

2016



Organización
Internacional
del Trabajo

Análisis y propuestas para promover estrategias, normas y mecanismos para el estímulo y fomento a la negociación colectiva, en el marco de la contratación estatal en Colombia



ENRIQUE BORDA VILLEGAS

ADVERTENCIA

El uso de un lenguaje que no discrimine ni marque diferencias entre hombres y mujeres es una de las preocupaciones de nuestra Organización. Sin embargo, no hay acuerdo entre los lingüistas sobre la manera de hacerlo en nuestro idioma.

En tal sentido y con el fin de evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar en español o/a para marcar la existencia de ambos sexos, hemos optado por emplear el masculino genérico clásico, en el entendido de que todas las menciones en tal género representan siempre a hombres y mujeres.

**Contrato de colaboración externa OIT
Orden de Compra (PO) Versión
Num: 40174037/0**

DOCUMENTO FINAL DE LA INVESTIGACION

**ANÁLISIS Y PROPUESTA PARA PROMOVER ESTRATEGIAS, NORMAS Y
MECANISMOS PARA EL ESTÍMULO Y FOMENTO A LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL SECTOR PRIVADO, EN EL MARCO DE LA CONTRATACION
ESTATAL EN COLOMBIA**

**Presentado por:
Enrique Borda Villegas**

**Colaboró en la investigación
Mariana Torres Sánchez**

Presentado a: Organización Internacional del Trabajo

**Bogotá, Colombia
Diciembre 30 de 2016**

ÍNDICE DEL TEXTO

1. Introducción y justificación del trabajo	6
2. Metodología y contenidos de la investigación.....	8
3. Normativa nacional e internacional sobre derecho de asociación sindical y de negociación colectiva	9
3.1. Consustancialidad entre trabajo decente, derecho de asociación sindical y negociación colectiva	9
3.2. Las normas internacionales del trabajo	11
3.3. Adopción y cumplimiento eficaz de los Convenios de la OIT en América Latina y el Caribe 15	
3.4. Comparativo de normativa de asociación sindical y negociación colectiva con otros países de América Latina y España	17
3.4.1. Chile.....	18
3.4.2. Argentina.....	19
3.4.3. Perú	20
3.4.4. Ecuador.....	22
3.4.5. España	23
3.5. Regulación y jurisprudencia nacional colombiana sobre el derecho de asociación sindical.....	25
3.6. Regulación y jurisprudencia nacional colombiana sobre negociación colectiva....	36
4. Estado de la negociación colectiva en Colombia	41
4.1. Limitaciones de la negociación colectiva en el contexto nacional	42
4.1.1. Formalización laboral.....	42
4.1.2. Tercerización laboral ilegal.....	42
4.1.3. Paralelismo sindical	43
4.1.4. Falta del sindicalismo por rama de actividad económica	43
4.1.5. Los pactos colectivos	43
4.1.6. Los contratos sindicales	44
4.2. Avances en la garantía del derecho a la asociación sindical y la negociación colectiva en el país.....	44
5. La contratación estatal en Colombia	46
5.1. Modalidades de contratación estatal en Colombia.....	46
5.2. Montos del presupuesto público destinados a la contratación en Colombia.....	52
5.3. Escenario empresarial frente a la contratación estatal en Colombia	53
6. Comparación de la regulación de la contratación estatal – Chile, Ecuador, Perú y Argentina.....	54

6.1.	Chile.....	55
6.2.	Argentina	56
6.3.	Perú	57
6.4.	Ecuador.....	58
7.	Pertinencia de las cláusulas de trabajo decente en los contratos celebrados por las autoridades públicas, en el contexto normativo internacional	58
7.1.	El Octavo ODS y sus 12 metas	59
7.2.	El Convenio 94 de la OIT y la recomendación 84	60
7.3.	Comisión de expertos de la OIT / contrataciones públicas.....	61
7.4.	La Normativa de la OMC para las contrataciones públicas (ACP).....	61
7.5.	El capítulo social del Plan de Acción Laboral en el TLC Colombia - EEUU	62
8.	Casos relevantes de regulación de trabajo en la contratación pública en América Latina	63
8.1.	El caso de Brasil: Campaña por el Trabajo Decente Antes y Después de 2014.....	63
8.2.	El caso de las ampliaciones del Canal de Panamá.....	64
8.3.	Chile Compra.....	65
8.4.	Análisis de los procesos de adopción y aplicación de Convenios de la OIT en los contextos nacionales	65
9.	Propuestas para lograr los objetivos proyectados	68
9.1.	Promover la ratificación por Colombia del convenio 94 de OIT.....	68
9.2.	Promocionar la organización sindical y la negociación colectiva en las empresas contratistas	68
9.3.	Desarrollar el principio de sostenibilidad e innovación en el sistema de compras públicas	68
9.4.	Impulsar una regulación específica para evitar que el valor a la baja de los salarios, horas de trabajo y condiciones de trabajo, sean un elemento de competencia en las licitaciones para la adjudicación de contratos	69
9.5.	Mejorar y focalizar el sistema de IVC laboral.....	69
9.6.	Cláusula tipo de trabajo decente para los contratos públicos:.....	69

1. Introducción y justificación del trabajo

El ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva, son derechos humanos fundamentales reconocidos en múltiples instrumentos internacionales de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano, entre otros y forman parte indivisible del trabajo decente que la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) promueve como parte de su mandato tripartito.

La Constitución Colombiana consagra las normas que garantizan los derechos mencionados, y la jurisprudencia constitucional ha construido una clara línea de consustancialidad entre el ejercicio de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

El Código Sustantivo del Trabajo en su parte colectiva, tiene estipuladas claras normas legales que indican la forma como los trabajadores colombianos ejercen los derechos mencionados, así como la forma en que los empleadores y el Estado deben garantizarlos.

La ley 1753 de 2015 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: “Todos por un nuevo país”, establece en su articulado las directrices para la promoción del trabajo decente:

Artículo 74. Política nacional de trabajo decente. El Gobierno Nacional bajo la coordinación del Ministerio del Trabajo, adoptará la política nacional de trabajo decente, para promover la generación de empleo, la formalización laboral y la protección de los trabajadores de los sectores público y privado. Las entidades territoriales formularán políticas de trabajo decente en sus planes de desarrollo, en concordancia con los lineamientos que expida el Ministerio del Trabajo.

El Gobierno Nacional también fijará las reglas para garantizar que las empresas cumplan plenamente las normas laborales en los procesos de tercerización.

El Gobierno Nacional deberá garantizar que las actividades permanentes de las entidades públicas sean desarrolladas por personal vinculado a plantas de personal, con excepción de los casos señalados en la ley.

En forma especial la mencionada ley se aplica al concepto del diálogo social de la siguiente manera:

Artículo 75. Fortalecimiento del diálogo social y la concertación. El Gobierno Nacional a través del Ministerio del Trabajo impulsará programas con enfoque territorial que fortalezcan el Diálogo Social y la concertación laboral, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajo y la sostenibilidad de las empresas.

De la misma manera, los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia respecto de la negociación colectiva (C-98, C-151 y C-154) establecen la directriz al Gobierno de fomentar y estimular la negociación colectiva, que es el mecanismo fundamental para el mejoramiento de las condiciones de trabajo y de vida de los y las trabajadoras.

No obstante existir las anteriores directrices, se deben identificar, adoptar y fortalecer medidas eficaces de fomento y estímulo a la negociación colectiva, pues la tasa de cobertura del sindicalismo y de la negociación colectiva es muy baja en el sector privado.

El presente estudio recoge los antecedentes que soportan un proceso de creación de medidas relacionadas con la negociación colectiva, encaminadas a que las organizaciones sindicales puedan gestionar sus propuestas de manera viable. Dichas medidas se entienden como un conjunto de normas, que podrán presentarse al gobierno nacional para concertar su adopción.

De otra parte y haciendo referencia a las normas de la contratación estatal y del poder del Estado para otorgar concesiones y permisos a particulares, es evidente que el Estado, cada día más, acude a los particulares para cumplir sus fines y los contratistas tienen, en este contexto, una condición de colaboradores de las entidades contratantes, que proviene del propósito común con la administración pública de satisfacer una necesidad de índole comunitaria o social. Ambos participan en la función de prestar el servicio y de ejecutar la obra de interés general.

En el contexto internacional la Organización Mundial del Comercio (OMC); Las Naciones Unidas (ONU) en los Objetivos de Desarrollo Sostenible; Los Tratados de Libre Comercio (TLCs); y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), han expedido normativas para las contrataciones públicas, para que estas sean sostenibles y estén acorde a los principios del trabajo decente.

En concreto la OIT ha adoptado convenios como el 94 y su recomendación 84, a través de los cuales ha buscado regular y orientar la celebración de los contratos celebrados por el gobierno, para incidir en el mejoramiento de las condiciones de trabajo. Esas normas, son inspiradoras para la promoción del trabajo decente desde el sector público hacia el sector privado.

En el caso colombiano, la ley de contratación estatal define que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo cual abre un amplio margen de intervención para regular condiciones de trabajo decente en el escenario descrito.

Hoy en día Colombia cuenta con una regulación en materia de contratación estatal, además de lo cual, el Gobierno integró una comisión de expertos para preparar un nuevo proyecto de Ley sobre esta materia. Esto resulta particularmente relevante en el contexto de un amplio plan de infraestructura nacional, que se ejecuta en la actualidad.

Conscientes de que la economía colombiana pasa por un proceso de contracción y que la construcción del proceso de paz requiere de un flujo de recursos importante para

promover el trabajo decente, así como la dotación de servicios e infraestructura, se requiere buscar medidas de estímulo y fomento que no sean onerosas pero sí efectivas.

El desarrollo de las funciones del Gobierno, debe ser armónico con la promoción, tutela y garantía de los derechos humanos y es en ese marco que debieran orientarse también las propuestas del movimiento sindical para elevar la calidad de vida y construir la justicia social.

Siendo así, por medio del presente trabajo se busca analizar y evaluar la normatividad, jurisprudencia y realidad colombiana, con un contexto comparativo internacional, los precedentes de casos relevantes en regulación de trabajo en la contratación pública en América Latina (Mundial de fútbol de Brasil, Canal de Panamá y Chile Compra), recogiendo el sentir de las organizaciones sindicales del sector privado, todo con la finalidad de elaborar una propuesta que permita garantizar el derecho de asociación sindical y el derecho de negociación colectiva en el escenario de la contratación estatal colombiana.

2. Metodología y contenidos de la investigación

La finalidad del trabajo es lograr una propuesta que permita avanzar en el logro de condiciones laborales dignas, más específicamente, en la promoción del derecho de asociación sindical y de negociación colectiva entre los trabajadores de las empresas que contratan con el Estado, que hacen parte del sector privado de la economía.

Con la finalidad de lograr lo anterior, este material se ha construido con base en un examen de normatividad nacional e internacional, jurisprudencia relevante, análisis de expertos y acopio de aportes de organizaciones sindicales en un taller específico, y el contenido está organizado en nueve cuerpos conceptuales:

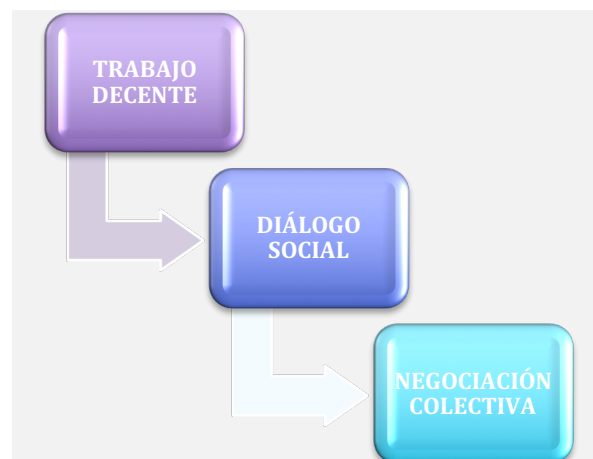
- El primer cuerpo conceptual (capítulo 3) presenta el análisis de consustancialidad existente entre el concepto de trabajo decente, los derechos de asociación y negociación colectiva; luego nos ocupamos en extenso de la normativa nacional e internacional relativa a estos derechos; seguidamente se analizan, en forma comparada los contextos de la negociación colectiva en cinco países.
- En un segundo cuerpo conceptual (capítulo 4) pasamos a hacer consideraciones puntuales sobre el estado de la negociación colectiva en Colombia, observando la manera en que el desarrollo normativo se relaciona con las dinámicas históricas de las empresas y las organizaciones sindicales.
- En el capítulo 5 se abordan las modalidades de contratación estatal en Colombia y su incidencia en el mundo laboral considerando la regulación de dicha contratación; asimismo se presenta su incidencia económica y cómo incide en el escenario empresarial nacional.
- El capítulo 6 documenta casos relevantes de regulación de la contratación estatal en América Latina y el Caribe.

- El capítulo 7 recoge los principales elementos del contexto internacional que demuestran la pertinencia de las cláusulas de trabajo decente en los contratos otorgados por el Estado al sector privado.
- En el capítulo 8 se reseñan casos representativos de países que han implementado procesos de regulación de las condiciones laborales en la contratación pública;
- El documento termina con unas propuestas para regular la garantía de los derechos de asociación sindical y negociación colectiva en el sector privado, relacionada puntualmente con el ámbito a que hace referencia este trabajo, mediante 6 propuestas concretas.

3. Normativa nacional e internacional sobre derecho de asociación sindical y de negociación colectiva

3.1. Consustancialidad entre trabajo decente, derecho de asociación sindical y negociación colectiva

Los conceptos de trabajo decente, diálogo social y negociación colectiva comparten su esencia en la medida que fueron propuestos por la OIT en un mismo contexto en el año de 1.999.



Sobre el concepto más genérico del trabajo decente tenemos que:

“El trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones

que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres.”¹

Al concretar los objetivos del trabajo decente la OIT ha ubicado entre los principales el de fortalecer el diálogo social y el tripartismo.

“El diálogo social entendido como todo proceso de negociación, consulta o simple intercambio de informaciones entre representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores sobre cuestiones de interés común relacionadas con la política social y económica (Ishilawa, 2003), es fundamental en toda sociedad, especialmente para lograr mayores niveles de gobernabilidad y cohesión. Evidentemente, su condición fundamental es el tripartismo y la posibilidad que los diferentes interlocutores sean capaces y estén dispuestos a entablar el diálogo de un modo responsable, con la fuerza y la flexibilidad necesarias para amoldarse a las circunstancias y oportunidades (OIT, 1999).”²

De otra parte al desarrollar el contenido y alcance de la negociación colectiva en el Volumen 119 de la Revista Internacional del Trabajo, los expertos Gernigon, Odero y Guido precisaron que:

“Las pautas en que debe enmarcarse la negociación colectiva para ser viable y eficaz parten del principio de independencia y autonomía de las partes y del carácter libre y voluntario de las negociaciones; abogan por la menor injerencia posible de las autoridades públicas en los acuerdos bipartitos y dan primacía a los empleadores y sus organizaciones y a las organizaciones sindicales en tanto que sujetos de la negociación. La OIT ha alentado también los acuerdos tripartitos nacionales, que guardan semejanza con los propios convenios que adoptan en su seno los representantes de trabajadores, empleadores y gobiernos.”³

Y en el mismo trabajo, para definir en forma precisa el concepto, apelan a Recomendación núm. 91, párrafo 2:

“La negociación colectiva se concibe en los instrumentos de la OIT como la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un acuerdo colectivo. El contrato o convenio colectivo se define así en la Recomendación núm. 91, párrafo 2: [...] todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados,

¹ <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>

² <http://dialogosocial.lim.ilo.org/wp-content/uploads/2012/02/SeparataTexto-Trabajo-Decente-final.pdf>

³ <http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/gernigon.pdf>

debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional (OIT, 1985, pág. 856).⁴

Con estos elementos, para efecto de acotar el contexto de nuestro trabajo, podemos concluir que no es posible hablar de trabajo decente sin acudir siempre a los conceptos de diálogo social y negociación colectiva.

