aun existiendo organización sindical en la empresa, si el sindicato tiene menos de la tercera parte de los trabajadores afiliados.

2. Ausencia de protección por parte del Ministerio de Trabajo en casos de uso antisindical de los pactos colectivos:

Tampoco se ha garantizado por parte del Ministerio del Trabajo que los pactos colectivos no menoscaben la posición de las organizaciones sindicales y la posibilidad en la práctica de celebrar convenciones colectivas con éstas. Y no lo ha garantizado a pesar del esfuerzo realizado por las organizaciones sindicales para presentar 46 querellas⁶ en que presentan pruebas y solicitan sanciones por uso ilegal de los pactos colectivos, el resultado hasta ahora es que 23 querellas siguen en tramite, 12 han sido archivadas, en 4 casos la empresa fue absuelta y en 7 casos la empresa fue sancionada. Sin embargo, en los casos en que las empresas han sido sancionadas, continúan vigentes los pactos colectivos, o estos fueron transformados en “planes voluntarios de beneficios”, permaneciendo las violaciones a la libertad sindical, porque el procedimiento administrativo se limita a imponer una multa.

3. No se ha sancionado penalmente a ningún empresario por uso antisindical de las pactos colectivos:

En relación con la aplicación del artículo 200 del Código Penal, norma modificada en el año 2011 y que incluye sanción de prisión en caso de que se celebren pactos colectivos en los que se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, como se dijo anteriormente, la Fiscalía General de la Nación informa que

⁵ Ver documento anexo: violaciones al convenio 98 con el uso antisindical de los pactos colectivos - resumen de la queja presentada por la CUT ante el CLS el 10 de junio de 2015.

⁶ Ver Tabla 1 “querellas presentadas por tercerización ilegal y uso antisindical de los pactos colectivos” que se anexo en los comentarios al convenio 87

hasta el momento ninguna persona ha sido condenada a pesar de encontrarse para su conocimiento 354 denuncias presentadas por organizaciones sindicales, varias de ellas sobre el uso antisindical de pactos colectivos.

4. Los pactos colectivos siguen celebrándose y generando grandes obstáculos para el surgimiento y desarrollo de las organizaciones sindicales:

En el pacto colectivo no hay sindicato, sino que este es el resultado de una “negociación” entre un grupo de trabajadores y la empresa, proceso que en la ley está regulado por las mismas normas que regulan la negociación de una convención colectiva promovida por un sindicato: reunión de los trabajadores para aprobar el pliego y elegir negociadores, denuncia del pacto vigente si existe, y su negociación propiamente dicha en la etapa de arreglo directo, e incluso con la posibilidad de la huelga. Pero en la mayoría de los casos este procedimiento legal no se da, pues son las empresas de manera directa, o a través de personal de su entera confianza, las que redactan el pacto y las que promueven la adhesión de los trabajadores al mismo.

Por lo general, el pacto se promueve para impedir la organización autónoma de los trabajadores en sindicato, o para mantener en condición minoritaria al sindicato que los trabajadores han organizado, sin que pueda desarrollar ninguna capacidad de incidencia, y sin ninguna, o en todo caso con muy pocas posibilidades de crecer y afiliarse a la mayoría de los trabajadores de la empresa, pues los mismos beneficios que la empresa ofrece en el pacto a los trabajadores no sindicalizados, son también las que le ofrecen al sindicato cuando este presenta su pliego de peticiones, con la diferencia de que los sindicalizados pagan cuota sindical, (generalmente el 1% de salario), mientras los beneficiados por el pacto no.

En un estudio sobre el impacto de los pactos colectivos realizado sobre 216 pactos colectivos que se firmaron en el 2012 en Colombia, se pudo establecer que 58 lo fueron en empresas donde existe negociación colectiva, con el resultado de que en el 71% de estas empresas disminuyó drásticamente el número de trabajadores sindicalizados.

Entre el año 1990 y el año 2015 se han celebrado en Colombia 5736⁷ pactos colectivos, un promedio de 220 pactos por año. Como puede apreciarse en la tabla que se anexa, el uso de los pactos colectivos ha permanecido constante, y sus efectos sobre la creación y funcionamiento de las organizaciones sindicales sigue siendo nefasto.

5. La transformación de los pactos colectivos en “planes voluntarios de beneficios”:

Debemos finalmente señalar que se viene presentando otro fenómeno de transformación de la figura jurídica, para producir los mismos efectos, y con ello eludir posibles investigaciones y sanciones administrativas y penales. Se trata de la implementación en las empresas de los denominados “Planes Voluntarios de Beneficios”, para los que no existe una regulación legal específica, dado que se celebran de manera individual entre la empresa y el trabajador. Las empresas han generado una respuesta generalizada, a los cientos de denuncias penales y querrelas administrativas que han presentado las organizaciones sindicales, transformando los pactos colectivos, en planes voluntarios de beneficios, tratando de evadir con ello las posibles sanciones.

Sobre este tema la Corte Constitucional en varias sentencias ha señalado que son iguales materialmente los pactos colectivos y los “planes voluntarios de beneficios”, en la medida que producen unos efectos jurídicos y materiales iguales, entiende la Corte que es obvio que el establecimiento de mejores condiciones de trabajo en un “plan voluntario de beneficios” revele el propósito de discriminar a los trabajadores sindicalizados, desestimular su afiliación al sindicato o promover su deserción del mismo. Y por ello ha decidido proteger el

⁷ Ver Tabla anexa Pactos Colectivos 1990 - 2015

derecho de asociación sindical y negociación colectiva por considerar actos contrarios a la libertad sindical el ofrecer incentivo a los trabajadores no sindicalizados para acceder a acuerdos individuales y prometer dádivas para que los trabajadores que se benefician de una convención colectiva cambien de régimen jurídico⁸.

