
Análisis de los efectos de las recomendaciones de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo sobre el cumplimiento de los Convenios 87 y 98 por parte del Estado colombiano*

Analysis of the effects of the recommendations of the control organs of the International Labor Organization on the compliance of the 87 and 98 Conventions by the State of Colombia

Francisco Rafael Ostau de Lafont de León**
paco_syares@yahoo.es

Leidy Ángela Niño Chavarro***
angie_nomore@yahoo.es

Resumen

El presente informe tiene como finalidad analizar las recomendaciones y observaciones de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre los Convenios 87 y 98 de la O.I.T. en el caso colombiano y los efectos que han generado en la legislación laboral de nuestro país.

Palabras clave: Organización Internacional del Trabajo, Comité de Libertad Sindical, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Comisión de aplicación de normas.

Abstract

This report is to analyze the recommendations and observations of the supervisory bodies of the International Labour Organization (ILO) Conventions 87 and 98 of the ILO in the case of Colombia and the effects generated in labor law our country.

Key words: International Labour Organization, Committee on Freedom of Association Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Committee on the Application of Standards.

Fecha de recepción: 16 de abril de 2012

Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2012

Artículo de investigación que hace parte del proyecto de investigación "Impacto de los Convenios de la O.I.T. en la legislación laboral colombiana" adelantado dentro del Grupo de Investigación socio jurídico del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre, el cual se encuentra terminado.

** Doctor en Derecho y Ciencias políticas de la Universidad La Gran Colombia, especializado en Derecho laboral y Acción social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; doctor en Derecho de la Universidad Javeriana, del Rosario y Externado de Colombia, y doctor en Sociología jurídica e Instituciones políticas de la Universidad Externado de Colombia; filósofo de la Universidad Libre. Director de la Línea de investigación de derecho público del Grupo de investigaciones socio jurídicas del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre.

*** Abogada de la Universidad Libre, especializada en Derecho laboral y Seguridad social de la Universidad del Rosario. Estudiante de la maestría en derecho con énfasis en derecho del trabajo de la Universidad Externado de Colombia.

INTRODUCCIÓN

Las normas internacionales del trabajo producidas por la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) son normas de derechos humanos (Potobsky & Bartolomei, 1990) como la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de 1966¹ y los llamados Pactos Regionales de Derechos Humanos². En el caso del mundo del trabajo, todas las instituciones nacionales e internacionales coinciden en que es la O.I.T. es el ente encargado de producir normas de carácter internacional (Villán, 2000) con una característica particular por ser producto del tripartismo (trabajadores-empleadores-gobierno) y no de elementos unilaterales de los gobiernos en representación de los Estados.

Estos Convenios internacionales son sujetos de control a través de tres mecanismos especiales. El primero, es el mecanismo no contencioso (información y conciliación), en el cual, de conformidad con el artículo 19.5 literal (b) de la Constitución de la O.I.T.:

Cada uno de los miembros se obliga a someter el Convenio, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (o, cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el término de un año, tan pronto sea posible, pero nunca más de dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, al efecto de que le den forma de Ley o adopten otras medidas (“Constitución O.I.T.”, 2010)

Artículo 22: Cada uno de los miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los Convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que este solicite. (“Constitución O.I.T.”, 2010)

Artículo 23.1: El director general presentará en la siguiente reunión de la Conferencia un resumen de las informaciones y memorias que le hayan comunicado los miembros en cumplimiento de los artículos 19 y 22. (“Constitución O.I.T.”, 2010)

Todos estos informes serán estudiados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., creada en 1926 por la Conferencia y compuesta por expertos juristas independientes del tripartismo. Presenta anualmente un informe con los resultados de su gestión a la Conferencia Internacional del Trabajo, y formula observaciones de carácter técnico a los Estados, indicando las medidas que estos deberán adoptar sobre el cumplimiento de los Convenios. Igualmente, la Comisión puede formular solicitudes directas a los gobiernos sobre la aplicación de los Convenios. De la misma forma, la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia –conformada por el tripartismo– analiza el informe de la Comisión de Expertos y solicita a los gobiernos exponer sus comentarios con el objeto de

¹ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, fue ratificado mediante la Ley 74/68 del 29 de octubre de 1969; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 ratificado mediante la Ley 74/68 de 29 de octubre de 1969; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 fue ratificado mediante la Ley 74/68 de 29 de octubre de 1969; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984 fue ratificado mediante la Ley 70/86 de 8 de diciembre de 1987.