3.2. Las normas internacionales del trabajo

A nivel internacional se han establecido diversos artículos que brindan protección a los derechos previamente mencionados. El insumo más claro es el bloque de Convenios y Recomendaciones de la OIT que se refieren en el siguiente cuadro.

INSTRUMENTOS OIT QUE CONCRETAN EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

8 Convenios:

- C87 y 98, (libertad sindical)
- C135 (representación en el lugar de trabajo),
- C141 (negociación de trabajadores rurales),
- C144 (consulta tripartita),
- C151 (relaciones laborales en el sector público),
- C154 (negociación colectiva)
- C158 (terminación de la relación de trabajo),

8 Recomendaciones:

- R91 (contratos colectivos),
- R92 (conciliación y arbitraje voluntarios),
- R94 (colaboración en el ámbito de la empresa),
- R113 (consulta por ramas de actividad económica y ámbito nacional),
- R129 (comunicaciones dentro de la empresa),
- R130 (examen de reclamaciones),
- R143 (representantes de trabajadores),
- R163 (negociación colectiva).

Por otra parte, cabe resaltar que cada uno de estos Convenios y Recomendaciones se ha desplegado a partir de los acuerdos logrados en el desarrollo de los derechos reconocidos a todos los seres humanos. Ejemplo de ello es la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece en su Artículo 20:

Artículo 20: Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice:

Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden

⁴ Idem

político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual fue ratificado por todos los países previamente estudiados, manda:

Artículo 22. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrito por todos los países latinoamericanos referidos, estableció:

Artículo 15. Derecho de Reunión: Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 16. Libertad de Asociación: 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

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

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Para agregar, la OIT, por medio de su C087 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) estableció:

Artículo 2: Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Artículo 11: Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.

Igualmente, dicha entidad, por medio del C098 - Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98) explicó que:

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.

Asimismo, en el C151 - Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151), la OIT determinó:

Artículo 3. A los efectos del presente Convenio, la expresión organización de empleados públicos designa a toda organización, cualquiera que sea su composición, que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los empleados públicos.

Artículo 4: 1. Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo. (...)

Artículo 9: Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones.

En el contexto colombiano, la Corte Constitucional, en la sentencia C-401/05, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza, hizo referencia a la incorporación de los convenios internacionales del trabajo dentro de la legislación nacional.

11. En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. La sentencia, que versó sobre el despido de

trabajadores sindicalizados de las Empresas Varias de Medellín que continuaron participando en un cese de labores - a pesar de que la asamblea permanente que habían convocado había sido declarada ilegal por el Ministerio del Trabajo - concedió el amparo impetrado. En la ratio decidendi de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(...)”

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

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

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

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

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

3.3. Adopción y cumplimiento eficaz de los Convenios de la OIT en América Latina y el Caribe

En cuanto a la eficacia de los Convenios de la OIT en el derecho interno de los países, puede afirmarse que: prácticamente la totalidad de los países de América Latina y el Caribe han ratificado los Convenios C87 y C98; la informalidad y tercerización limitan el derecho de negociación colectiva; las legislaciones locales reconocen el derecho de los trabajadores a organizarse sindicalmente y negociar colectivamente; hay reconocimiento con obstáculos y prácticas antisindicales; y por último, el desarrollo de la negociación colectiva todavía tiene mucho por avanzar.

En la siguiente tabla puede apreciarse la ratificación de algunos Convenios por parte de ciertos países Latinoamericanos.

	Chile	Colombia	Perú	México	Costa Rica	Brasil
C-87	X	X	X	X	X	
C-98	X	X	X		X	X
C-154		X				X
C-151	X	X	X			X
C-141			X	X	X	X
C-144	X	X	X	X	X	X
C-135	X				X	X
C-158						X

Específicamente en el campo de las relaciones laborales en el sector público existe una amplia adopción de las disposiciones internacionales (C-151), mientras en lo que respecta a las negociaciones colectivas muchos países siguen sin ratificarlas (C-154), como se evidencia a continuación.

PAIS	C154 / 1983	C-151 / 1981
COLOMBIA	Diciembre 2000	Diciembre 2000
PERU	-----	Octubre 1980
ARGENTINA	Enero 1993	Enero 1987
BRASIL	Julio 1992	Junio 2010
CHILE	-----	Julio 2000
CUBA	-----	Diciembre 1980
EL SALVADOR	-----	Septiembre 2006
URUGUAY	Junio 1989	Junio 1989

Nota: Aunque el Convenio C-151 entró en vigor en febrero de 1981, fue formulado en 1978, lo cual explica que Perú y Cuba pudieran ratificarlo muy tempranamente, en 1980.

Igualmente, en la siguiente tabla se observan las disparidades entre algunas naciones seleccionadas, en lo concerniente a los tipos y niveles de la negociación colectiva.

PAIS	TIPO Y NIVEL DE LA NEGOCIACION
COLOMBIA	Convenciones Colectivas, Pactos Colectivos y Contratos Sindicales. Acuerdos de empleados públicos - Negociación por empresa - Excepcionalmente de industria - Negociación nacional del SMVM
PERU	Convenciones colectivas, convenciones de rama - Si no hay acuerdo se negocia por empresa.
MEXICO	Negociación ordinaria, administrativa o conciliatoria – Contratos Ley - Contratos colectivos.
COSTA RICA	Convenios colectivos – No esta regulada la negociación por rama -
BRASIL	Predominio de la negociación por rama - Convenios Colectivos de Trabajo, con ámbito de actividad y Acuerdos Colectivos, con ámbito de empresa o grupo de empresas- arreglos salariales a nivel de empresa.
CHILE	Existe la negociación por rama pero si no hay acuerdo se negocia por empresa Convenios colectivos sin sindicato
ARGENTINA	Predominio de la negociación por rama -Convenios Colectivos de Trabajo, con ámbito de actividad y Acuerdos Colectivos, con ámbito de empresa o grupo de empresas – Negociación nacional del SMVM

Al comparar la regulación estatal en el ejercicio de dicho derecho se encuentra una mayor homogeneidad entre estos países, pues en términos generales todos ellos cuentan con procedimientos normalizados. No obstante lo cual, la forma específica en que interviene

el Estado en cada país presenta particularidades interesantes, como se presenta a continuación.

PAÍS	REGULACIÓN
COLOMBIA	Procedimientos regulados - Eventos de negociación tripartita – arbitraje obligatorio en servicios esenciales – Mero registro del convenio
PERU	Procedimientos regulados - Eventos de negociación tripartita - Se regulan plazos obligaciones y deberes -Mero registro del convenio
ARGENTINA	Procedimientos regulados - Eventos de negociación tripartita – se regulan plazos obligaciones y deberes – se requiere homologación del convenio
COSTA RICA	Procedimientos regulados - Eventos de negociación tripartita -Mero registro del convenio
BRASIL	Procedimientos regulados - Eventos de negociación tripartita -arbitraje obligatorio en servicios esenciales - Mero registro del convenio
MEXICO	Procedimientos regulados - Eventos de negociación tripartita – algunas convenciones convocadas por la la autoridad del trabajo - Mero registro del convenio
CHILE	Procedimientos regulados - Eventos de negociación tripartita – procedimiento reglado para contrato o convenio colectivo - Mero registro del convenio

A partir de todo lo anterior puede concluirse que:

- existe un déficit de cobertura por la débil estructuración de la formalización;
- la desagregación o tercerización laboral impacta el desarrollo de la negociación;
- hay altos niveles de regulación de los procedimientos y una baja expansión de la negociación por rama de actividad;
- falta ratificación de los convenios 154 y 151 OIT;
- existe una gran unilateralidad de la regulación laboral en el sector público;
- y, existe una fortaleza de las organizaciones de trabajadores del Estado, pero una falta de eficacia de los convenios colectivos en el sector privado.
-

A continuación se detallan las normativas de 5 países, como contexto que permite ubicar los desarrollos de Colombia frente a otros Estados que le sirven como referente.

3.4. Comparativo de normativa de asociación sindical y negociación colectiva con otros países de América Latina y España

En el ámbito internacional, la aplicación de las regulaciones normativas que garantizan los derechos de asociación sindical y negociación sindical ha devenido históricamente de forma paralela, pero no uniforme, en cada uno de los Estados Miembros. Los siguientes casos y su comparación con Colombia permite ver cómo las Constituciones nacionales y las leyes de las diferentes repúblicas han dialogado o no, con la ratificación de los Convenios de la OIT.

3.4.1. Chile

La Constitución Política de Chile de 1980 garantiza el derecho de asociación en su Artículo 19 No. 15, de la siguiente manera:

15o El derecho de asociarse sin permiso previo. Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley. Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. Prohíbanse las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado. (..)

Más adelante, en el numeral 19 del mismo Artículo, plasma el derecho a sindicarse:

19o El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas; (...)

La Ley 19069, que modifica el Artículo 212 del Código del Trabajo chileno establece en su Artículo 1:

Artículo 1°.- Reconócese a los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas.

Luego, continúa diciendo:

Artículo 3°.- Los menores no necesitarán autorización alguna para afiliarse a un sindicato, ni para intervenir en su administración y dirección.

La afiliación a un sindicato es voluntaria, personal e indelegable.

Nadie puede ser obligado a afiliarse a una organización sindical para desempeñar un empleo o desarrollar una actividad. Tampoco podrá impedirse su desafiliación.

Un trabajador no puede pertenecer a más de un sindicato, simultáneamente, en función de un mismo empleo. Las organizaciones sindicales no podrán pertenecer a más de una organización de grado superior de un mismo nivel.

En caso de contravención a las normas del inciso precedente, la afiliación posterior producirá la caducidad de cualquiera otra anterior y, si los actos de afiliación fueren simultáneos, o si no pudiere determinarse cuál es el último, todas ellas quedarán sin efecto.

Artículo 4°.- No se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical. Del mismo modo, se prohíbe impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.

Artículo 79.- Negociación colectiva es el procedimiento través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes.

La negociación colectiva que afecte a más de una empresa requerirá siempre acuerdo previo de las partes.

Debe tenerse en cuenta que, al igual que en Colombia, Chile ha ratificado el Convenio 087 de la OIT, el Convenio 098 de la OIT, y, el Convenio 151 de la OIT; no ocurre lo mismo con respecto al Convenio 154 de dicha entidad, el cual sí se encuentra incorporado dentro de la normatividad colombiana.

3.4.2. Argentina

La Constitución de Argentina, en su Artículo 14 bis establece los derechos objeto de estudio.

Art. 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga.

Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

Asimismo, la Ley 23.551 establece el derecho a la libertad sindical.

Artículo 1° - La libertad sindical será garantizada por todas las normas que se refieren a la organización y acción de las asociaciones sindicales.

Artículo 4° - Los trabajadores tienen los siguientes derechos sindicales:

- a) Constituir libremente y sin necesidad de autorización previa, asociaciones sindicales;*
- b) Afiliarse a las ya constituidas, no afiliarse o desafiliarse;*
- c) Reunirse y desarrollar actividades sindicales;*
- d) Peticionar ante las autoridades y los empleadores;*
- e) Participar en la vida interna de las asociaciones sindicales, elegir libremente a sus representantes, ser elegidos y postular candidatos.*

Diferentes leyes, tales como la Ley 14.250, la Ley 23.546, la Ley 24.467, la Ley 24.185, y, la Ley 23.929 regulan la negociación colectiva de este país, en aspectos como sus procedimientos, formalidades, contenido y demás.

Debe tenerse en cuenta que, al igual que en Colombia, Argentina ha ratificado el Convenio 087 de la OIT, el Convenio 098 de la OIT, el Convenio 151 de la OIT, y, el Convenio 154 de dicha entidad.

3.4.3. Perú

El derecho de asociación sindical y el derecho de negociación colectiva en Perú están consagrados en el Artículo 28 de su Constitución Política.

Artículo 28°.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La

convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

En la legislación laboral peruana se encuentra el Decreto Supremo 010-2003-TR, el cual consagra el derecho de asociación sindical y de negociación colectiva de la siguiente manera:

Artículo 2.- El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros.

Artículo 3.- La afiliación es libre y voluntaria. No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedírsele hacerlo.

Artículo 4.- El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que éstos constituyen.

Artículo 41.- Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores. Sólo estarán obligadas a negociar colectivamente las empresas que hubieren cumplido por lo menos un (1) año de funcionamiento.

Artículo 42.- La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.

Debe tenerse en cuenta que, al igual que en Colombia, Perú ha ratificado el Convenio 087 de la OIT, el Convenio 098 de la OIT, y, el Convenio 151 de la OIT; no ocurre lo mismo con respecto al Convenio 154 de dicha entidad, el cual sí se encuentra incorporado dentro de la normatividad colombiana.

3.4.4. Ecuador

La Constitución de Ecuador establece:

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

(...)

7. Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores.

8. El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección.

(...)

14. Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.

En el Código de Trabajo de Ecuador se evidencia una protección legal del derecho de asociación.

Art. 440.- Libertad de asociación.- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones.

Las asociaciones profesionales o sindicatos tienen derecho de constituirse en federaciones, confederaciones o cualesquiera otras agrupaciones sindicales, así como afiliarse o retirarse de las mismas o de las organizaciones internacionales de trabajadores o de empleadores.

Todo trabajador mayor de catorce años puede pertenecer a una asociación profesional o a un sindicato.

Las organizaciones de trabajadores no podrán ser suspendidas o disueltas, sino mediante procedimiento oral establecido en este Código. Si la suspensión o disolución fuere propuesta por los trabajadores éstos deberán acreditar su personería.

Cuando un empleador o empresa tuviere varias agencias o sucursales en diferentes provincias, los trabajadores en cada una de ellas pueden

constituir sindicato o asociación profesional. Los requisitos de número y los demás que exija la ley se establecerán en relación con cada una de tales agencias o sucursales.

Art. 441.- Protección del Estado.- Las asociaciones de trabajadores de toda clase están bajo la protección del Estado, siempre que persigan cualquiera de los siguientes fines:

- 1. La capacitación profesional;*
- 2. La cultura y educación de carácter general o aplicado a la correspondiente rama del trabajo;*
- 3. El apoyo mutuo mediante la formación de cooperativas o cajas de ahorro; y,*
- 4. Los demás que entrañen el mejoramiento económico o social de los trabajadores y la defensa de los intereses de su clase.*

Igualmente, el Código Penal de dicho país sanciona la obstrucción de los derechos bajo estudio.

Art. 210- Será reprimido con prisión de un mes a un año el que ejerciere violencia sobre otro, o le amenazare para obligarle a tomar parte en una huelga o boicot. LA misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleador que, por si o por cuenta de alguien, suspendiere en todo o en parte el trabajo en sus establecimientos, agencias o escritorios, con el fin de imponer a sus dependientes modificaciones en los pactos establecidos; y los que por solidaridad, hicieren lo propio en otros establecimientos.

Art. 211.- La misma pena se aplicará al patrón, empresario o empleador que, por si o por cuenta de alguien ejerciere coacción para obligar a otro a intervenir en alguno de los actos determinados en la segunda parte del artículo anterior, o para abandonar, o ingresar a una sociedad obrera determinada.