Sin embargo, como la regulación legal existente, se refiere a los pactos colectivos, tanto el Ministerio del Trabajo, como la Fiscalía General de la Nación, al conocer de querellas administrativas y denuncias penales, en casos de discriminación e injerencia antisindical con el uso de “planes voluntarios de beneficios”, se niegan a sancionar estas conductas porque consideran que la conducta no se adecua a lo previsto en la norma, y existe una libertad de las empresas para fijar los beneficios que recibirán sus trabajadores.

Por lo anterior, queremos llamar la atención de la CEARC sobre este fenómeno, que no es único en Colombia, el Comité de Libertad Sindical ha tenido la oportunidad de estudiar casos similares (por ejemplo los casos 1730 y 2186).

ARTÍCULO 3. “Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación en los artículos precedentes”.

CEARC Informe 2010 sobre convenio 98

“La Comisión toma nota además de la adopción de la ley núm. 1149 de 2007 por la que se reformó el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para hacer efectiva la oralidad en sus procesos judiciales y agilizarlos. La Comisión toma nota de que se informó a la misión que corresponde al Consejo Superior de la Judicatura la implementación de la ley y que para esto se prevé un plazo de cuatro años. La Comisión toma nota de que existen planes piloto de aplicación del procedimiento en algunas regiones del país y las demandas se resuelven en dos meses en primera instancia y en un mes en segunda instancia”.

Para análisis de la aplicación del artículo 3 del convenio 98 es necesario examinar la **debilidad y poca presencia del Ministerio del Trabajo y la Jurisdicción Laboral y la manera en que esta situación impacta en la garantía de los derechos laborales y sindicales en el país.**

Colombia es un país lleno de paradojas, de un lado, la Constitución Política es una de las más modernas y progresistas de América Latina, se han suscrito y ratificado los principales tratados y convenios en materia de derechos humanos, se han asumido importantes compromisos internacionales en materia laboral (Misión de Alto Nivel de la OIT, Plan de Acción laboral con Estados Unidos, Hoja de Ruta en materia de Derechos humanos y laborales con la Unión Europea, cláusulas laborales en los Tratados de Libre Comercio, etc.), incluso se ha iniciado un proceso de ingreso a la OCDE. La existencia de normas constitucionales, internacionales y legales, así como de compromisos internacionales, no garantizan efectivamente el disfrute de los derechos laborales y sindicales⁹, y en buena medida se puede explicar, por un fenómeno generalizado de incumplimiento del derecho, resultado de un Estado insuficiente, una cultura de ilegalidad y un gran bloqueo a la acción social y cultural para exigir el cumplimiento de las normas.

⁸ Ver Sentencia de la Corte Constitucional T-069 de 2015 donde se resume la línea jurisprudencial sobre el tema

⁹ Colombia ocupa el puesto 97 en la medición del Índice de Desarrollo Humano, y el puesto 12 en el índice GINI (el tercer puesto en América, después de Haití y Honduras), el 64% de los trabajadores están en la informalidad (sin derechos laborales y sin protección social), la mitad de los trabajadores tienen ingresos inferiores al salario mínimo (menos de 200 euros al mes), más de dos millones de trabajadores se encuentran desempleados sin ninguna protección social, por lo menos 9 millones de trabajadores son “cuenta propia”, y cerca de 3,8 millones de trabajadores se encuentran en relaciones laborales ilegales, es decir, sus empleadores no les reconocen derechos laborales. Por su parte, apenas 1 millón de trabajadores se encuentran afiliados a alguna organización sindical y cerca de 250 mil trabajadores están cubiertos por un convenio colectivo de trabajo en el sector privado.

En la protección de los derechos laborales hay un gran desfase entre el número de conflictos que se presentan cada año, y su resolución por vías de la conciliación o la decisión judicial. Algunas cifras nos pueden ilustrar la situación:

De un universo aproximado de 7.750.000 de trabajadores con derechos laborales y seguridad social y cerca de 3.700.000 en relaciones laborales ilegales, un número muy considerable, cercano al 15% acudió al Ministerio del Trabajo en el último año a solicitar asesoría y orientación legal (1.421.479)¹⁰. De estos 389.490 acudieron de manera presencial. El Ministerio de Trabajo señala en sus informes haber realizado 75.296 audiencias de conciliación extrajudicial en derecho, y que en 56.472 se llegó a acuerdo total (75%). También reporta el Ministerio de Trabajo el inicio de 16.546 averiguaciones preliminares, de 4.182 investigaciones administrativas laborales, 8.037 visitas y 1698 sanciones.

Por su parte el Consejo Superior de la Judicatura reporta para el año 2015, que ingresaron 277.952 procesos a la jurisdicción laboral, que se realizaron 277.952 egresos, y que el inventario final de procesos a finales del 2015 fue de 177.501 procesos¹¹.

De acuerdo con los términos establecidos en el Código Procesal del Trabajo, un conflicto debe tardarse en resolverse ante los jueces laborales no más de 242 días calendario, sin embargo, en promedio según el Consejo Superior de la Judicatura¹², un proceso laboral en las dos instancias se está tardando 534 días, y si este proceso llega a la Corte Suprema de justicia, tendremos que sumarle 446 días más, y si adicionalmente es necesario emprender un proceso ejecutivo para lograr el pago de la sentencia, el proceso se tardará 203 días más. Estas cifras desmienten de manera clara las afirmaciones que el gobierno colombiano ha realizado a la CEARC.

Sin duda, hay un fenómeno generalizado de ilegalidad laboral, que se manifiesta en la inmensa cantidad de trabajadores que acuden al Estado, y por tanto, que hay un gran reto en materia de acceso a la justicia en temas laborales y sindicales, pues la capacidad institucional está desbordada. De acuerdo con el estudio citado del Consejo Superior de la Judicatura, actualmente en Colombia hay tan solo 309 jueces laborales, 106 magistrados de Salas Laborales de Tribunales Superiores, y 7 Magistrados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su conjunto la jurisdicción laboral alcanza tan solo el 7% de los gastos de la administración de Justicia. Y de acuerdo con el Ministerio del Trabajo¹³, para marzo de 2016, el número de cargos provistos de inspectores del trabajo fue de 828.

A esta diferencia entre la cantidad de conflictos y la capacidad del Estado para resolverlos, se suma el hecho de que los trabajadores tienen otros obstáculos para acceder a la justicia, los más importantes se resumen en las dificultades para contar con un abogado, por los costos y las bajas cuantías de los derechos que reclaman, la escasa presencia de servicios de orientación y asesoría gratuita y el desconocimiento de los derechos laborales y los procedimientos para proteger los derechos.

El Ministerio de Trabajo tampoco responde a las necesidades reales de actuación laboral administrativa como hemos denunciado en los comentarios a las memorias del Convenio 81 y ahora enunciaremos cómo no actúa con eficacia para sancionar y reducir significativamente las formas de tercerización laboral ilegal, y el uso antisindical de los pactos colectivos

El mejor ejemplo que ilustra esta falta de eficacia del Ministerio del Trabajo es el trámite y resolución de 150 querrelas interpuestas por cerca de 100 organizaciones sindicales ante el Ministerio del Trabajo, en casos referidos al uso ilegal y antisindical de pactos colectivos y tercerización ilegal, haciendo uso de las normas y procedimientos creados con

¹⁰ Informe del Ministerio del Trabajo al Congreso de la República 2014-2015

¹¹ Informe del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso Marzo de 2016

¹² Estudio tiempos y costos procesales. Consejo Superior de la Judicatura. Abril de 2016

¹³ Ministerio de Trabajo. Respuesta a un derecho de petición enviado por la ENS con fecha de 31 de agosto de 2015.

ocasión del Plan de Acción Laboral y la Misión de Alto Nivel de la OIT¹⁴. Y el resultado es el siguiente: De 150 querellas interpuestas, solo en 5 casos se ha culminado con una sanción; 15 casos han sido archivados por el Ministerio. Las restantes 130 querellas, se encuentran aún en trámite en el Ministerio, encontrándose, en averiguación preliminar 95; en la formulación de pliego de cargos, 4; en investigación preliminar, 16 querellas; en pruebas 9 casos. En 6 querellas no se tiene información alguna después de la radicación. El 94% por ciento de los casos llevan más de un año y el 73% de las querellas se encuentran apenas en la primera etapa del proceso administrativo sancionatorio.

ARTÍCULO 4 “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

Para el análisis de la aplicación del artículo 4 del Convenio 98, vamos a abordar primero el estado de los cinco temas sobre los que se han realizado observaciones y recomendaciones por los órganos de control de la OIT en los últimos años, y el gobierno no ha adoptado medidas legislativas y prácticas para resolverlos, nos referimos a:

- i) la baja cobertura de la negociación colectiva;
- ii) la necesidad de fortalecer y promover el diálogo social útil en todos los niveles;
- iii) las medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación de negociar de buena fe;
- iv) los tribunales de arbitramento para solucionar conflictos colectivos deben ser voluntarios, y convocados por ambas partes de manera acordada; y
- v) la modificación unilateral de convenciones colectivas de trabajo y la posibilidad de negociar acuerdos pensionales en convenciones colectivas.

Para luego presentar a la CEARC dos temas adicionales que consideramos deben ser examinados:

- vi) la imposibilidad de la negociación colectiva en niveles diferentes al de la empresa; y
- vii) la prohibición de la negociación colectiva en el contrato de aprendizaje.

i) La baja cobertura de la negociación colectiva

La Misión de Alto Nivel de la OIT en 2011 expresó:

“...lamenta que el nivel de sindicalización, cuyas distintas estimaciones varían entre el 4 y el 7 por ciento, sigue siendo muy bajo y que el grado de cobertura de la negociación colectiva es aún más reducido. Y la CEARC en su informe del año 2014 sobre el convenio 98 señaló: “Cobertura de la negociación colectiva en el sector privado. La Comisión pide al Gobierno que envíe comentarios sobre la afirmación de la CUT de que menos del 4 por ciento de los trabajadores están amparados por una convención colectiva”.

Para establecer la cobertura de la negociación colectiva en Colombia utilizaremos tres métodos:

¹⁴ Ver Tabla 1 anexa: Querellas presentadas por tercerización laboral ilegal y uso antisindical de los pactos colectivos y su estado actual

1. Cobertura medida por la cantidad de empresas en que se presenta alguna modalidad de contratación colectiva.

Si comparamos el número de empresas afiliadas al sistema de riesgos laborales en el año 2014, encontramos 615.581 empresas según FASECOLDA, con el número de empresas con negociación colectiva, 2.235 aproximadamente¹⁵, la tasa es apenas del 0.36%, lo que indica que en Colombia la negociación colectiva es prácticamente inexistente en las empresas. Y eso que aquí estamos incluyendo 330 entidades del Estado con acuerdos laborales colectivos y 511 empresas con contratos sindicales¹⁶.