Debe tenerse en cuenta que, al igual que en Colombia, Ecuador ha ratificado el Convenio 087 de la OIT y el Convenio 098 de la OIT; no ocurre lo mismo con respecto al Convenio 151 de la OIT y con respecto al Convenio 154 de dicha entidad, los cuales sí se encuentran incorporados dentro de la normatividad colombiana.

3.4.5. España

La Constitución española protege los derechos bajo estudio de la siguiente manera.

Artículo 7

Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad

son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Artículo 21

- 1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.*
- 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.*

Artículo 22

- 1. Se reconoce el derecho de asociación.*
- 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales.*
- 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.*
- 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.*
- 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.*

Artículo 37

- 1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.*
- 2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.*

Adicionalmente, la Ley 8 de 1980, Estatuto de los Trabajadores (ET), plasma:

Artículo 4. Derechos laborales

1 Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de:

- a) Trabajo y libre elección de profesión u oficio.*
 - b) Libre sindicación.*
 - c) Negociación colectiva.*
 - d) Adopción de medidas de conflicto colectivo.*
 - e) Huelga.*
 - f) Reunión.*
- (...)*

Artículo 82. Concepto y eficacia. 1. Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del

acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva.

2. Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.

3. Los Convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Además, debe tenerse en cuenta que, al igual que en Colombia, España ratificó el Convenio 087 de la OIT, el Convenio 098 de la OIT, el Convenio 151 de la OIT, y, el Convenio 154 de dicha entidad, al igual que Colombia y Argentina.

3.5. Regulación y jurisprudencia nacional colombiana sobre el derecho de asociación sindical

Una vez vistos los casos de 5 países, en el presente acápite y el siguiente se analizan en detalle los contenidos normativos vigentes en Colombia, en relación con el derecho a la asociación sindical y la negociación colectiva. Como introducción a este tema en el contexto nacional, es importante señalar la pertinencia de continuar identificar, adoptar y fortalecer medidas eficaces de fomento y estímulo al ejercicio de estos derechos, pues Colombia evidencia una tasa de cobertura del sindicalismo y de la negociación colectiva muy baja en el contexto regional como se muestra en el cuadro a continuación.

PAIS	TASA DE SIND.
Argentina	32%
Bolivia	27%
Canadá	27%
Uruguay	25%
Brasil	18%
Venezuela	13%
Panamá	13%
Chile	12%
Rep. Dominicana	11%
Nicaragua	12%
Paraguay	10%
Costa Rica	9%
Honduras	8%
El Salvador	7%
Colombia	7%
Perú	6%
Ecuador	2%
Guatemala	2%

Dentro de la normativa nacional colombiana, los postulados del Derecho Laboral Colectivo obedecen a la consagración expresa de 4 derechos considerados como fundamentales y de rango constitucional para el ordenamiento jurídico. Se trata, en términos generales, de: (i) derecho de reunión; (ii) derecho de libre asociación; (iii) derecho de asociación sindical; y, (iv) derecho de negociación colectiva.

Derecho de reunión: El primero de ellos, es decir el derecho de reunión, se encuentra consagrado en el Artículo 37 de la Constitución Política de Colombia, el cual reza: “ARTICULO 37. Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho.” Por medio de este, todos los ciudadanos gozan de la facultad para aglomerarse en un sitio determinado, buscando la consecución de un fin determinado, estando únicamente limitados por ciertas restricciones legales.

En concordancia con lo anterior, la Ley 1453 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”, demuestra, en dos de sus Artículos (26 y 44), la protección que brinda el Estado al derecho bajo estudio, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 26. Modifíquese el artículo 200 de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así:

Artículo 200. Violación de los derechos de reunión y asociación. El que impida o perturbe una reunión lícita o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o tome represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas, incurrirá en pena de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa.

La pena de prisión será de tres (3) a cinco (5) años y multa de trescientos (300) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes si la conducta descrita en el inciso primero se cometiere:

Colocando al empleado en situación de indefensión o que ponga en peligro su integridad personal.

2. La conducta se cometa en persona discapacitada, que padezca enfermedad grave o sobre mujer embarazada.

3. Mediante la amenaza de causar la muerte, lesiones personales, daño en bien ajeno o al trabajador o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.

4. Mediante engaño sobre el trabajador.

ARTÍCULO 44. La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo del siguiente tenor:

Artículo 353A. Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público. El que por medios ilícitos incite, dirija, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho meses (48) y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

PARÁGRAFO. Se excluyen del presente artículo las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Política.

Por su parte, la Corte Constitucional ha desarrollado este derecho en sentencias como la C-024/94, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

El derecho de reunión ha sido concebido como una libertad pública fundamental pues constituye una manifestación colectiva de la libertad de expresión y un medio para ejercer los derechos políticos. Esta libertad es la base de la acción política en las campañas electorales y también de los movimientos cívicos u otras manifestaciones legítimas de apoyo y protesta.

En la Asamblea Nacional Constituyente se afirmó lo siguiente sobre el derecho de reunión:

Con el criterio de extender el ámbito de las libertades, la Comisión Primera de la Constituyente le dio un contenido menos restrictivo al derecho de reunión, que es fundamental en la vida política y social del País. Al decir la norma que "toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente", se evita consagrar en la propia carta, las restricciones de policía que las prescriben. El ejercicio de los derechos debe tener consagración tan nítida en la Carta Política, que antes de las talanqueras u obstáculos para el ejercicio aparezca la expresión nítida de su contenido.

Lo anterior explica que La Constitución haya establecido entonces la reserva legal en materia de derecho de reunión, por lo cual sólo mediante norma legal -y en ningún caso mediante reglamento administrativo- se podrá limitar el ejercicio del derecho de reunión. (...)

Derecho genérico de libre asociación: El segundo derecho a estudiar es el referente a la libre asociación, consagrado en el Artículo 38 Superior. Éste permite que las personas se reúnan con la finalidad de conseguir un fin lícito y determinado, por medio de actividades permanentes. Dicha norma reza: "ARTICULO 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad."

La Corte Constitucional, en la sentencia C-606/92, M.P. Ciro Angarita Barón explicó:

En efecto, el derecho de asociación, entendido como el ejercicio libre y voluntario de los ciudadanos encaminado a fundar o integrar formalmente agrupaciones permanentes con propósitos concretos, incluye también un aspecto negativo: que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada. Si no fuere así, no podría hablarse del derecho de asociación en un sentido constitucional, pues es claro que se trata de

un derecho de libertad, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad.

Más adelante, en la sentencia C- C-229/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil se dijo:

En efecto, la Constitución establece que "[s]e garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad". Por lo tanto, la libertad de asociación no sólo comprende la potestad abstracta de asociarse, sino que protege el desarrollo colectivo de aquellas actividades que las personas realizan en sociedad. En esa medida, la libertad de asociación garantiza que el Estado no imponga condiciones que restrinjan indebidamente, o que impidan en la práctica que los sujetos desarrollen colectivamente sus actividades. (...)

Igualmente, La Corte en la sentencia C-354/09, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo dijo:

4. Alcance del derecho de asociación

De acuerdo con el artículo 38 de la Constitución Política, se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. Ha dicho la Corte que esa disposición protege la posibilidad que tienen las personas de concertar su unión, con carácter de vínculo jurídico reconocido por el Estado, con miras al logro de algún objetivo común permitido por el ordenamiento.

La jurisprudencia constitucional ha resaltado que el derecho de asociación "... contiene en sí mismo dos aspectos complementarios: uno positivo, -el derecho a asociarse-, y otro negativo, -el derecho a no ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada-, los cuales son elementos del cuadro básico de la libertad constitucional y garantizan en consecuencia el respeto por la autonomía de las personas."

Adicionalmente, se ha señalado por la Corte que en la Constitución están previstos los alcances y las prerrogativas de diversos tipos de asociaciones, como, por ejemplo, los sindicatos de trabajadores y de empleadores, los colegios profesionales, las asociaciones que figuran dentro de los mecanismos de participación, los partidos y movimientos políticos, o las iglesias, y que, independientemente de la existencia de normatividad específica respecto de esas diversas formas asociativas, "... el derecho a la libre asociación es una garantía de expresión que las cobija a todas ellas y en consecuencia, su dimensión y alcance deberá ser respetado en cada una de las asociaciones que se consoliden, no sólo por ser éste un derecho constitucional en sí mismo considerado, sino por ser una expresión de la autonomía y del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos."

En ese contexto, la Corte ha puesto de presente que “... más allá de la facultad que, en ejercicio de la libertad de asociación, cada cual tiene para asociarse o para no hacerlo, esta garantía constitucional comprende también la posibilidad de escoger el tipo de asociación al cual se quiere pertenecer. Así, la libertad referida se ejerce específicamente en relación con cierta clase de asociaciones, que se configuran bajo determinado régimen jurídico, y que persiguen sus fines de una manera particular al amparo de tal régimen. La escogencia de la forma que reviste la estructura asociativa, es un constitutivo de la libertad correspondiente.”[14] Para la Corte, entonces, la libertad de asociación comprende la posibilidad de elegir cualquiera de las formas asociativas que contempla la propia Constitución, garantía que se extiende también a aquellas que son de rango legal, entre ellas, las distintas clases de corporaciones o asociaciones y, dentro de éstas, de sociedades.

Derecho específico de asociación sindical: Continuando con este orden de ideas, el siguiente derecho vinculado al tema objeto de estudio es el derecho de asociación sindical, establecido en el Artículo 39 de nuestra Carta Magna y derivado del Convenio 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT).

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

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

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

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

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

Se encuentra en cabeza de dos grupos de personas: (a) las organizaciones de trabajadores, sindicatos; y, (b) las organizaciones de empleadores, asociaciones profesionales o gremios. Por medio de este derecho se busca que las personas puedan constituir asociaciones o sindicatos sin que el Estado intervenga, es decir, sin requerir su aprobación, dotándolas de personalidad jurídica tras la reunión y firma de la respectiva acta de fundación. Debe tenerse en cuenta que el derecho de asociación sindical también garantiza una protección laboral reforzada, o fueros, la facultad de negociación colectiva y ciertas prerrogativas que pueden ser acordadas entre los miembros del sindicato y los correspondientes empleadores. Cabe aclarar que la legislación nacional restringe este

derecho para los miembros de la Fuerza Pública, prohibiéndoles conformar sindicatos.

Por su parte, la Constitución, en el Artículo 93 plantea lo siguiente:

ARTICULO 93. 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.

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

Concordancias

<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

En concordancia con lo anterior, el Artículo 5 de la Ley 1309 de 2009, “Por la cual se modifica la Ley 599 de 2000 relativa a las conductas punibles que atentan contra los bienes jurídicamente protegidos de los miembros de una organización sindical” establece:

ARTÍCULO 5o. Modifíquese el artículo 200 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

“Artículo 200. Violación de los derechos de reunión y asociación. El que impida o perturbe una reunión lícita o el ejercicio de los derechos que conceden las leyes laborales o tome represalias con motivo de huelga, reunión o asociación legítimas, incurrirá en multa de cien (100) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes o arresto”.

También debe tenerse presente la Ley 411 de 1997, “Por medio de la cual se aprueba el “Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”, adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1978.”

El Código Sustantivo del Trabajo también consagra este derecho:

“ARTICULO 358. LIBERTAD DE AFILIACION. Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente: Los sindicatos son organizaciones de libre ingreso y retiro de los trabajadores. En los estatutos se reglamentará la coparticipación en instituciones de beneficio mutuo que hubiere establecido el sindicato con aportes de sus miembros.”

Por otra parte, jurisprudencialmente, la Corte Constitucional, en la sentencia C-385/00, M.P: Antonio Barrero Carbonell, se refirió a este derecho de la siguiente forma.

2.1. El art. 39 de la Constitución consagra el derecho fundamental de asociación sindical de los trabajadores, el cual constituye una modalidad del derecho de libre asociación, dado que aquél consiste en la libre voluntad o disposición de los trabajadores para constituir formalmente organizaciones permanentes que los identifiquen y los una, en defensa de los intereses comunes de la respectiva profesión u oficio, sin autorización previa o la injerencia o intervención del Estado, o de los empleadores.

En la sentencia T-441/92 la Corte expresó, sobre el derecho de asociación sindical, lo siguiente:

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

"La Asociación Sindical tiene un carácter voluntario, ya que su ejercicio descansa en una autodeterminación de la persona de vincularse con otros individuos y que perdura durante esa asociación".

"Tiene también un carácter relacional o sea que se forma de una doble dimensión. Ya que de un lado aparece como un derecho subjetivo de carácter individual y por el otro se ejerce necesariamente en tanto haya otros ciudadanos que estén dispuestos a ejercitar el mismo derecho y una vez se dé el acuerdo de voluntades se forma una persona colectiva".

"Tiene así mismo un carácter instrumental ya que se crea sobre la base de un vínculo jurídico, necesario para la consecución de unos fines que las personas van a desarrollar en el ámbito de la formación social".

En el derecho de asociación sindical subyace la idea básica de la libertad sindical que amplifica dicho derecho, como facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda restricción, intromisión o intervención del Estado que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento. Ello implica, la facultad que poseen las referidas organizaciones para autoconformarse y autoregularse conforme a las reglas de organización interna que libremente acuerden sus integrantes, con la limitación que impone el inciso 2 del art. 39, según el cual la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos se sujetan al orden legal y a los principios democráticos.

La Corte en la sentencia T-173/95 aludió a los principios democráticos que deben regir tanto la organización como el funcionamiento de los sindicatos, en los siguientes términos:

"Es por esta razón por la que el ordenamiento jurídico no puede ser indiferente frente a las condiciones de funcionamiento de organizaciones de esa naturaleza, mucho más cuando está fundado en valores de participación y pluralismo (artículo 1 de la Carta). Así lo quiso el constituyente de 1991 al ordenar en el segundo inciso del artículo 39, la sujeción de los sindicatos "al orden legal y a los principios democráticos" (subrayado de la Sala). En el ejercicio de su fuero interno, un sindicato puede establecer las condiciones de funcionamiento que estime pertinentes, siempre que ellas sean compatible con los principios rectores de una sociedad democrática".

"2.3. Libertades de asociación sindical positiva y negativa.

No corresponde a la Sala establecer de manera exhaustiva los principios democráticos a los cuales debe sujetarse todo sindicato. Teniendo en cuenta los casos sub-examine, dos rasgos fundamentales de la sociedad democrática delineada en la Constitución de 1991 deben ser resaltados: su carácter participativo y su vocación igualitaria. Ambos aparecen incluidos en el Preámbulo mismo de la Carta, y su espíritu permea todo su texto (v.gr. artículos 1, 2, 13, 103 y Bs.)".

"En el seno de una democracia participativa, el papel decisorio de los individuos es ejercido no sólo en los espacios políticos tradicionales (v.gr. elecciones parlamentarias o presidenciales), sino también en contextos más reducidos y más cercanos a las actividades diarias de las personas (empresas, sindicatos, universidades, etc.). Esta tendencia -denominada por la teoría política "uso extensivo de la democracia"[3] , presente en mandatos constitucionales como los de los artículos 45 y 68, que buscan asegurar la participación de los jóvenes y la comunidad educativa en las decisiones que les incumben, respectivamente, unida al uso intensivo de mecanismos políticos

tradicionales (of. Capítulo 1 del Título IV de la C.P.), constituye el núcleo de la filosofía participativa de nuestro Estatuto Superior".