2. Cobertura medida por la cantidad de trabajadores beneficiados de un contrato colectivo de trabajo con respecto al total de la población ocupada.

Si tomamos la población ocupada total en el año 2014, tenemos que hay 21.503.323 de trabajadores, la cobertura es apenas del 6.5%, una cobertura en la que el 59.2% corresponde a empleados públicos.

3. Cobertura medida por la cantidad de trabajadores con seguridad social con respecto a los trabajadores que tienen contrato de trabajo.

En efecto, si nos atenemos a los trabajadores cubiertos por el sistema de riesgos laborales, 8.618.850 en el 2014, que se supone son los trabajadores que cuentan con protección social, la cobertura es apenas del 16.2%; y si tomamos como referencia los trabajadores dependientes asalariados, (en la nomenclatura del DANE, obrero/empleo particular, trabajadores del Estado, trabajadoras domésticas, jornalero o peón), 10.373.000, la cobertura es del 13.4%.

Ahora bien, en estos cálculos estamos incluyendo los pactos colectivos y los contratos sindicales en razón de que son dos figuras que están incluidas en el Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, las únicas negociaciones reales en las que intervienen trabajadores organizados de manera autónoma, son las convenciones colectivas y los acuerdos laborales colectivos del sector público. Tanto en los pactos colectivos como en los contratos sindicales, los trabajadores no participan organizadamente, ni cuentan con la autonomía suficiente que les permita incidir de manera real en el proceso de “negociación”, son una simple simulación de negociación, o no son más que una subcontratación ilegal realizada a través de falsos sindicatos¹⁷.

Si realizamos el cálculo de la cobertura teniendo en cuenta solo **los beneficiados por convenciones colectivas de trabajo, que se suscriben en el sector privado, el resultado sería el siguiente: con respecto a la población ocupada sería del 1,16%, con respecto a asalariados 2,42% y con respecto a los trabajadores con protección social 2,91%.**

Cobertura de convenciones colectivas, pactos colectivos, contratos sindicales y acuerdos colectivos vigentes a 2014.

	Casos	%	Cobertura
Convenciones colectivas	1.019	25,7	251.410
Pactos colectivos	768	19,4	211.993

¹⁵Respecto de las empresas del sector privado con negociación colectiva, en 66 de ellas coexisten convenciones y pactos colectivos. Existen además 87 empresas en las que se negocia más de una convención colectiva de trabajo por la presencia de varios sindicatos.

¹⁶ El cálculo es aproximado pues en el caso del sector de la salud se presentan casos de “sindicatos” que han negociado hasta 110 contratos sindicales, de un mes de duración, con una misma entidad en un año.

¹⁷ Ver Tabla dinámica de la contratación colectiva 1990-2015

Acuerdo colectivos sector público	608	15,3	826.134
Contratos sindicales	1.570	39,6	105.000
Total	3.966	100	1.394.537
Trabajadores con contrato de trabajo regulado por el CST (afiliados a RL)			8.618.850
Población asalariada total			10.373.290
Población ocupada total			21.503.323

Fuente: Escuela Nacional Sindical, Sistema de información Sindical y Laboral (SISLAB), Subsistema Dinámica de la Contratación Colectiva, con datos del Ministerio de Trabajo.

En total, en 2014 se encontraban vigentes 3.966 acuerdos colectivos de trabajo, que beneficiaron a 1.394.537 trabajadores: 1.019 convenciones colectivas (25.7%), con una cobertura de 251.410 trabajadores (18.0%); 768 pactos colectivos, (19.4%), con una cobertura de 211.993 trabajadores, (15.2%), 608 acuerdos laborales en el sector público (15.3%), con una cobertura de 826.134 trabajadores (59.2%), (incluye fuerzas militares y policía que se benefician de los incrementos salariales, al magisterio, a docentes y trabajadores administrativos de universidades, y a trabajadores de la salud); y 1.570 contratos sindicales, (el 39.6% del total, de ellos, el 90% en el sector salud)¹⁸, con una cobertura de 105.000 trabajadores (6.8%).¹⁹

En esta baja cobertura inciden por lo menos tres factores: uno, el grave problema de trabajo informal e ilegal que aún presenta nuestra economía, que en relación con la cobertura de la legislación laboral, (contrato de trabajo y afiliación a la protección social, salud, riesgos laborales y pensiones), apenas alcanza al 36% de la población ocupada total, o al 80% de los trabajadores asalariados dependientes; dos, a la baja tasa de sindicalización, (menos del 5% de la población ocupada), una condición que limita las posibilidades de negociar únicamente en aquellas empresas donde existe presencia sindical; y tres, por las restricciones legales que pesan sobre las organizaciones sindicales de industria y los sindicatos de segundo grado, (federaciones) y de tercer grado, (centrales y confederaciones), en relación con las posibilidades que tienen para presentar pliegos de peticiones a nivel sectorial o de rama, o pliegos nacionales, y de declarar la huelga en estos niveles, una restricción que en la práctica impone el nivel en el que deben negociarse los pliegos de peticiones sindicales en Colombia, la empresa, un nivel que limita el número de beneficiarios de este proceso únicamente a los trabajadores sindicalizados, (cuando el sindicato es minoritario), o a todos los trabajadores de la empresa, (cuando el sindicato es mayoritario), o a todos los adherentes a los pactos colectivos²⁰.

¹⁸Ministerio del Trabajo. Informe de actividades al Congreso de la República, sector trabajo, 2015.

¹⁹Todos estos datos son aproximados, pues los reportes que entrega el Ministerio del Trabajo no siempre incluyen los trabajadores beneficiarios de los distintos convenios colectivos de trabajo, razón por la cual la debemos complementarlos acudiendo a su base de datos sobre "censo sindical", la que está en permanente actualización. Respecto de los contratos sindicales, es muy difícil precisar cuántos en realidad se encuentran vigentes, pues una mayoría de ellos son contratos de un mes de duración y muchos hospitales tienen hasta 100 o más contratos de este tipo con el mismo "sindicato", y en otros su vigencia es "hasta agotar los recursos".

²⁰Sobre este asunto, el siguiente es el diagnóstico que hace la OCDE: "Aunque el Código del Trabajo permite a las organizaciones sindicales de alto nivel (tales como sindicatos industriales, federaciones y confederaciones) celebrar convenios colectivos (art. 467), la negociación sectorial o regional apenas ocurre en la práctica debido a que no existe mayor reglamentación por parte del Ministerio del Trabajo para estructurar las negociaciones (por ejemplo, el Código del Trabajo solamente proporciona reglas sobre la negociación a nivel de empresa). Con frecuencia, los patronos en el sector privado se niegan incluso a iniciar negociaciones con los representantes sindicales de las federaciones. En contraste, todos los países de la OCDE, exceptuando a Japón, cuentan con convenios sectoriales e incluso nacionales (OCDE, 2004, 2012). (o.c., página 119).



En el caso de los acuerdos colectivos del sector público²¹, estos fueron pactados en una mesa de negociación donde intervino el gobierno nacional por un lado, (presidencia, ministerio de hacienda y ministerio del trabajo), y las centrales sindicales y federaciones de trabajadores públicos, por el otro, (acuerdo marco nacional); las organizaciones sindicales representativas de los trabajadores de la salud y la educación y los Ministerios respectivos, por el otro, (acuerdo nacional sectorial), y por sindicatos y entidades del orden nacional y territorial. Todos estos acuerdos beneficiaron a todos los empleados públicos, independiente de si estaban sindicalizados o no. En este sentido, sólo en el sector público la negociación colectiva se presentó en niveles distintos al de empresa, una limitación que hasta ahora sigue pesando negativamente sobre los derechos de libertad sindical en el sector privado, que limita enormemente su cobertura, con un impacto muy negativo sobre la calidad del empleo y sobre la distribución del ingreso.

La cobertura de la negociación colectiva en Colombia es similar a la que tienen los países de Centro América y de la región Andina, países todos que se caracterizan por una fuerte cultura antisindical, (en algunos de ellos, como Guatemala, con fenómenos de violencia antisindical muy similares a los que hemos padecido en Colombia), y con tasas de sindicalización tan bajas como la nuestra. Es más baja que la que presentan países como Brasil (58%), Argentina (52%), y Uruguay (50%), los países que en la región presentan los mayores desarrollos del sindicalismo y de la negociación colectiva²². Respecto de los países de la OCDE, los indicadores de Colombia no resisten ninguna comparación: el promedio de sindicalización es del 27.4%, con las tasas más altas en Dinamarca (66.8%), Suecia 67.7%), y Finlandia (68.6%), con la diferencia que en la mayoría de estos países, como la negociación colectiva se desarrolla también a nivel sectorial o de rama, y a nivel nacional, la cobertura de trabajadores beneficiados supera a los trabajadores sindicalizados, alcanzando al 53.6% promedio en estos países.

ii) La necesidad de fortalecer y promover el diálogo social útil en todos los niveles

Misión de Alto Nivel de la OIT 2011 en sus conclusiones señaló:

“En consideración de la importancia atribuida por la Misión a la promoción de la confianza entre los mandantes, la Misión insta con fuerza a que una acción prioritaria sea tomada para fortalecer el diálogo social. A este respecto la Comisión Nacional de Concertación de Políticas Laborales y Salariales tiene un papel fundamental, en particular por tratarse del único órgano tripartito que se reúne de manera regular e inclusive teniendo reuniones con el Presidente de la República. Adicionalmente a las acciones de nivel nacional, buenas prácticas de diálogo social a nivel local y de la empresa deberían ser activamente promovidas”.

Y la CEARC en su informe del año 2012 sobre convenio 98 señaló

“La Comisión toma nota de que a este fin se crearon subcomisiones departamentales de concertación de políticas salariales y laborales que son asistidas técnicamente en materia de derechos fundamentales en el trabajo, solución de conflictos laborales, políticas públicas de trabajo decente, protección a poblaciones de trabajadores vulnerables y divulgación de los derechos fundamentales en el trabajo. Asimismo, la Comisión observa que, según el Gobierno, las 32 subcomisiones creadas cuentan con planes de diálogo diseñados para atender la problemática laboral específica de cada departamento y en el período 2009-2011 se han realizado un total de 428 reuniones”

²¹La negociación colectiva en el sector público fue regulada por los decretos 1092 de 2013 y 160 de 2014, ambos emitidos para regular la ley 411 de 1997 que ratificó el Convenio 154 de la OIT. El 160 amplió las competencias y los temas de negociación, incluyendo “las condiciones de empleo”, y “las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo” (art. 5), competencias que no aparecían en el 1092 y que restringían los alcances de la negociación. Además, amplió los niveles en los que pueden hacerse estas negociaciones y los empleados que pueden beneficiarse de estos procesos, al indicar que las negociaciones pueden hacerse entre “una o varias entidades y autoridades públicas competentes, según la distribución constitucional y legal y, una o varias organizaciones sindicales de empleados públicos”, (art. 6), y que el contenido común de los acuerdos tiene “efectos para todos los ‘empleados públicos o para parte de ellos, por región, departamento, distrito o municipio”, (art.7).