"La participación de todas las personas interesadas en el resultado de un proceso de toma de decisiones, es tal vez el más importante de los "principios democráticos" a que se refiere el artículo 39 de nuestra Constitución. Siendo el sindicato el foro de discusión y decisión por excelencia de asuntos determinantes para el desarrollo de las relaciones entre empleador y empleados, forzoso es concluir que el respeto a la posibilidad de participar en él es un límite del fuero interno otorgado por el ordenamiento Jurídico a los sindicatos".

La Corte estima necesario precisar que el derecho de asociación sindical, debe necesariamente considerarse integrado a la concepción democrática del Estado Social de Derecho, pluralista, participativo, fundado en el respeto de la dignidad y de la solidaridad humanas, que reconoce y protege unas libertades básicas, si se repara que la libertad de asociarse en sindicatos no es otra cosa que la proyección de un conjunto de libertades fundamentales del hombre, como las de expresión y difusión del pensamiento y opiniones e información, y de reunión, las cuales conducen a afirmar el derecho de participación en la toma de decisiones relativas a los intereses comunes de los asociados, que constituye el punto de partida para la participación política. (...)

Más adelante, esta misma Corporación en la sentencia C-797/00, M.P. Antonio Barrero Carbonell explicó que:

Considera la Corte, en consecuencia, que la libertad sindical comporta:
i) el derecho de todos los trabajadores, sin discriminación ni distinción alguna, para agruparse a través de la constitución de organizaciones permanentes que los identifican como grupos con intereses comunes, y cuya defensa propugnan. Este derecho implica la libertad tanto para afiliarse como para retirarse de dichas organizaciones; ii) la facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado; iii) el poder de las organizaciones de trabajadores de determinar: el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos que atañen con su estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al darse sus propios estatutos o reformarlos, salvo las limitaciones que válidamente pueda imponer el legislador conforme al inciso 2 del art. 39; iv) La facultad de las asociaciones sindicales para formular las reglas relativas a la organización de su administración, así como las políticas, planes y

programas de acción que mejor convengan a sus intereses, con la señalada limitación; v) la garantía de que las organizaciones de trabajadores no están sujetas a que la cancelación o la suspensión de la personería jurídica sea ordenada por la autoridad administrativa, sino por vía judicial; vi) el derecho de las organizaciones sindicales para constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones nacionales e internacionales; vii) la inhibición, para las autoridades públicas, incluyendo al legislador, de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar el disfrute del derecho a la libertad sindical.

La Corte, en la sentencia C-201/02, M.P. Jaime Araujo Rentería, trae a colación una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para desarrollar el derecho objeto de estudio.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido lo siguiente:

"156. La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito si presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.

157. El Preámbulo de la Constitución de la OIT incluye el "reconocimiento del principio de libertad sindical" como requisito indispensable para "la paz y armonía universales".

158. Esta Corte considera que la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el corpus juris de los derechos humanos.

159. La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse (...)"[3] Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Citada por: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional" Volumen II. Bogotá, 2001, Pg. 24.

Además, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1119/05, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, refirió a la protección que debe brindarse al derecho de asociación sindical.

El derecho de asociación sindical que se traduce en la posibilidad de que tanto trabajadores como empleadores se asocien en defensa de sus intereses, conlleva de suyo su protección. Significa lo anterior, que no es suficiente la consagración de un derecho por parte del Estado, sino que resulta necesario rodearlo de todas las garantías que permitan su correcto ejercicio. Es precisamente lo que el artículo 39 de la Ley Fundamental establece respecto del derecho a constituir sindicatos, al reconocer a los representantes sindicales la garantía del fuero sindical.

3.6. Regulación y jurisprudencia nacional colombiana sobre negociación colectiva

Derecho de negociación colectiva. El derecho de negociación colectiva, de acuerdo con el Artículo 55 de la Constitución Colombiana, hace referencia a la facultad que tienen los trabajadores sindicalizados para negociar con sus empleadores, buscando soluciones pacíficas a los conflictos de trabajo de naturaleza colectiva y económica que puedan surgir.

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

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

Para agregar, el Artículo 5 de la Ley 524 de 1999, "Por medio de la cual se aprueba el "Convenio Número Ciento Cincuenta y Cuatro (154) sobre el Fomento de la Negociación Colectiva", adoptado en la Sexagésima Séptima (67) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, con fecha diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y uno (1981)." Establece:

ARTÍCULO 5o.

1. Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.

2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que:

a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio;

b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio;

c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores;

d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas;

e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.

Asimismo, el Código Sustantivo del Trabajo, en su Artículo 373, establece entre las facultades y funciones de los sindicatos la siguiente:

ARTICULO 373. FUNCIONES EN GENERAL. Son funciones principales de todos los sindicatos:

(...)

3). Celebrar convenciones colectivas y contratos sindicales; garantizar su cumplimiento por parte de sus afiliados y ejercer los derechos y acciones que de ellos nazcan.

Para agregar, la OIT, por medio de C154 - Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154) protegió el derecho bajo estudio.

Artículo 2: A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

(a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o

(b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o

(c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Artículo 5: 1. Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.

2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que:

- (a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio;
- (b) La negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio;
- (c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores;
- (d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas;
- (e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.

Para explicar la relación entre el derecho de asociación sindical y el derecho a la negociación colectiva, la Corte Constitucional, en la sentencia C-013/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz dijo:

El quebrantamiento del canon constitucional que consagra el derecho a la negociación colectiva lleva ineludiblemente a la infracción de la norma que protege el derecho a la asociación sindical (art. 39 C.P.) por tratarse de dos derechos ligados entre sí, ya que la negociación colectiva es consecuencia de la existencia de sindicatos que adelanten la negociación por parte de los trabajadores. Por esta misma razón fueron desconocidos los Convenios N° 87 y 98 de la OIT, el primero dedicado a la defensa de la libertad sindical y la protección del derecho a la sindicalización y el segundo a la aplicación de los principios de sindicalización y negociación, lo que de contera equivale a desconocer lo presunto en el artículo 53 de la C.P. que incorpora a la legislación interna "Los convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados".

La Corte Constitucional, en la C-063/08, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se refirió a este derecho de la siguiente manera:

El alcance del derecho de negociación colectiva, lo ha señalado esta Corporación con base en lo dispuesto en el artículo 2° del Convenio 154 de la OIT, en el cual se hace referencia a la negociación colectiva como un concepto genérico que alude a las negociaciones que tengan lugar entre un empleador, grupo de empleadores u organización de empleadores con una o varias organizaciones de trabajadores, con el propósito de fijar las condiciones que habrán de regir el trabajo y el empleo, o con el fin de regular las relaciones entre empleadores y trabajadores a través de las diferentes organizaciones de unos y otros.

La Corte ha precisado que el derecho de negociación colectiva no se limita a la presentación de los pliegos de peticiones y a las

convenciones colectivas, sino que incluye todas las formas de negociación que se den entre trabajadores y empleadores y que tengan el fin de regular las condiciones del trabajo mediante la concertación voluntaria, la defensa de los intereses comunes entre las partes involucradas en el conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de unos y otros sean oídos y atendidos, así como la consolidación de la justicia social en las relaciones que se den entre los empleadores y los trabajadores.

Ahora bien. Son estrechas las relaciones entre los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva, pues como ya lo ha considerado la Corte, el derecho de negociación colectiva es consustancial al derecho de asociación sindical, en cuanto le permite a la organización sindical cumplir la misión que le es propia de representar y defender los intereses económicos comunes de sus afiliados y hacer posible, real y efectivo el derecho de igualdad, si se tiene en cuenta que dicha organización, por su peso específico, queda colocada en un plano de igualdad frente al patrono.

Además, si bien existe una clara relación entre los citados derechos, de todas maneras cada uno es distinguible del otro en cuanto que el derecho de asociación sindical persigue asegurar la libertad sindical, mientras que el de negociación colectiva se constituye en un mecanismo para regular las relaciones labores. (...)

En cuanto a las fuentes internacionales provenientes de la OIT, cabe resaltar en esta oportunidad, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (num. 87) y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (num. 98). Sobre estos dos convenios, la Corte ha considerado que forman parte del bloque de constitucionalidad en cuanto se refieren a derechos humanos fundamentales en el trabajo como la libertad sindical y la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva.

De conformidad con lo previsto en los arts. 2º y 3º del Convenio 87, los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Y, las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Por su parte el Convenio 98 de la OIT, art.4º, se dispone que, se deben adoptar 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 la otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. En efecto, a fin de fomentar la negociación colectiva este convenio hace hincapié en la autonomía de las partes y en el carácter voluntario de las negociaciones.

En relación con el derecho de negociación colectiva, cabe mencionar el Convenio num. 154 de la OIT, sobre el fomento de la misma de manera libre y voluntaria. Al respecto de este Convenio, la Corte ha considerado que no cabe duda que hace parte de la legislación interna, tanto a la luz del artículo 53 constitucional, como por haber sido aprobado por medio de la Ley 524 de 1999, (...)

4. El alcance del derecho de negociación colectiva en el convenio 154 de la OIT, sobre el fomento de la negociación colectiva.

El convenio 154 de la OIT, fue aprobado mediante la Ley 524 de 1999. Mediante sentencia C-161 de 2000, la corte realizó el control de constitucionalidad tanto de la ley como del tratado, y los declaró exequibles.

Esta corporación en sentencia C-280 de 2007, aludió a los alcances que la sentencia C-161 de 2000 le dio al convenio 154, de la siguiente manera,

“El artículo primero del Convenio establece una regla de amplio alcance sobre su ámbito de aplicación pues señala que éste cubre todas las ramas de actividad económica, concepto extenso que abarca tanto al sector público como el privado de la economía, sin hacer distinciones entre trabajo rural y urbano ni tampoco en relación con el tamaño de las unidades de producción. Cuando examinó este precepto la Corte Constitucional sostuvo que la legislación interna colombiana podría delimitar el alcance de la referencia a todas las ramas de la actividad económica, y que en todo caso esta expresión era “más amplia que la definición de empresa, pues esta última es tan solo una modalidad de aquella, por lo cual no la agota”. (...)

En la misma dirección, el tercer inciso del mismo artículo prevé que la legislación interna podrá fijar modalidades particulares de negociación para la administración pública, tema que por otra parte ha sido tratado de manera extensa por la Corte Constitucional especialmente en cuanto al alcance de este derecho respecto de los empleados públicos.

En esa medida el derecho de negociación colectiva de los empleados de las entidades públicas puede estar sujeto a especiales restricciones de índole legal, las cuales encuentran justificación precisamente en las

particularidades de la vinculación legal, reglamentaria o contractual de los servidores públicos con la administración, por una parte, y adicionalmente a los peculiares intereses que tutela y satisface el Estado.

Por último, el derecho de negociación colectiva implica las negociaciones entre un empleador, grupo de empleadores u organización de empleadores con una o varias organizaciones de trabajadores. Su propósito es fijar las condiciones que habrán de regir el trabajo y el empleo, o regular relaciones entre empleadores y trabajadores a través de las diferentes organizaciones de unos y otros. Asimismo, este derecho se concreta en la presentación de los pliegos de peticiones, en la celebración de convenciones y pactos colectivos y, en otras formas que tengan el fin de regular las condiciones del trabajo mediante la concertación voluntaria (contratos sindicales).

La importancia de este derecho radica en diferentes puntos. Por un lado, en lo referente a la democracia, la negociación colectiva promueve el respeto de la libertad sindical y la negociación colectiva, como **condiciones para la realización** de la democracia en el lugar de trabajo y en la sociedad; y adicionalmente, la capacidad de los sindicatos para negociar colectivamente representa una herramienta para lograr desarrollo económico y estabilidad en las sociedades. Por otro lado, genera efectos positivos tales como la **ampliación de los escenarios** democráticos de participación y la reducción de las desigualdades y la protección de los trabajadores del abuso del poder económico.

4. Estado de la negociación colectiva en Colombia

A partir de la información referida en los capítulos anteriores, puede argumentarse que Colombia cuenta con un marco legal relativamente completo para la garantía del derecho a la negociación colectiva en el sector privado. Sin embargo, el contexto social, político y económico del país presenta una complejidad que incide de manera directa sobre las posibilidades reales del ejercicio de dicho derecho.

A continuación se retoma un resumen del marco normativo, para continuar con el análisis del contexto nacional y los avances alcanzados en la materia.

Los postulados del Derecho Laboral Colectivo en Colombia obedecen a la consagración expresa de 5 derechos fundamentales y de rango constitucional:

- Derecho de reunión
- Derecho de libre asociación
- Derecho de asociación sindical
- Derecho de negociación colectiva
- Derecho de huelga

Estos postulados se despliegan a través de un conjunto de Sentencias de la Corte Constitucional que se sintetizan en el siguiente cuadro:

Sentencias de la Corte Constitucional	Contenido
C-024/94	Establece el derecho de reunión como una libertad pública fundamental, materializador del derecho de expresión y del ejercicio de derechos políticos
C-606/92, C- 229/03 y C-354/09	Se refieren al derecho de asociación como un ejercicio voluntario encaminado a formar agrupaciones con fines concretos
C-401/05, C-385/00, C-797/00, C-1119/05 y C-593/93	Desarrollan el derecho de asociación sindical como la posibilidad de los trabajadores de formar organizaciones para promover intereses comunes
C-013/93 y C-063/08	Definen el derecho a la negociación colectiva como un concepto genérico referido a las negociaciones entre trabajadores y empleadores con la finalidad de fijar condiciones que rijan dichas relaciones

En la realidad de las relaciones laborales en el sector privado del país, la aplicación de estos postulados se enfrenta a seis grandes elementos que se analizan a continuación.

4.1. Limitaciones de la negociación colectiva en el contexto nacional

4.1.1. Formalización laboral

Existe una relación causal entre la informalidad en las relaciones laborales y la debilidad en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Teniendo en cuenta que los trabajadores sin contrato de trabajo no pueden fundar sindicatos y por tanto están impedidos para negociar y suscribir convenciones colectivas, este fenómeno representa una limitante estructural para avanzar en la garantía eficaz de estos derechos. En este sentido, la persistencia de relaciones laborales en el país que no son reconocidas como tales, conduce a la necesidad de considerar seriamente la siguiente ecuación: a menor formalidad en la contratación corresponden escenarios de inexistencia de negociación colectiva.

4.1.2. Tercerización laboral ilegal

Aunque la tercerización no está prohibida en los escenarios laborales, el ejercicio de la misma por parte de los empleadores con el fin de violar normas de carácter laboral y específicamente impedir la fundación y desarrollo de organizaciones sindicales hace que el ejercicio del derecho de negociación colectiva en muchos casos sea limitado o extinguido.

4.1.3. Paralelismo sindical

En Colombia existe un escenario de proliferación de organizaciones sindicales muy débiles, con pocos miembros y sin capacidad de negociación debido al abuso del derecho de asociación. Este fenómeno se relaciona con la forma en que se ha ejercido la plena libertad de fundar sindicatos sin límite en cada empresa, como un mal uso del derecho de asociación para intereses de carácter individual y no colectivo, que se explica especialmente por el uso de los permisos sindicales y los fueros de estabilidad que se desprenden de la fundación y de la calidad de directivo sindical.

Ante la proliferación de sindicatos sindicales se genera un escenario de procesos paralelos de organización y negociación, que debilita la unidad de los trabajadores y por tanto la capacidad de posicionar eficazmente sus pliegos de peticiones, y por tanto incidiendo en que se vaya deslegitimando el uso del derecho de asociación sindical.