²²Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y el Caribe. CSI. CSA. 2013.

Entendemos el papel fundamental que puede cumplir la CPCPSL, sin embargo, debemos decir, que en la práctica este espacio no cumple su función y no sirve a los fines para los cuales fue concebida. Las organizaciones sindicales que hacen presencia en la CPCPSL participamos con posturas independientes y críticas, pero siempre de manera activa y propositiva, lo que no ocurre con empresarios y el gobierno, que no se disponen al desarrollo de discusiones y acuerdos.

Los temas trascendentales de la política laboral y salarial no están siendo llevados a la Comisión, por ejemplo, la expedición del Decreto 583 de 2016, se realizó sin previa discusión allí. Y así se podrían enumerar muchísimas normas y políticas que no han sido consultadas en la CPCPSL.

Rogamos remitirse a los comentarios a la Memoria del C144 que estamos presentando este año a la CEARC sobre la ineficacia de la Comisión Nacional de Concertación y sus Subcomisiones departamentales y temáticas.

iii) Las medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación de negociar de buena fe

CLS informe 355 caso 2643

“La Comisión toma nota de que, en relación con la negativa a negociar colectivamente y el nombramiento del tribunal de arbitramento obligatorio, el Gobierno señala que las convocatorias a tales tribunales están previstas en la legislación nacional como una forma de solucionar los conflictos colectivos. Por tanto, el Comité constata que la negativa sistemática de una parte a negociar de buena fe puede traducirse en que las partes se sometan en la práctica a un procedimiento de arbitraje, de manera que la negociación colectiva en cuanto tal no se promueve. El Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias a fin de asegurar que en el futuro la empresa negocie de buena fe con la organización sindical”

El gobierno colombiano no ha adoptado medidas que aseguren el cumplimiento de la obligación de negociar de buena fe, son muchos y frecuentes los casos en que las organizaciones sindicales presentan pliegos de peticiones a las empresas, y estas se niegan a darle inicio al proceso de negociación colectiva, teniendo que recurrir al Ministerio del Trabajo para que sancione a la empresa de conformidad con el numeral 2 del artículo 433 del Código Sustantivo del Trabajo, y aún estando sancionada la empresa, debe recurrirse a la acción de tutela para que se ordene a la empresa sentarse a negociar²³, y finalmente ante la imposibilidad de llegar a acuerdos, la negociación se limita a firmar un acta de desacuerdos, para proceder luego a la conformación de un Tribunal de Arbitramento. Sin duda este obstáculo requiere ser abordado, las disposiciones legales actuales no resultan efectivas para hacer efectivo el derecho de negociación colectiva.

Consideramos como una de las manifestaciones de mala fe en la negociación, la intervención excesiva de oficinas jurídicas externas en la negociación colectiva, éstas en lugar de contribuir al acercamiento de las partes y fórmulas efectivas de arreglo, buscan dilatar el proceso (que redundaría en mayor pago de sus servicios), en obstaculizar la real negociación difuminando la discusión en meras discusiones jurídicas, proponer pactos colectivos, recomendar el no aumento de derechos e incluso enfocar la negociación a terminar en tribunales de arbitramento (lo que también redundaría en mayor pago pues son las mismas oficinas las que ponen el árbitro de la empresa). Ha sido tal la invasión de oficinas de abogados como negociadoras de la empresa que ya hemos visto casos de empresas que dan poder, amplio y suficiente para que sea el árbitro externo el que adelante la supuesta negociación con el sindicato.

iv) Los tribunales de arbitramento para solucionar conflictos colectivos deben ser voluntarios, y convocados por ambas partes de manera acordada

²³ Ver por ejemplo las sentencias de la Corte Constitucional T-251 de 2010; T-711 de 2014

CEACR informe del año 2009 análisis al convenio 87

“La Comisión toma nota de que la ley núm. 1210, modifica el artículo 448, párrafo 4 del Código Sustantivo de Trabajo y establece que (...) 3) vencido dicho plazo sin que haya sido posible llegar a una solución definitiva, ambas partes solicitarán al Ministerio de la Protección Social la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento (...) la Comisión considera que salvo en los servicios esenciales en el sentido estricto del término o respecto de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, la convocatoria del Tribunal de Arbitramento sólo debería ser posible si ambas partes, de común acuerdo, y de manera voluntaria así lo deciden. La Comisión pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para modificar el artículo 448, párrafo 4 en el sentido indicado”

En la práctica, aunque en la actualidad en la legislación no exista una disposición acerca de tribunal de arbitramento obligatorio, se presentan muchísimos casos, de sindicatos minoritarios ante la imposibilidad de lograr un acuerdo de manera directa con las empresas durante la etapa de arreglo directo, se ven obligados a optar por un Tribunal de Arbitramento, no obstante la desconfianza que este mecanismo suscita entre los sindicatos, pues existe el riesgo que las empresas logren inclinar la mayoría de los árbitros a su favor, o que las empresas dilaten indefinidamente estos procesos, tanto en su convocatoria, que lo logran a través del Ministerio del Trabajo, que es la entidad que legalmente los convoca, como en la elección de los árbitros, (el propio, y el tercero, que se nombra de común acuerdo entre el árbitro nombrado por el sindicato y el árbitro nombrado por la empresa, o en ausencia de acuerdo, lo nombra el Ministerio), como en la aplicación del laudo, que si no deja satisfecha a la empresa, es demandada su legalidad aplazando así su aplicación efectiva.