4.1.4. Falta del sindicalismo por rama de actividad económica

En Colombia no ha sido posible adoptar el sistema de negociación colectiva por rama de actividad económica o de industria y, por el contrario, prevalece la negociación por empresa. Esto no permite avanzar en el establecimiento de estándares laborales en sectores económicos, industrias o zonas geográficas del país, además de debilitar la unidad de los trabajadores.

En este sentido se impone la necesidad de adoptar en Colombia este sistema de negociación, que en otros países ha demostrado ser un instrumento importante para el fortalecimiento de los sindicatos, la estabilidad de las empresas, el mejoramiento de la competencia entre las mismas, y el equilibrio económico entre regiones e industrias.

4.1.5. Los pactos colectivos

En Colombia existen los pactos colectivos de trabajo, como una herramienta regulada por la normatividad que habilita a los empleadores para suscribir convenios con los trabajadores en forma individual, sin necesidad de estar afiliados o mediar con un sindicato. Esta figura ha permitido que se marchiten las convenciones colectivas, ofreciendo a los trabajadores en forma individual mejores condiciones que las acordadas con la organización sindical. Por tanto se impone la necesidad de hacer efectivas las medidas regulativas y de IVC para limitar los abusos en el uso de la figura de los pactos colectivos.

4.1.6. Los contratos sindicales

Los contratos sindicales son un instrumento que permite a las organizaciones sindicales contratar la prestación de servicios del empleador, con la mano de obra o actividad de sus afiliados. El empleador y el sindicato pactan el contrato sindical, el empleador paga los servicios al sindicato y éste a su vez paga la remuneración por el servicio prestado a los afiliados.

En Colombia se ha venido presentando un abuso de esta figura para tercerizar labores misionales permanentes de las empresas, bajar los estándares de remuneración y condiciones laborales, y especialmente para sustituir a las cooperativas de trabajo asociado que en la década pasada fueron el instrumento principal para la tercerización laboral y hoy están limitadas por la legislación y la jurisprudencia.

4.2. Avances en la garantía del derecho a la asociación sindical y la negociación colectiva en el país

En la presente década, el país ha venido integrando una serie de normas que reconocen e intentan encauzar la compleja realidad de las relaciones laborales, para promover la negociación colectiva y otros derechos consustanciales.

Si bien los alcances de estos esfuerzos y sus resultados concretos son limitados, no obstante deben reconocerse y visibilizarse para continuar el proceso de generar estrategias eficaces, promoviendo la creación y fortalecimiento de instancias de control, participación y negociación.

En este sentido, a continuación se presentan los avances más representativos de normas específicas tendientes a la materialización de los derechos laborales.

- En los años 2013 y 2015 se presentaron importantes desarrollos en la negociación colectiva en el sector público, con una incidencia interesante reflejada en los acuerdos llevados a cabo entre el gobierno nacional y las centrales y federaciones nacionales de trabajadores del Estado. Son acuerdos que cubren a más de 1.200.000 trabajadores.
- La Ley 1610 de 2013 reguló los Acuerdos de Formalización Laboral, que consiste en la posibilidad que tienen los empleadores para formalizar a los trabajadores y garantizar el cumplimiento de normas laborales en forma voluntaria, evitando así que el Ministerio del Trabajo aplique las multas estipuladas en la ley a través del sistema de IVC.
- El Dto. 89 de 2014 avanza en la concentración de la negociación y unificación de vigencia de las convenciones colectivas o laudo arbitral, en la medida que exige una coordinación entre sindicatos de una misma empresa que tienen interés en la negociación colectiva, consistente en la obligación de buscar la unificación de pliegos de peticiones y mesas de negociación.

- El Dto. 17 de 2016 reglamenta la convocatoria de Tribunales de Arbitramento, disminuyendo los términos para su convocatoria y estableciendo claras reglas al Ministerio del Trabajo, a los empleadores, a los sindicatos y a los árbitros, para hacer expedito el trámite de convocatoria de los tribunales que solucionan los conflictos colectivos de trabajo, en los casos en que, por decisión de los trabajadores o por prohibición de la ley, no se hace uso del derecho a la huelga.
- El Art. 200 CP reforma el Código Penal, para sancionar de forma eficaz a los empleadores que atenten contra el derecho de asociación sindical, consagrando las conductas atentatorias como delito investigable por la Fiscalía General de la Nacional, y sancionable con cárcel por parte de los jueces penales.
- El Dto. 36 de 2016 regula los contratos sindicales, aclarando su contenido y alcance, evitando que sustituyan las cooperativas de trabajo asociado y regulando la forma como debe entenderse la relación laboral de los trabajadores que prestan el servicio a las empresas a través de un contrato de este tipo, suscrito por el sindicato del cual hacen parte.
- El Dto. 583 de 2016 estableció los procedimientos de Inspección, Vigilancia y Control (IVC) relacionados con la tercerización laboral ilegal. Con esta norma es posible adelantar investigaciones efectivas a aquellas empresas que hacen uso de la tercerización como un medio de violar los derechos de los trabajadores, ya sean estos derechos de carácter individual o colectivo.

Un análisis interesante que complementa el listado anterior, es el aporte del texto “Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y Caribe” de la OIT, en su capítulo “La negociación colectiva en Colombia”, de Héctor Vásquez Fernández. Dicho texto explica lo siguiente respecto al comportamiento cuantitativo en la materia.

En el 2010, por ejemplo, entre la lista de las empresas que suministró el Ministerio de la Protección Social en las que se firmaron 244 pactos, en 45 de ellas, es decir en el 18% del total, existe o existió organización sindical, las que fueron liquidadas o se mantienen en su mínima expresión a través de la utilización de este tipo de maniobras. Este problema ya ha sido identificado por la OIT, que a través de la CEACR ha señalado su posición al respecto:

“La Comisión subraya que la negociación directa con los trabajadores sólo debería ser posible en ausencia de organizaciones sindicales.

En este sentido, la Comisión pide una vez más al Gobierno que 262 ESTRATEGIAS SINDICALES POR UNA MAYOR Y MEJOR NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN AMERICA LATINA Y CARIBE 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”. (...)

II.3 Negociación por sectores económicos. Expresión de la baja cobertura de la negociación colectiva, es el bajo número de convenios colectivos por sectores económicos que se pactan todos los años: respecto a las grandes y medianas empresas que están registradas en Supersociedades, Superfinanciera y Superservicios, el porcentaje de empresas donde se firma algún convenio es apenas de 5%. En el anexo se observa que las principales coberturas sectoriales alcanzadas corresponden al sector bancario, seguido por el sector electricidad, gas y agua.

Igualmente, en dicho estudio se observa que:

- En el año 2008, fueron celebradas 297 convenciones, 225 pactos y 32 contratos sindicales, para un total de 521
- En el 2009, 397 convenciones colectivas, 218 pactos y 38 contratos sindicales, sumando en total 600
- En el 2010 se celebraron 245 convenciones colectivas, 244 pactos colectivos, y 53 contrato sindicales, para un total de 541
- Para el año 2011, estaban constituidos un total de 3,459 sindicatos en Colombia, agrupando a 830,732 miembros⁵.

5. La contratación estatal en Colombia

Una vez examinado el contexto de la sindicalización y la negociación colectiva en los ámbitos regional y nacional, se procede a continuación a la revisión de la forma en que se otorgan los contratos por parte del Estado a entidades privada en calidad de ejecutores de obras de interés para el desarrollo de la sociedad, con miras a establecer los puntos de anclaje de las normas tendientes a la garantía de los derechos laborales.

Se parte del recuento de las modalidades establecidas para dicha contratación, para luego identificar los montos presupuestales en el escenario público y su incidencia en el desarrollo del sector privado.

5.1. Modalidades de contratación estatal en Colombia

La Ley 80 de 1993, en su artículo 32 explica las diferentes modalidades de contratos que celebra el Estado Colombiano. Para comenzar, dicha norma establece que los contratos estatales son aquellos actos jurídicos que generan obligaciones y que son celebrados por las entidades definidas en la ley mencionada. Por un lado, el **contrato de obra** es aquel celebrado por entidades estatales para la construcción, el mantenimiento, para la instalación, u otras actividades materiales sobre bienes inmuebles.

⁵ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_230682.pdf

Por otra parte, los **contratos de consultoría** son los celebrados con la finalidad de realizar estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnósticos, factibilidad de programas, asesoría técnica de control y supervisión, y, interventoría, dirección y demás de diseño, planos y proyectos.

La siguiente modalidad de contrato es la **concesión**, que permite a las entidades estatales entregar a un concesionario la prestación, explotación, gestión, operación, y demás de un servicio de carácter público, o, la construcción, conservación y explotación de una obra o bien destinado al uso o servicio público; todo ello a cambio de una remuneración.

Igualmente, se encuentran los **encargos fiduciarios** como quinta modalidad de contrato estatal, por medio del cual las entidades estatales contratan con sociedades fiduciarias, para que las segundas administren los recursos relacionados con los contratos celebrados.

Por otra parte, la ley de contratación regula las diversas **modalidades de selección** por las que puede optar el Estado al momento de materializar sus contratos. La primera hace referencia a la licitación pública, que representa la regla general para seleccionar a los contratistas, salvo algunas excepciones determinadas en la misma norma. Le sigue la selección abreviada que hace referencia a una selección objetiva para ciertas causales y criterios determinados y que busca la simplificación de los procesos de selección; dentro de esta modalidad se encuentra la adquisición y el suministro de bienes y servicios que poseen características técnicas uniformes y que son comúnmente utilizados por las entidades estatales, las contrataciones de menor cuantía, las licitaciones declaradas desiertas; entre muchas otras. La siguiente modalidad de selección es el concurso de méritos, utilizada en la selección de consultores y de proyectos.

También se encuentra regulada la **contratación directa** que procede en caso de urgencia manifiesta, contratación de empréstitos, contratos interadministrativos, contratos de bienes y servicios en el sector de defensa, contratos para el desarrollo de actividades tecnológicas y científicos, contratos de encargo fiduciario de las entidades territoriales, entre otras causales reguladas taxativamente por la norma bajo análisis.

Esta clasificación resulta relevante para el presente informe, debido a que las nuevas propuestas de normatividad para avanzar en la garantía de los derechos laborales de asociación sindical y negociación colectiva, deben estar acordes con estas modalidades.

Se observa que los contratistas del Estado pueden ser **personas naturales** con capacidad contractual, personas jurídicas, personas colectivas como consorcios y uniones temporales, entre otros. Tal como lo explica Pedro Lamprea Rodríguez, doctrinante colombiano, en “Contratos Estatales” (2007)⁶, en cuanto a las personas naturales, la contratación estatal únicamente exige que el individuo cumpla con los

6

Lamprea, P. (2007, p. 191 y ss.). *Contratos estatales*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.

requisitos de las normas civiles necesarios para celebrar contratos con la administración pública.

Por otra parte, las **personas jurídicas**, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, deben estar legalmente capacitadas para contratar con el Estado y reunir los criterios del artículo 633 del Código Civil.

Además, los **consorcios**, de acuerdo con Lamprea (2007) son la “reunión precaria de dos o más personas para, entre ellas, presentar propuesta única para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato. Entre ellas habrá responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones que estipularon, tanto en la propuesta como en el contrato, lo cual se extiende a obligaciones de carácter laboral. Los actos, hechos y omisiones de cada uno, en ejecución del contrato, siempre que se relacionen con la propuesta o el contrato, obligan a los miembros del consorcio”.

Por último, las **uniones temporales** se refieren a la “reunión transitoria de dos o más personas, con fines contractuales con la administración pública, para presentar la misma propuesta para obtener que se le adjudique al grupo así formado el contrato y pasar en seguida a su celebración y ejecución. Los integrantes de la unión temporal responden solidariamente por las obligaciones de la propuesta y del objeto contratado. Sin embargo, la unión temporal difiere del consorcio en que, en esta, la sanción por incumplimiento se tasa de acuerdo con la participación personal de cada integrante en la ejecución del contrato.”⁷ Esta explicación resulta relevante en la medida que se ha podido comprobar que al existir este tipo de figuras efímeras de carácter corporativo, los derechos de asociación sindical y negociación se ven impactados negativamente al no existir un empleador plenamente identificado ante el cual representarse y presentar peticiones de carácter laboral.

Como puede observarse, la legislación colombiana contiene una regulación específica de los contratos celebrados por el Estado ya que necesita de los particulares para, por medio de una descentralización por colaboración, cumplir sus fines como autoridad soberana y omnipresente.

La ley atribuye al particular contratista una condición que desborda la del simple administrado: colaborador de la entidad contratante, para fines de cumplir cabalmente el objeto contractual y garantizar las mejores exigencias de calidad.

*El carácter de colaborador proviene del propósito común con la administración de satisfacer una necesidad de índole comunitaria o social. Ambos participan en la función de prestar el servicio y de ejecutar la obra de interés general.*⁸

7

Lamprea, P. (2007, p. 193- 194). *Contratos estatales*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.

8

Lamprea, P. (2007, p.189). *Contratos estatales*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.

También debe tenerse en cuenta que el **deber legal de selección objetiva** de los contratistas representa una garantía que aboga por la imparcialidad en la contratación estatal. Dicho principio se garantiza cuando es escogida la oferta más favorable para la administración y para los fines buscados por medio del contrato, sin contrariar las normas de orden público; el pliego de condiciones debe definir qué se considera lo más favorable para la entidad. El doctrinante mencionado explica que:

*“La práctica contractual ha decantado ya nociones de ‘propuesta más favorable’, acudiendo a criterios tales como a) cumplimiento del proponente en otros contratos; b) experiencia por la correcta ejecución de trabajos análogos; c) organización empresarial en garantía de ejecución del contrato que sea lícita; disponibilidad de equipos y maquinaria; plazo ofrecido, atendida la complejidad de la obra; precio razonable, ni ruinoso para el proponente ni desproporcionado para la previsión presupuestaria de la administración; según ponderación rigurosa muy matemática del pliego de condiciones, los términos de referencia o el análisis previo a la suscripción del contrato, en contratación directa”.*⁹

Además, el Consejo de Estado ha explicado que por selección objetiva del contratista debe entenderse la “actividad pública de escogencia, del todo ajena a consideración caprichosa, arbitraria o subjetiva, de afecto personal, o interés económico individual, en busca permanente del interés general.”¹⁰

Siendo así y retomando lo anterior, esta modalidad de negocios jurídicos repercute de forma importante en el ámbito laboral del país ya que, el Estado contrata con empresas que a su vez celebra contratos laborales con individuos para cumplir sus funciones y, también contrata de forma directa, por medio de los contratos de prestación de servicios con personas naturales.

Aunque entendemos que el ámbito de nuestra investigación está acotado al sector privado, merecen una mención especial los contratos de prestación de servicios, los cuales se caracterizan por su celebración con personas naturales para el desarrollo de actividades relacionadas con el funcionamiento y la administración de las entidades estatales, cuando se requiera de conocimientos especializados o no puedan ser desarrollados por el personal de planta de la misma.

Cabe precisar que la norma establece que dichos contratos no se rigen bajo la modalidad de un contrato de trabajo, por lo cual formalmente las personas vinculadas por este medio no tienen con la administración una relación laboral, sea esta de tipo contractual, legal o reglamentaria y por tanto no se causan derechos de esta naturaleza, como salarios, prestaciones sociales, descansos obligatorios ni indemnizaciones.

9

Lamprea, P. (2007, p. 211). *Contratos estatales*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1373, del 14 de septiembre de 2001, C.P. Ricardo Monroy Church.