En la mayoría de los casos se trata de sindicatos minoritarios que por ley no pueden hacer uso del derecho de huelga, (tienen la opción de convocar a todos los trabajadores de la empresa, incluyendo a los no sindicalizados para tomar esta decisión), sindicatos con los cuales las empresas se ven obligadas por ley a cumplir con todo el ritual de la negociación, pero con los que en realidad no tienen ninguna intención de negociar, pues no reconocen su legitimidad, ni su derecho a negociar las condiciones de trabajo y de empleo. Con estos sindicatos las empresas se limitan simplemente a ofrecerles lo que la ley ya le reconoce a los trabajadores, o cuando la convención colectiva vigente es antigua y alguna vez fue negociada con un sindicato mayoritario, su pretensión es recortar beneficios existentes, o cuando existe un pacto colectivo en la empresa, ofrecerles lo mismo que previamente le han concedido a los trabajadores no sindicalizados.

Entre los años 2014, 2015 y marzo de 2016 el Ministerio de Trabajo ha convocado un total de 281²⁴ tribunales de arbitramento, todos estos conflictos colectivos del trabajo que no se solucionaron vía negociación colectiva, para este mismo periodo se firmaron alrededor de unas 936 convenciones colectivas esto significa que en el periodo descrito se dieron alrededor de 1217 conflictos colectivos de los cuales el 23 % no se resolvieron producto de la negociación entre empleadores y trabajadores. Está cifra se desagrega así:

Año	Tribunales Arbitramento de	Convenciones Colectivas
2014	134	339
2015	116	500
2016 a marzo	31	97
Total	281	936
Gran total conflictos colectivos	1217	

²⁴ Respuesta a derecho de petición por parte del Ministerio de Trabajo 31 de marzo 2016

El gobierno expidió este año el Decreto 17 de 2016, decreto que se centra en agilizar la convocatoria e instalación de los tribunales de arbitramento, que de ser efectivamente aplicado, seguramente se reducirán en parte los tiempos para la resolución de los conflictos colectivos de trabajo. Sin embargo, este decreto no regula otros tres temas que resultan muy importantes para hacer efectivo el derecho de negociación colectiva, en primer lugar, no definió de manera amplia las facultades de los árbitros, pues con la regulación actual, esas facultades se limitan a dirimir conflictos de tipo económico, dejando de lado los conflictos de tipo normativo, muchos de ellos fundamentales para el establecimiento de las relaciones laborales; en segundo lugar, el decreto no regula lo referido a la calidades de los árbitros y en especial la exigencia de una formación y experiencia específica en conflictos colectivos del trabajo, y tercero, no regula lo referido al trámite del recurso de anulación en lo referido a que no se suspenda la aplicación del laudo arbitral, para así evitar que la empresa dilate por años la solución del conflicto colectivo del trabajo.

v) La modificación unilateral de convenciones colectivas de trabajo y la posibilidad de negociar acuerdos pensionales en convenciones colectivas

CEACR informe 2010 análisis al convenio 98

“La Comisión observa que en sus conclusiones, el Comité consideró que en cuanto a las convenciones celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación, las cuales perderán su vigencia a partir del año 2010 en virtud del acto legislativo, ello puede implicar en determinados casos una modificación unilateral del contenido de los convenios colectivos firmados, lo cual es contrario a los principios de la negociación colectiva así como al principio de los derechos adquiridos por las partes y pidió al Gobierno que adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento [...] En lo que respecta a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del acto legislativo núm. 01, en particular en relación con la prohibición general de establecer un régimen pensional distinto al establecido en el régimen general de pensiones, el Comité pidió al Gobierno que, con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realizara consultas detalladas con las partes interesadas acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia, en particular asegurando que las partes en la negociación colectiva puedan mejorar las prestaciones legales sobre pensiones o esquemas de pensiones por mutuo acuerdo”. La Comisión recuerda en el mismo sentido que ha estimado el Comité que las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el Convenio; como método particularmente adecuado para remediar a este género de situaciones se dispone del procedimiento de consultas de carácter tripartito destinadas a establecer, de común acuerdo, las líneas directrices en materia de negociación colectiva (véase Estudio General de 1994, Libertad sindical y la negociación colectiva, párrafo 250).

CLS informe 334 caso 2434

“ii) en cuanto a las convenciones celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación, considerando que las convenciones anteriormente negociadas deberían continuar conservando todos sus efectos, incluidos los relativos a las cláusulas sobre pensiones, hasta su fecha de vencimiento, aunque ésta sea después del 31 de julio de 2010, pide al Gobierno que adopte las medidas correctivas pertinentes y que le mantenga informado de la evolución de la situación a este respecto; [...] iii) en cuanto a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del acto legislativo núm. 01, teniendo en cuenta el resultado del referendo, el Comité pide al Gobierno que teniendo en cuenta las circunstancias particulares de este caso, y con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realice de nuevo consultas detalladas con las partes interesadas acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución negociada aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia”

vi) La imposibilidad de la negociación colectiva en niveles diferentes al de la empresa



El Comité de Libertad Sindical en la recopilación de decisiones y principios, señala con claridad que una aplicación adecuada del artículo 4 del Convenio 98 implica por lo menos que: la determinación del nivel de la negociación no debe ser impuesto por la legislación, y que la legislación no debería obstaculizar la negociación colectiva del nivel de industria (Ver párrafos 988 y 990).

En Colombia el nivel de la negociación colectiva se ve reducido a la empresa (en el sector público el decreto 160 de 2014 establece una negociación colectiva multinivel), limitando con ello la cobertura negocial por la imposibilidad en la práctica, para muchos trabajadores y trabajadoras de ejercer la negociación colectiva.

Aunque la legislación no niega la posibilidad de negociación a mayor nivel, esta es imposible en su aplicación ante la negativa sistemática de los empleadores, la aquiescencia del Ministerio del Trabajo y la confusa o inexistente redacción del procedimiento de la negociación, que llama al error de que sólo aplica al ámbito de la empresa.

Los trabajadores, pese a tener el derecho de organizarse en sindicatos de diferentes grados y clases, entre ellos el de industria o rama de actividad, se ven obligados en la práctica a negociar por cada una de las empresas donde se tiene presencia. En la realidad implica que la cobertura de la negociación colectiva en el sector privado es al menos una cuarta parte de la sindicalización.

Esa situación sería superable con una reglamentación adecuada del procedimiento de la negociación a diferentes niveles.

vii) La prohibición de la negociación colectiva del apoyo de sostenimiento de los aprendices.

En el artículo 30 de la ley 789 de 2002 se establece que “En ningún caso el apoyo de sostenimiento mensual podrá ser regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva”. La Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2004, declara conforme a la Constitución dicha disposición al considerar que “...el derecho a la negociación colectiva no es absoluto, por lo cual puede ser limitado, siempre y cuando esas restricciones sean proporcionadas.... la Corte considera que la exclusión de dicha negociación del apoyo de sostenimiento mensual de los aprendices es una restricción proporcionada al derecho de negociación colectiva de los trabajadores, puesto que los aprendices no son en sentido estricto trabajadores y resulta razonable que si la ley obliga a las empresas a vincular a un determinado número de aprendices, al menos establezca salvaguardas para asegurar que esa vinculación no resulte desproporcionadamente onerosa, como es la de limitar la negociación colectiva en este preciso aspecto”.

Esta limitación a las materias cubiertas por la negociación colectiva, es incompatible con el convenio 98, tal como lo señala el Comité de Libertad Sindical en la recopilación de decisiones y principios en los párrafos 912 y 913.

SOLICITUDES A LA CEACR

A PARTIR DE LOS COMENTARIOS HECHOS A LA MEMORIA DEL GOBIERNO

Las centrales sindicales CUT, CTC Y CGT, firmantes de esta memoria, solicitamos respetuosamente a la CEARC que:

- Insista al Gobierno que en sus memorias se refiera más a la aplicación en la práctica del contenido normativo del convenio y no solo en su aplicación formal o normativa.
- Recomiende al Gobierno colombiano que promueva que el derecho de negociación colectiva si que sea supeditado al tipo de contrato de trabajo
- Reglamente previa consulta, la negociación colectiva en todos los niveles y se adopten todas las medidas necesarias para hacerla efectiva
- Recomiende al Gobierno crear una etapa de mediación al finalizar sin acuerdo la etapa de arreglo directo de la negociación colectiva con el fin de evitar que tantos conflictos terminen en la competencia de tribunales de arbitramento.
- Inste al Gobierno colombiano a garantizar el derecho de acceso a la justicia para proteger el derecho de libertad sindical y negociación colectiva
- Recomiende al Gobierno crear un Proceso Judicial Especial (que sea breve y sumario donde exista la presunción de actos antisindicales) para casos en contra del derecho de libertad sindical discriminación, persecución etc.) y una Ley de Acoso Antisindical donde se protejan a los testigos que declaren que hubo violaciones al derecho de libertad sindical
- Recomiende al Gobierno crear una Unidad Especial de Inspección Vigilancia y Control para la erradicación de los pactos colectivos independiente del nombre que se le dé a esta figura
- Recomiende al Gobierno que en consulta con los actores del tripartismo se realice un procedimiento de seguimiento efectivo a los acuerdos firmados en la CETCOIT
- Recomiende al Gobierno tomar medidas efectivas para evitar la utilización por parte de los empleadores de figuras jurídicas legales pero usadas en detrimento del derecho de asociación sindical y negociación colectiva, tales como el “salario sin prestación del servicio”, el “despido sin justa causa”, “terminación de contratos a término fijo” prorrogados por años, “otorgamiento de días compensatorios”.
- Recomiende al Gobierno que verifique que la negociación colectiva de trabajo sea de buena fe, y no se limite al vencimiento de términos sino a la búsqueda de una solución concertada y ejerza en ese sentido su facultad de vigilancia y control
- Recomiende al Gobierno que el Ministerio de Trabajo inicie investigación de oficio y con poder preferente a los casos de violación a la libertad sindical que lleguen a la CETCOIT



- Recuerde al Gobierno la garantía del derecho de negociación para derechos pensionales y que se abstenga de prohibir la negociación colectiva de otros temas y sectores
- Recomiende al Gobierno la destinación de recursos y garantía del funcionamiento de los investigadores, fiscales y jueces especializados para delitos contra el derecho de libertad sindical
- Llame la atención del Gobierno sobre el incumplimiento reiterado al acatamiento de las recomendaciones y observaciones de los órganos de control de la OIT
- Recuerde al Gobierno las demás observaciones y solicitudes directas por parte de la CEACR que han sido incumplidas por el Gobierno