No obstante lo anterior, debemos aclarar que el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en este tipo de relaciones, indica que de existir los elementos esenciales del contrato de trabajo (remuneración, continuada subordinación y prestación personal del servicio) se presume la existencia del mismo y así lo han declarado los jueces en un gran cumulo de procesos.

En cuanto a esta modalidad, en febrero del 2012 el Ministerio del Trabajo informó que a partir de un informe rendido por el Departamento de la Función Pública sobre el reporte de las diferentes entidades del Estado relacionado con los contratos de planta y de prestación de servicios -OPS-, en las entidades territoriales, por cada 100 empleados de planta, se tienen 107 personas regidas bajo un contrato de prestación de servicios; es decir, por cada empleados, hay 1,7 por dicha modalidad¹¹.

Asimismo, dicho informe evidencia que los departamentos del país reportan 100.240 empleados de planta contra 170.441 personas vinculadas bajo la modalidad de prestación de servicios. Como ejemplos: El Distrito Capital de Bogotá reportó 27.629 personas con contrato de prestación de servicios, Antioquia, 15.595, Santander 13.167, Nariño 11.017, Norte de Santander 10.996, entre otros.

Dichas cifras demuestran que un alto porcentaje de las personas que ofrecen sus servicios y labores al Estado no rigen su relación con las normas propias del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria generando con ello un riesgo de daño antijurídico y de contingencias judiciales evidentes.

Para efecto de nuestro trabajo resulta importante destacar este concepto en relación con los derechos de asociación sindical y negociación colectiva, frente a lo cual, en ocasiones la institucionalidad se contradice, veamos:

El Ministerio del Trabajo en el Concepto bajo el radicado 202130, del 19 de mayo de 2015, indicó que

*(...) el contrato de prestación de servicios profesionales no genera una relación de tipo laboral, como quiera que se trata de una modalidad contractual que debe ser utilizada en actividades no permanentes de la Administración Pública, siendo la autonomía del contratista un elemento característico de las actividades precisadas para la ejecución del mismo. Así las cosas y para el caso en consulta, no contemplan las normas y jurisprudencia citadas la posibilidad de que los contratistas y sus trabajadores formen parte del sindicato de Empresa de la entidad contratante.*¹²

La anterior argumentación del Ministerio del Trabajo resulta contradictoria con la sentencia 026 2013 00219 03 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, del 18 de noviembre de 2013, M.P. Luis Eduardo Ángel Alfaro, por medio de la cual se dijo:

¹¹ <http://www.mintrabajo.gov.co/febrero-2012/95-gobierno-presento-informe-sobre-reporte-de-contratos-de-prestacion-de-servicios-en-entidades-del-estado.html>

¹² file:///Users/
/Downloads/202130%20Afiliaci%C3%B3n%20Contratista%20a%20Sindicato%20de%20Empresa%20(2).pdf

“Debe precisarse que el artículo 356 del C. S. de T., al referirse a los sindicatos de empresa, señala que están formados por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución, de tal manera, no es necesario que para pertenecer a un sindicato de tal naturaleza, el afiliado tenga la condición de estar vinculado por un contrato de trabajo. Esta lectura del artículo 356 del C.S. del T., es obsecuente con la recomendación del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. en el caso 2498 informe 353, que resuelve una queja contra el Gobierno Colombiano, donde se previno que el criterio para determinar las personas que tienen derecho a ejercer la garantía de asociación, no se funda en la existencia de un vínculo laboral con un empleador.”

En relación con lo anterior, el Comité de Libertad Sindical en el caso número 2489, se pronuncia con respecto a una queja presentada contra el Gobierno de Colombia, por el Sindicato Nacional de Trabajadores e las Organizaciones no Gubernamentales (SINTRAONG'S), la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), la Confederación General de Trabajadores (CGT), el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Santo Tomás, el Sindicato de Empleados de la Universidad de Medellín, y, la Confederación Sindical Internacional (CSI). Dicha entidad se pronunció para explicar que:

“Como en su examen anterior del caso, el Comité debe recordar que el artículo 2 del Convenio núm. 87 establece que todos los trabajadores sin distinción deben gozar del derecho de constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes y que el criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda en la existencia de un vínculo laboral con un empleador. Teniendo en cuenta que la inscripción de la organización sindical fue solicitada en 2005, el Comité espera firmemente que la autoridad de registro haya inscrito al Sindicato Nacional de Trabajadores de las Organizaciones no Gubernamentales (SINTRAONG'S) o que lo inscriba si ese es todavía el deseo de la organización sindical y que lo mantenga informado al respecto”¹³.

También resulta de gran importancia traer a colación los planteamientos de Rincón (2009)¹⁴ quien argumenta que, con todo y que por medio de los contratos de prestación de servicios no se evidencia una relación laboral, también es cierto que esta institución jurídica ha sido utilizada en el ordenamiento jurídico para evadir las prestaciones y disposiciones legales de la carrera administrativa. Dentro de las consecuencias de este tipo de contratos, se observa a partir de las citas anteriores, que en Colombia no se le garantiza el derecho de asociación sindical ni de negociación colectiva a las personas vinculadas a la Administración por medio del contrato de prestación de servicios;

¹³ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_104132.pdf

¹⁴ Córdoba, J. I. (2009). *Derecho administrativo laboral: empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral*. Bogotá D.C.: Unversidad Externado e Colombia.

demeritando con ello sus condiciones laborales, con respecto a aquellas personas que rigen su situación laboral por medio de un contrato de trabajo.

5.2. Montos del presupuesto público destinados a la contratación en Colombia

De acuerdo con un informe presentado por Colombia Compra Eficiente en el 2016, la contratación pública en el país es equivalente al 12,5% del PIB y al 35,7% del gasto público del Gobierno Nacional¹⁵ y, según Emmanuel Jullien, Director Adjunto del Departamento de Empresas de la OIT, la contratación pública equivale a un 13% del PIB de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE), y, de un 15% a un 20% del PIB en aquellos Estados no miembros¹⁶.

Por otra parte, la OECD explicó en un informe sobre el “Panorama de las Administraciones Públicas en América Latina y el Caribe 2014”, que en Colombia, la contratación de la Administración Pública para el 2011 representó un 24,7% del total del gasto público, el cual es del 28,6% del PIB del país. Igualmente, plasmó que en cuando a la disponibilidad pública de información sobre contratación a nivel central del gobierno, para el 2013 siempre se encontraban disponibles las leyes y políticas de la contratación estatal, la orientación específica sobre procedimientos de aplicación, el plan de las licitaciones anticipadas, la documentación necesaria para la licitación, los criterios de selección y evaluación, la adjudicación del contrato, la justificación de la adjudicación del contrato al contratista seleccionado y, las modificaciones del contrato; sin embargo, evidencia que no ocurría lo mismo con respecto a la información general para los posibles contratistas y con respecto al seguimiento de los gastos de contratación, aspectos que no se encontraban disponibles para el año del estudio¹⁷.

De acuerdo con el informe presentado por el Ministerio de Industria y Comercio colombiano:

Las autoridades estiman que en el 2003 las compras de bienes y servicios por parte del Gobierno Central ascendieron a unos 700 millones de dólares de los EE.UU., o alrededor del 10 por ciento del presupuesto general del Estado. Tomando en cuenta la totalidad del sector público, las compras de bienes y servicios ascienden a 2.100 millones de dólares de los EE.UU.

Además, se evidencia que el monto total de las licitaciones públicas entre 2003 y 2006 ascendió a los siguientes montos¹⁸.

¹⁵ <http://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/noticias/en-colombia-la-contratacion-publica-equivale-al-125-del-pib-y-al-357-del>

¹⁶ http://ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/comment-analysis/WCMS_321018/lang-es/index.htm

¹⁷ https://www.oecd.org/gov/colombia_es.pdf

¹⁸

<http://www.mincit.gov.co/loader.php?IServicio=Documentos&IFuncion=verPdf&id=20227&name=ContratacionPublica-Ecuador.pdf&prefijo=file>

Año	\$US invertidos en licitaciones públicas en Colombia
2003	178,968,985.43
2004	695,542,020.76
2005	899,476,788.95
2006*	984,956,453.64

*Para 2006 hasta el mes de agosto

Por otra parte, la OECD explicó en su informe “Panorama de las Administraciones Públicas de América Latina y el Caribe 2014”, que en Ecuador, el gasto público del 2011 fue del 40,6% de su PIB. Al igual que en Chile, del informe se observa que Ecuador siempre contó con disponibilidad para las leyes y políticas de la contratación pública, la información general para los posibles contratistas, la orientación específica sobre los procedimientos de aplicación, el plan de las licitaciones anticipadas, los documentos de la licitación, los criterios de selección y de evaluación, la adjudicación del contrato, la justificación de la adjudicación del contrato al contratista seleccionado, las modificaciones del contrato y el seguimiento de los gastos de la contratación estatal¹⁹.

5.3. Escenario empresarial frente a la contratación estatal en Colombia

En términos generales la contratación pública tiene una gran incidencia económica y representa una proporción significativa del PIB nacional en todos los países del mundo. La contratación de bienes y servicios proporciona insumos necesarios a los gobiernos para suministrar servicios públicos y desempeñar otras tareas, generando enormes nichos de mercado que atraen las corrientes comerciales internacionales, de manera que los mercados de contratación pública son de interés para los proveedores extranjeros y nacionales. En este contexto los principios de transparencia y competencia justa y efectiva son muy pertinentes en el contexto internacional e involucran el establecimiento de reglas de juego en relación con las condiciones laborales, entre otros aspectos.

En el campo de la contratación estatal en Colombia, la construcción de carreteras tiene una gran importancia, con una gran inversión de recursos del erario público y la necesidad de contar con miles de trabajadores que desarrollen las obras. Las Vías de Cuarta Generación (en adelante Vías 4G) es un programa de infraestructura para la movilidad a escala nacional que implica la operación en concesión de más de 8.000 km de nuevas carreteras, incluyendo alrededor de 1.370 km de doble calzadas y 159 túneles.

El desarrollo de todos los procesos relacionados con las Vías 4G se estima que cubrirá el periodo entre los años 2014 y 2020, se ejecutará a través de más de 40 concesiones nuevas y tendrá una profunda repercusión en la economía del país, pues se espera que disminuya los tiempos y costos del transporte, especialmente para llevar los productos de exportación hacia los principales puertos marítimos del país.

A continuación se presentan algunos datos significativos de este mega-fenómeno de contratación, de interés para el presente estudio, respecto al comportamiento empresarial nacional y extranjero:

¹⁹ https://www.oecd.org/gov/ecuador_es.pdf

- Las firmas colombianas tienen asignado un 68,7 % de 4.571 kilómetros contratados hasta el momento.
- De estos 4.571 kilómetros se han adjudicado el 68,7 % por 19,7 billones de pesos, de un gran total de 30,7 billones de pesos.
- Corficolombiana se adjudicó cinco proyectos (entre ellos, la iniciativa privada Chirajara-Villavicencio 2), con inversiones por 5,97 billones de pesos.
- Se ha presentado una acumulación importante de las concesiones, como en el caso de Mario Huertas Cotes, que en su momento fue calificado como el nuevo zar de la infraestructura.
- Construcciones El Cóndor recibió la adjudicación de 613,8 kilómetros, e inversiones por 2,5 billones de pesos.
- La empresa española Sacyr cuenta tres proyectos, con inversiones por 1,97 billones de pesos y participación en 320,5 kilómetros.
- Carlos Alberto Solarte y la firma Cass Constructores obtuvieron dos concesiones, sobre 232 kilómetros que representan inversiones por 1,43 billones de pesos.
- La costarricense Constructora Meco, asociada con el empresario Mario Huertas, para construir 131,6 kits. inversiones por unos 865.000 millones de pesos.
- Odinsa, Grupo Argos, quedó con el 25 por ciento del proyecto Pacífico 2, en el que invertirá 325.000 millones de pesos, su mayor apuesta fue por la Concesión Vial de los Llanos, que representará capital por 646.909 millones de pesos.
- También obtuvieron participaciones las empresas CSS Constructores, principal sociedad del llamado Grupo Solarte, e Iridium, que hace parte del conglomerado español ACS, controlado por el empresario Florentino Pérez.

Frente a todo este dinamismo económico que genera la contratación estatal, las experiencias internacionales de regulación resultan claves para ubicar los mecanismos de negociación colectiva que pueden establecerse como normas integrales y obligatorias para la firma de concesiones y otros tipos de contratos públicos otorgados al sector privado.

6. Comparación de la regulación de la contratación estatal – Chile, Ecuador, Perú y Argentina

Cada uno de estos cuatro países cuenta con un sistema de normas para el desarrollo de los contratos del Estado que ejecutan empresas pertenecientes al sector privado, así como los mecanismos a través de los cuales se lleva a cabo el monitoreo y la rendición de cuentas de la inversión de recursos públicos relacionados.

La exposición de cada caso mostrará las variaciones procedimentales que determinan el contexto en el cual las empresas se sujetan al ordenamiento del Estado para la adjudicación de dichos contratos.

6.1. Chile

La Ley número 19.886 de 2003, “Ley base sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios”, conocida como la “Ley de compras públicas”, es la encargada de regular parte de la contratación estatal en Chile; en su artículo primero dispone:

Artículo 1º.- Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado.

Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1º de la ley Nº18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley.

El objetivo principal de dicha norma es regular y uniformar la contratación administrativa en los suministros de bienes y servicios necesarios para el correcto funcionamiento del Estado. Por medio de ella se crearon diversas instituciones encargadas de regular la materia, tales como: la Dirección de Compras y Contratación Pública, encargada de brindar asesoría a las entidades públicas en las etapas de planeación y gestión de las compras y, de administrar y actualizar Chile Proveedores y el Registro Electrónico Oficial de Proveedores; el Tribunal de Contratación Pública, que funciona como entidad que garantiza principios como la igualdad y transparencia en la contratación pública y, el Sistema Electrónico de Compras y Contratación Pública (Chile Compra), que es un servicio público de carácter descentralizado y vigilado por el Ministerio de Hacienda y por la Presidencia de la República, por medio de los cuales las entidades administrativas cotizan, licitan, adjudican y efectúan todas las actividades relacionadas con la contratación de bienes y servicios.

Por otra parte, el Reglamento de la Ley mencionada, Decreto Supremo número 250 es el encargado de regularla. Para ello, determina los requisitos y procesos necesarios para la compra y contratación de bienes y servicios por parte de la Administración: regula la obligatoriedad del Sistema de Información mencionado (Chile Compra); delimita los criterios del Plan Anual de Compras, regula la Dirección de Compras y Contrataciones, entre otras²⁰.

En relación con Chile Compra, debe tenerse en cuenta que tal como lo argumenta el Ministerio de Industria y Comercio colombiano, las compras públicas virtuales, por medio

²⁰ http://www.chileproveedores.cl/chprovdsn/Portals/0/Documentos/Normativas/Ley_reglamento%20actualizado.pdf

de este portal de Internet, incrementaron en un 19% para el 2006, representando transacciones por US \$3.000 millones.

Con base en lo anterior, las oportunidades de negocio tienden a la alza, ya que el promedio mensual de Oportunidades de Negocio para el año 2006 llegaron a ser cerca de 38 mil, superior al año 2005 que fueron de 36.179. Aunque la base de compradores para el año 2006 solo se han incrementado en 1% (de 867 a 872 inscritos), dado que las mayores incorporaciones se dieron durante el periodo 2004 – 2005, incluyendo municipalidades y fuerzas armadas, entre otras. A su vez, el número de proveedores inscritos en el mes de Septiembre de 2006 llega a los 213 mil. En el tercer trimestre se unieron un poco más de 12 mil empresas, siendo las de menor tamaño (microempresas) de la Región Metropolitana las que representan el mayor flujo (80%). De esta forma, la composición general de oferentes queda liderada por micro y pequeñas empresas, las que representan el 95% del total.²¹

Por otro lado, la Ley 19.886 en su artículo 7º regula las diferentes formas de contratación pública. Por una parte, se encuentra la licitación pública que representa un proceso administrativo y concursal que permite a la Administración efectuar un llamado público para convocar a quienes estén interesados en presentar propuestas, con base en ciertas bases mínimas predeterminadas. La licitación o propuesta privada es aquella que permite también un proceso administrativo y concursal, por medio del cual el Estado hace un llamado a personas determinadas para que formulen propuestas, también atendiendo a ciertas bases fijadas. Por último, el trato o la contratación directa se refieren a aquellos procesos que no siguen los presupuestos y requisitos de la licitación pública y de la propuesta privada.

Para agregar, la OECD explicó en su informe “Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2014”, especificó que la contratación de la Administración Pública en Chile representó el 19,2% del gasto público de este país para el 2011, el cual es del 23,2% de su PIB. Asimismo, en dicho informe se evidencia que para este país, el panorama resulta ser el mejor, junto con Ecuador, con respecto a las demás naciones bajo estudio, en cuanto a la disponibilidad pública de información sobre contrataciones a nivel central del Gobierno en el 2013. Ello se debe a que el Gobierno siempre contó con disponibilidad para las leyes y políticas de la contratación pública, la información general para los posibles contratistas, la orientación específica sobre los procedimientos de aplicación, el plan de las licitaciones anticipadas, los documentos de la licitación, los criterios de selección y de evaluación, la adjudicación del contrato, la justificación de la adjudicación el contrato al contratista seleccionado, las modificaciones del contrato, por último, el seguimiento de los gastos de la contratación estatal²².

6.2. Argentina

El Decreto número 1023 de 2001 se refiere al “Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional” de Argentina.

²¹ <http://www.mincit.gov.co/publicaciones.php?id=15066&dPrint=1>

²² https://www.oecd.org/gov/chile_es.pdf

Artículo 1° — OBJETO. El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado.

Asimismo, existen demás normas también encargadas de regular el régimen de las contrataciones de la administración, tales como el Decreto número 436 de 2000, que trata el “Reglamento para la adquisición, enajenación y contratación de bienes y servicios del Estado Nacional”, el Decreto 984 de 2009 sobre los “Organismos del Sector Público Nacional. Contratación de bienes y servicios para la realización de campañas instituciones de publicidad y de comunicación”, el Decreto 1818 de 2006, “Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas”, la Ley 25542 o “Libro precio uniforme”, y el Decreto 1030 de 2016, que aprueba la reglamentación del Decreto 1023 de 2001, previamente citado, entre otras²³. Siendo así, la Oficina Nacional de Contrataciones es el órgano rector del Sistema Nacional de Contrataciones de Argentina.

Por otra parte, la OECD explicó en su informe “Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2014”, que en lo referente al país objeto de estudio en el presente acápite, el gasto público representa un 40,9% del PIB de dicha nación. En cuanto a la disponibilidad pública de información sobre las contrataciones a nivel del Gobierno central, para el 2013, la OECD reveló que en Argentina se observa el siguiente panorama: las leyes y políticas de la contratación estatal siempre están disponibles, así como la información general para los posibles contratistas, la orientación específica sobre los procedimientos de aplicación, la documentación necesaria para la licitación, la adjudicación del contrato y, el seguimiento de los gastos de contratación. Por su parte informó que los criterios de selección y evaluación no siempre están disponibles y en cuanto a las modificaciones del contrato, no se evidencia disponibilidad de la información relacionada.²⁴

6.3. Perú

En el caso de Perú, el Decreto Legislativo número 1017 es el encargado de regular la contratación de dicho Estado²⁵. En su artículo primero establece:

Artículo 1°.- Alcances: La presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en

²³ <https://www.argentinacompra.gov.ar/prod/onc/sitio/Paginas/Contenido/FrontEnd/documentos/COMPENDIO%20NORMATIVO%20CONTRATACIONES%20PUBLICAS%20NACIONALES.pdf>

²⁴ https://www.oecd.org/gov/argentina_es.pdf

²⁵ http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Ley%20y%20Reglamento%2011_11_09.pdf

los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos.

Asimismo, el Decreto 018 fue el encargado de crear la Central de Compras- Perú Compras, establecida como entidad encargada de efectuar las compras de carácter corporativo y de promover los procesos de selección para la producción de Convenios Marco. También, como marco normativo en dicho país, se encuentra el Decreto 1063, el cual regula los procesos de adquisiciones por medio de las bolsas de productos²⁶.

La OECD explicó en su informe “Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2014”, que en lo referente a Perú, el gasto público representa el 19,2% de su PIB y, la contratación estatal para el 2011 ascendió a un 50,4% de dicho gasto. En cuanto a la disponibilidad pública de información sobre contrataciones a nivel central de Gobierno para el 2013, se observa que dicho país siempre contó con disponibilidad para todos los factores estudiados en los demás y previos Estados; sin embargo, en cuanto al seguimiento de los gastos de la contratación pública, se observa que Perú no tiene disponible dicho criterio al no cumplir con el mismo²⁷.

6.4. Ecuador

La Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública es la encargada de regular la materia objeto de estudio en este acápite para el país de Ecuador²⁸. En su artículo primero reza:

*Art. 1.- Objeto y Ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:
(...)*

Cabe agregar que junto con la norma previamente referida, el marco legal de la contratación pública ecuatoriana también se encuentra regulado por el Reglamento General de la Ley de Contratación Pública. Asimismo, el Artículo 118 de la Constitución Política de dicho país establece las entidades a las cuales se debe aplicar el procedimiento de contratación pública.

7. Pertinencia de las cláusulas de trabajo decente en los contratos celebrados por las autoridades públicas, en el contexto normativo internacional

A partir de todos los elementos reseñados en los acápites precedentes, en esta parte del estudio se fundamenta la trascendencia de la incorporación de cláusulas de trabajo

²⁶ <http://www.mincit.gov.co/loader.php?IServicio=Documentos&IFuncion=verPdf&id=20226&name=PeruContratacion1.pdf&prefijo=file>

²⁷ https://www.oecd.org/gov/peru_es.pdf

²⁸ http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_panel5_SERCOP_1.1.LOSNCP.pdf

decente, como un componente significativo de los contratos que suscribe el Estado con el sector privado.

La incorporación de este tipo de cláusulas responde a un contexto normativo internacional específico, a los cuales el Estado colombiano al igual que los demás Estados miembro de la ONU, no puede sustraerse y, por el contrario, debe avanzar progresivamente en su adopción y realización mediante medidas concretas.

7.1. El Octavo ODS y sus 12 metas

Los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, representados en la Asamblea General, adoptaron en el año 2015 los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) como componentes esenciales para lograr la paz universal y el acceso a la justicia, reconociendo como principal desafío la erradicación de la pobreza en el mundo actual. A través de 17 objetivos que buscan abarcar las esferas económica, social y ambiental, se despliegan en un total de 169 metas, con la finalidad de “estimular en los próximos 15 años la acción, para poner fin a la pobreza y el hambre, proteger el planeta contra la degradación medioambiental y propiciar sociedades prósperas, pacíficas, justas e inclusivas.”.

Estos son los 17 ODS:



Como puede apreciarse, los ODS presentan una altísima importancia en la visión actual del mundo, las necesidades más apremiantes y los cursos de acción que convocan a toda la humanidad en su conjunto en la búsqueda de garantizar la sostenibilidad de la vida en el planeta.

En este contexto se ubica el trabajo decente con toda la relevancia que implica el hacer parte de uno de los ODS, además ligado a la perspectiva del crecimiento económico, que conforman el ODS número 8, que se expresa a través de 12 metas, tres de las cuales (3, 5 y 8) presentan una relación directa con el objeto del presente estudio:

- 1) Sostener el crecimiento económico per cápita y, el crecimiento del producto interno.
- 2) Lograr mayores niveles de productividad económica.
- 3) **Promover políticas orientadas al desarrollo que apoyan las actividades productivas, la creación de empleo decente, entre otros.**
- 4) Mejorar progresivamente, hasta el año 2030, la eficiencia global de recursos en el consumo.
- 5) **Para el año 2030, lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.**
- 6) Para el año 2020, reducir sustancialmente la proporción de jóvenes que no tienen empleo, la educación o la formación.
- 7) Adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a la esclavitud moderna y la trata de personas y conseguir la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil.
- 8) **Proteger los derechos laborales y promover la seguridad y proteger entornos de trabajo para todos los trabajadores.**
- 9) Para 2030, elaborar y aplicar políticas para promover el turismo sostenible que crea puestos de trabajo.
- 10) Fortalecer la capacidad de las instituciones financieras nacionales para fomentar y ampliar el acceso a la banca, seguros y servicios financieros.
- 11) Asistencia Técnica aumentar la ayuda para el apoyo comercial para los países en desarrollo.
- 12) Para el 2020, desarrollar y poner en práctica una estrategia global para el empleo de los jóvenes y poner en práctica el Pacto Mundial para el Empleo de la OIT.

Las disposiciones derivadas de la adopción de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, involucran entonces la pertinencia de que la contratación estatal incorpore en sus cláusulas el trabajo decente como un componente imprescindible, reconocido como un derecho que debe ser plenamente garantizado.

7.2. El Convenio 94 de la OIT y la recomendación 84

El fin de estos instrumentos consiste en impedir que las autoridades públicas celebren contratos que impliquen el empleo de trabajadores (para la construcción de obras públicas, elaboración de bienes, o suministro de servicios) en condiciones inferiores a un nivel aceptable de protección social.

En este sentido las condiciones de trabajo en el sector público cobran una especial relevancia, pues se busca alcanzar niveles más elevados de protección, a fin de que los gobiernos actúen como empleadores modelo.

Se establece que la contratación pública debe ser socialmente responsable y requiere que los contratistas se ajusten a los salarios y demás condiciones de trabajo

predominantes en el ámbito local, determinados por la legislación o los convenios colectivos.

Sin embargo, la aplicación real de estos principios presenta tres importantes limitantes, a saber:

- Hasta septiembre de 2013, únicamente 60 Estados estaban vinculados por el Convenio núm. 94; Colombia NO era parte de ellos.
- La contratación pública sostenible y las normas fundamentales del trabajo están en el Convenio núm. 94, pero los países les han prestado poca atención.
- Sólo una cuarta parte de los 60 países ratificantes lo aplica sustancialmente y no siempre se comprenden cabalmente las exigencias que plantea.

En este sentido, debe comenzarse por reconocer tres aspectos principales de la contratación pública establecidos por el Convenio núm. 94, que enmarcan las obligaciones del Estado materia del presente estudio:

- Los tipos de contratos que deberían incluir cláusulas de trabajo;
- El contenido preceptivo de las cláusulas de trabajo; y
- Los medios para garantizar el cumplimiento de las disposiciones de las cláusulas de trabajo.

7.3. Comisión de expertos de la OIT / contrataciones públicas

En el 2007 la Comisión sobre Empresas Sostenibles de la Conferencia concluyó que *“la OIT debería promover la ratificación y aplicación de los convenios internacionales del trabajo que se refieren a la promoción de empresas sostenibles”*, con inclusión del C/núm. 94

En este sentido existe una posibilidad real de revitalizar el Convenio 94 y hacer de él un elemento central para que las operaciones de contratación pública sean socialmente responsables.

En junio de 2008, la Comisión de Aplicación de Normas examinó las conclusiones de la Comisión de Expertos, en particular respecto a la pertinencia actual del Convenio núm. 94 y la dimensión social de la contratación pública, proyectando la importancia de:

“[...] Examinar la manera en que los gobiernos recurren a la contratación pública para lograr resultados en materia de justicia social. La cuestión específica es de qué modo tratan de combinar las tres funciones esenciales del gobierno: participar en el mercado y al mismo tiempo en su regulación mediante su poder de compra, para hacer progresar las concepciones de la justicia social.

7.4. La Normativa de la OMC para las contrataciones públicas (ACP)

La Organización Mundial del Comercio (OMC) estableció el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) con la expresa finalidad de garantizar condiciones de competencia abierta, equitativa y transparente en los mercados de contratación pública. En esta perspectiva,

el principal objetivo del ACP es la apertura de los mercados de contratación pública, lo cual tiene una profunda incidencia en el ámbito del sector privado, toda vez que la OMC representa uno de los máximos referentes para la actuación de las empresas e incide directamente en las políticas económicas nacionales.

En el marco del seguimiento de este Acuerdo, Colombia fue aceptada como Estado observador por el Comité el 27 de febrero de 1996, lo cual posiciona al país en esta esfera internacional a la vez que implica una especial responsabilidad pública, en las propias prácticas de contratación.

El ACP tiene dos versiones, basadas en los principios de: no discriminación, transparencia y equidad procesal. Además del contenido que hace referencia a las reglas de juego básicas para la competencia entre las empresas, el Acuerdo implica un escenario de participación democrática y apertura de diálogo social.

7.5. El capítulo social del Plan de Acción Laboral en el TLC Colombia - EEUU

Por último, pero no menos importante, en el ámbito del comercio internacional, otro importante compromiso del Gobierno de Colombia es el suscrito con EEUU como un capítulo del Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito entre los dos países. En el capítulo social del Plan de Acción Laboral de este Tratado se incluye la obligación de proteger los derechos laborales internacionalmente reconocidos, la prevención de la violencia contra sindicalistas, y el castigo a los autores de estos actos violentos.

Por ello acordó con EEUU regular los siguientes puntos:

- Ministerio de Trabajo (antes Ministerio de la Protección Social - MPS).
- Cooperativas de trabajo asociado.
- Reforma al Código Penal.
- Cooperativas de trabajo asociado.
- Empresas de Servicios Temporales.
- Pactos Colectivos.
- Servicios esenciales.
- Organización Internacional del Trabajo.
- Programa de Protección.
- Reforma a la Justicia Penal.
- Mecanismos de Seguimiento.

El hecho de que todos estos componentes sean incluidos como condiciones para mantener el TLC con la potencia económica norteamericana, cobra especial relevancia como colofón de este capítulo, en el sentido que aterriza en la realidad de la violencia experimentada en el país, uno de cuyos blancos objeto de asesinatos selectivos y otras diversas formas de persecución y represión, han sido precisamente los líderes de organizaciones sindicales, desafortunadamente como un fenómeno recurrente hasta nuestros días.

Frente a esta sangrienta historia debe reconocerse el valor y la vigencia de los procesos que garanticen la democracia desde todos los frentes de las políticas del Estado, incluyendo la materialización de exigencias concretas, respecto al trabajo decente en todos y cada uno de los contratos que se suscriben con las empresas nacionales y transnacionales.

Como conclusión de este capítulo podemos manifestar que resulta absolutamente coherente y necesario que la negociación colectiva como componente sustancial del dialogo social - que a su vez es uno de los cuatro fundamentos del trabajo decente - sea incorporado en forma expresa en las cláusulas de los contratos y convenios que la administración pública suscribe con los particulares en Colombia.

8. Casos relevantes de regulación de trabajo en la contratación pública en América Latina

En el subcontinente existen experiencias que vinculan específicamente la normatividad relacionada con el trabajo decente en los procesos de contratación pública. Estos precedentes no sólo muestran posibles caminos procedimentales para la implementación de dichas normas, sino que además son ejemplo de la voluntad política puesta en acción para velar por la garantía de los derechos en el ámbito laboral. A continuación se reseñan tres casos emblemáticos:

- El caso de Brasil
- El caso del Canal de Panamá
- Chile Compra

8.1. El caso de Brasil: Campaña por el Trabajo Decente Antes y Después de 2014²⁹

La campaña articulada entre sindicatos brasileños del sector de la construcción y la Internacional de los Trabajadores de la Construcción y de la Madera (ICM) se propuso lograr que la agenda del Trabajo Decente fuera cumplida en los preparativos del Mundial de Fútbol de 2014 en Brasil, siguiendo los dictámenes de la OMC.

La campaña se apoyó en la esfera internacional dentro de una amplia articulación llamada Fair Play (Juego Limpio), en la cual las Federaciones Sindicales de varios sectores y ONGs establecieron estrategias en conjunto para garantizar condiciones de trabajo dignas para los trabajadores involucrados en la preparación de los más diversos mega eventos deportivos. Se reivindicó la importancia de un espacio de diálogo entre las organizaciones sindicales, la CBF y el gobierno Federal, con la finalidad fue discutir asuntos laborales referentes al Mundial.

En febrero de 2011 se realizaron 23 huelgas y como resultado de tales movilizaciones los trabajadores conquistaron aumentos salariales de hasta el 21% y beneficios como planes de salud, abono salarial y mejores condiciones de trabajo.

²⁹ <http://www.bwint.org/pdfs/BoletinCampanaTrabajoDecente2012%20ES.pdf>

Se generó una Pauta Nacional Unificada para el sector de la construcción, cuyos principales objetivos fueron: la mejora de las condiciones de trabajo en el sector, la disminución de la diferencia salarial y de beneficios entre las diferentes regiones del país, y finalmente, una pauta de negociación de carácter nacional. Los principales puntos de este proceso fueron:

- Pisos salariales unificados.
- Canasta básica de R\$ 300.
- PLR de 2 salarios base.
- Plan de Salud extensivo a sus familiares.
- Horas extra de 80% de lunes a viernes, 100% los sábados y 150% domingos y feriados.
- Garantía de organización por lugar de trabajo.
- Adicional nocturno de 50%.
- Día libre familiar de 5 días hábiles por cada 60 días trabajados.
- Implantación de mejores condiciones laborales y de salud en los frentes de trabajo.
- Contrato de experiencia de 30 días.

Los Sindicatos ganaron un espacio de participación efectiva en las Inspecciones de la FIFA a las obras de los estadios, buscando que se tomara en cuenta el respeto a las normas internacionales del trabajo.

8.2. El caso de las ampliaciones del Canal de Panamá³⁰

Un hecho importante de la historia del Canal de Panamá fue la muerte de más de 27.000 trabajadores, en las obras iniciales de 1914 para lograr unir los Océanos Pacífico y Atlántico. Por ello resulta emblemática la decisión de realizar las nuevas obras bajo los principios del trabajo decente.

En este sentido se ha planteado que las obras de ampliación del Canal de Panamá serán realizadas garantizando el trabajo decente y derechos laborales, y sus beneficios serán utilizados para combatir la pobreza. El Gobierno de Panamá se ha propuesto incluir en las licitaciones de las obras una cláusula para comprometer “a las empresas involucradas a respetar los principios del Trabajo Decente para los aproximadamente 7.000 empleos directos que serán creados”, en tres dimensiones principales del concepto:

- Busca ofrecer igualdad de oportunidades para acceder a un empleo productivo.
- Busca seguridad en el lugar de trabajo.

³⁰ <http://www.europapress.es/internacional/noticia-panama-torrijos-afirma-oit-ampliacion-canal-hace-trabajo-decente-derechos-laborales-20080610125040.html>

http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_093785/lang-es/index.htm

- Busca protección social para las familias y respeto a los derechos laborales de los trabajadores.

8.3. Chile Compra³¹

El caso chileno presenta un ejemplo interesante en el rol de los Estados en la contratación estatal y el derecho de asociación sindical.

Chile Compra establece un puntaje de 15% para aquellos contratistas que cumplan con ciertos objetivos encaminados a satisfacer los criterios de sostenibilidad, dentro de los cuales se encuentra la promoción de condiciones laborales dignas para sus trabajadores. Se afirma que por medio de ello el Gobierno de dicho país logró no sólo garantizar dicho objetivo de promover los derechos laborales, sino también reducir los costos de adquisición.

8.4. Análisis de los procesos de adopción y aplicación de Convenios de la OIT en los contextos nacionales

La OIT, por medio del texto “Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y Caribe”, en su capítulo “Modelos nacionales de la negociación colectiva en Europa” de Joaquín Aparicio Tovar, Antonio Baylos y Francisco Trillo, propone lo siguiente.

El papel del Estado en la negociación colectiva. La participación del Estado en la negociación colectiva puede ser directa -a través de su intervención en la política laboral-, o indirecta -mediante su política económica-. En España, la negociación colectiva desempeña un papel crucial en los procesos de producción y distribución de la riqueza. De ahí que, además de funciones de organización y gobierno de las relaciones laborales, desarrolle una función económica central de intercambio. Esta actividad integra de manera específica un papel compensador o equilibrador de la desigualdad inherente a la relación individual de trabajo (...).

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Estado, al ser empleador y el mayor y principal garante de los Derechos Humanos, tiene el deber de propiciar, entre muchos otros, el derecho de asociación sindical y de negociación colectiva.

Siguiendo con los planteamientos de la OIT, deben tenerse en cuenta los argumentos de Emmanuel Julien, Director Adjunto del Departamento de Empresas de la OIT, en el artículo “La contratación pública sostenible está en auge” (2014)³².

³¹ http://ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/comment-analysis/WCMS_321018/lang-es/index.htm

³² http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_321018/lang-es/index.htm

La contratación pública representa 13 por ciento del PIB de los países OCDE y varía entre 15 y 20 por ciento del PIB en los Estados fuera de la OCDE. Esto significa que los gobiernos son grandes compradores y pueden tener un impacto significativo sobre la demanda de los mercados para las prácticas empresariales responsables y sostenibles.

Continúa el artículo haciendo referencia a los principales instrumentos con los que cuenta la OIT para guiar a las empresas y a los Gobiernos en una contratación sostenible y garante de los derechos laborales, que son:

- la declaración tripartita de los principios sobre las empresas multinacionales y la política social (Declaración EMN)³³ y,
- la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo³⁴.

Afirma que dichas declaraciones son una hoja de ruta para los Gobiernos acerca de los criterios sociales que deben incorporar en la contratación estatal, con la finalidad de hacerla sostenible. La primera, es decir, la Declaración EMN es un instrumento de la OIT adoptado por los Gobiernos, trabajadores y empleadores del mundo, y dirigido a orientar a las empresas sobre las políticas sociales, inclusivas, responsables y sostenibles en el ámbito laboral. Por su parte, “La declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo” fue adoptada en 1998 y se refiere al compromiso adquirido por los Estados Miembros en respetar y promover los derechos a la libertad de asociación, la libertad sindical, el reconocimiento efectivo del derecho de la negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el trabajo.

Por otra parte, como ejemplo, el artículo trae a colación el caso chileno anteriormente reseñado, resaltando que por medio del programa “Chile Compra” se establece un puntaje de 15% para aquellos contratistas que cumplan con ciertos objetivos encaminados a satisfacer los criterios de sostenibilidad, dentro de los cuales se encuentra la promoción de condiciones laborales dignas para sus trabajadores. Se afirma que por medio de ello el Gobierno de dicho país logró no sólo garantizar dicho objetivo de promover los derechos laborales, sino también reducir los costos de adquisición.

Tal como es sugerido por la OIT y como puede concluirse del presente trabajo, los Gobiernos de cada país cuentan con un margen de maniobra flexible que les permite ofrecer estímulos adicionales a sus contratistas con la finalidad de promover conductas empresariales de carácter responsable, dentro de las cuales se incluye la promoción de las condiciones y de los derechos de los trabajadores. Siendo así, la invitación de esta organización internacional es a romper esquemas e implementar prácticas vanguardistas, como la chilena, que permitan cumplir con los objetivos planteados.

33 http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang-es/index.htm

34 <http://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm>

Adicionalmente, deben tenerse presentes los planteamientos que Carlos Tomada, Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la República de Argentina, expuso en la Mesa Redonda de Alto Nivel sobre el Empleo y las Relaciones Laborales de la OCDE. En este escenario el Dr. Tomada explicó que en dicho país, la Red de Responsabilidad Social Empresarial y Trabajo Decente (RSE) es una iniciativa del Ministerio mencionado, que busca promover las condiciones dignas y la calidad del trabajo y diálogo social como ejes del desarrollo económico. Se encuentra patrocinado y cuenta con la participación de grandes empresarios líderes, empresas de alta importancia, universidades del país, instituciones académicas, organizaciones civiles, la CEPAL, el PNUD y la OIT, todos reunidos con el propósito de:

*(...) aumentar el grado de concientización de los actores sociales propiciando un concepto de empresa sostenible preocupada por incorporar a su normativa interna, políticas de promoción del trabajo decente mediante la articulación de las políticas estatales y las de responsabilidad social a través de innovadores programas diseñados y puestos en práctica conjuntamente. Es una novedosa forma de gestionar política pública a través del estímulo de una sinergia privado pública que supera antiguas confrontaciones entre Estado y mercado.
(...)*

Simultáneamente hemos diseñado en conjunto y sobre la base de una visión compartida, una guía dirigida a las cadenas de valor tendiente a la adopción de estándares mínimos de contratación que promuevan el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, calificando el desempeño de proveedores y contratistas a través de auditorías y sin descuidar el diseño de un programa de formación de proveedores. La exigencia de productos y servicios de calidad debe ser acompañado con empleo de calidad.

Por otra parte, estamos desarrollando conjuntamente con el sector empresarial y sindical, un modelo de negociación colectiva tendiente a mejorar los contenidos y la autocomposición de los conflictos a través de un programa de formación de negociadores sindicales y empresariales centrado en la construcción de confianza.³⁵

Al observar estas evidencias en países con economías e institucionalidades similares a las de Colombia, se evidencia la posibilidad real y objetiva de que se implementen medidas efectivas para lograr la materialidad del derecho de negociación colectiva en aquellas empresas que, cada vez más, colaboran con el Estado en la construcción de obras, prestación de servicios y explotación de recursos. Siendo así y luego de recopilar y analizar toda la información anterior, el presente texto concluye con un conjunto de propuestas que se exponen a continuación.

³⁵ <https://www.oecd.org/corporate/mne/41123374.pdf>

9. Propuestas para lograr los objetivos proyectados

A partir de todos los elementos anteriormente expuestos, acorde con los objetivos del Convenio 94 y la Recomendación 84 de OIT, teniendo en cuenta los elementos que aportan la normatividad y jurisprudencia nacional, los demás convenios de la OIT, los ODS, las normativas de la OMC, el Plan Nacional de Desarrollo, y los ejemplos internacionales ya aplicados, nos enfrentamos al desafío de responder a la siguiente pregunta:

¿Qué iniciativas concretas se pueden adelantar para lograr mejorar los estándares de trabajo decente y en particular para promover estrategias, normas y mecanismos para el estímulo y fomento a la negociación colectiva en el sector privado, en el marco de la contratación estatal?

Como se desprende de los capítulos precedentes, el cumplimiento del marco normativo del Convenio núm. 94 y la Recomendación núm. 84 es una vía para que la contratación pública materialice la garantía de los derechos laborales de asociación sindical y negociación colectiva.

En este sentido, recogiendo además los elementos que aportaron las organizaciones sindicales participantes en el taller organizado por la oficina de la OIT en Bogotá, se proponen los siguientes objetivos, como posibilidades para el avance en la materia:

9.1. Promover la ratificación por Colombia del convenio 94 de OIT

Se propone iniciar con un plan de trabajo para promocionar la ratificación del Convenio 94 de OIT, mediante seminarios de divulgación e inclusión dentro de las agendas de la OIT, de las organizaciones sindicales y de los gremios empresariales.

9.2. Promocionar la organización sindical y la negociación colectiva en las empresas contratistas

Se propone que a través de los representantes de los trabajadores y con el acompañamiento técnico de la OIT, se presente una proposición ante la Comisión Nacional de Concertación de Políticas Salariales y Laborales o su respectiva Subcomisión, en el sentido de realizar un diagnóstico del ejercicio del derecho de asociación en las empresas contratistas y concretar un plan de promoción sindical y de diálogo social en las mismas.

El mencionado diagnóstico y el diseño del plan deben adelantarlos la Dirección de Derechos Fundamentales del Viceministerio de Relaciones Laborales, por orden directa del despacho Ministerial y con el apoyo técnico de la OIT.

9.3. Desarrollar el principio de sostenibilidad e innovación en el sistema de compras públicas

Se propone que el proyecto de ley que será presentado al Congreso de la República *“Por medio del cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”* sea ampliado en su artículo 6º de *“Principios”*, específicamente en el numeral 6 sobre *“Sostenibilidad e innovación”*.

El mencionado artículo del proyecto está redactado así:

“Sostenibilidad e innovación: El sistema de Compra Pública y los procesos de Compra deben promover la adopción de prácticas que tengan en cuenta el balance social, ambiental y económico, y la innovación”

En la forma en que está redactada la norma -como entelequia discursiva sin contenido material y concreto- implica el riesgo de quedarse en el papel y no tener incidencia alguna en los escenarios concretos de las empresas que contratan con el Estado. Por tanto, debe redactarse un texto normativo que sea incorporado en la ley, cuyo contenido debe imponer la obligación y no la simple intención de *“promover la adopción de prácticas que tengan en cuenta”* el balance social. La norma puede y debe incorporar el concepto de trabajo decente y de respeto a la organización sindical y la negociación colectiva.

9.4. Impulsar una regulación específica para evitar que el valor a la baja de los salarios, horas de trabajo y condiciones de trabajo, sean un elemento de competencia en las licitaciones para la adjudicación de contratos

Se propone que El Ministerio del Trabajo, con la cooperación técnica de la OIT, impulse la inclusión en el proyecto de ley *“Por medio del cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, de una norma específica que indique en forma expresa la exclusión del valor de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, como parámetros que califican a la baja el precio de las ofertas. Por el contrario, debe incluirse la posibilidad de aumentar la calificación en relación con las mejores condiciones de trabajo y remuneración.

9.5. Mejorar y focalizar el sistema de IVC laboral

Se propone que el Ministerio del Trabajo a través de la Dirección de Inspección Vigilancia y Control del Viceministerio de Relaciones Laborales, identifique por sectores de economía, las empresas que contratan con el Estado, verificando el grado de cumplimiento de normas en materia de derecho colectivo del trabajo.

Con base en dicho análisis situacional, se focalice la acción de un grupo especial de IVC para sancionar las violaciones.

9.6. Cláusula tipo de trabajo decente para los contratos públicos:

Se propone avanzar en la inclusión de una cláusula tipo en los contratos públicos a fin de garantizar que los trabajadores de las empresas contratistas perciban salarios y gocen

de condiciones laborales que no sean menos favorables que aquellos establecidos para el mismo trabajo en la región respectiva.

Con la asesoría técnica de la OIT, el Ministerio del Trabajo deberá redactar la norma orientada a la inclusión en el mencionado proyecto de estatuto contractual, que indique en forma expresa la obligación contractual, que no legal, de cumplir estándares de derecho laboral individual y colectivo.