² Está conformado por la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica) de 22 de noviembre de 1969 que fue ratificado mediante la Ley 16/72 de 31 de julio de 1973; la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ratificado mediante la Ley 12/91 de 28 de enero de 1991; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo de San Salvador (Salvador) de 17 de noviembre de 1988 ratificado mediante la Ley 319/96 y Decreto 429 de 2001 de 22 de octubre de 1997; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 9 de diciembre de 1985, ratificado mediante la Ley 409/97 de 2 de diciembre de 1998, y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores de 18 de marzo de 1994 ratificado mediante la Ley 470/98 de 12 de junio de 2000.

que la Comisión informe a la Conferencia sus conclusiones finales y así, esta adopte la decisión que estime conveniente sobre la base de los informes de las anteriores Comisiones (O.I.T., 2011).

El otro control es el mecanismo cuasicontencioso, que en el caso de la O.I.T., está respaldado por los artículos 24 y 25³ de su Constitución. Las quejas relacionadas con la violación de los Convenios 87 y 98 son de competencia del Comité de Libertad Sindical (Gravel & Gernigon, 2002) conformado por el tripartismo creado en 1951 con el objeto de investigar las violaciones de los Convenios mencionados, siendo este comité parte del Consejo de Administración, por lo que sus decisiones son acogidas por dicho consejo. Sin embargo, en 1950 –previo acuerdo entre el Consejo Económico y Social de la Naciones Unidas (2012) (ECOSOC) y la O.I.T.– se creó la Comisión de Investigación y Conciliación para la Investigación de la Violación de los Convenios 87 y 98. No obstante, a la fecha, dicha Comisión ha investigado seis casos: Japón y Grecia, 1966; Chile y Lesotho, 1975; Estados Unidos 1981 y República de Sudáfrica, 1992.

El mecanismo contencioso (protección judicial), en este caso, la violación de los Convenios 87 y 98 es sancionada en el campo internacional por el sistema judicial de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia o las Cortes Regionales. En el caso de América Latina, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la violación de estos Convenios del mundo del trabajo.

Los tres organismos: Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Comisión de Aplicación de Normas y Comité de Libertad Sindical, en materia de violación de los Convenios 87 y 98, han producido innumerables comentarios y recomendaciones para Colombia.

Colombia no firmó el Tratado de Paz de Versalles de 1919. La Ley 49/19 autorizó al gobierno de ese entonces, adherirse al Pacto de la Sociedad de las Naciones y no al Tratado de Paz de Versalles que creaba la O.I.T., tesis sostenida por Germán Cavalier quien afirma que Colombia no ha sido fundadora de la O.I.T. (Cavalier, 2000). Sin embargo, ha sido tradicional esta consideración histórica que no tiene mayor repercusión en la vigencia de los Convenios de la O.I.T. toda vez que la Constitución Política de Colombia de 1991 claramente estableció que los Convenios ratificados por Colombia hacen parte del régimen interno.

Es necesario resaltar que en el caso colombiano hay un elemento extraordinario en materia de la obligatoriedad de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical (Ostau de Lafont, 2006; Niño, 2010) que han

³ Los citados artículos de la Constitución de la O.I.T. establecen: **Artículo 24:** “Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un Convenio en el que dicho miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente”. **Artículo 25:** “Si en un plazo prudencial no se recibiere ninguna declaración del gobierno contra el cual se haya presentado la reclamación, o si la declaración recibida no se considerare satisfactoria por el Consejo de Administración, este podrá hacer pública la reclamación y, en su caso, la respuesta recibida”. **Artículo 26:** 1. “Cualquier miembro podrá presentar ante la Oficina Internacional del Trabajo una queja contra otro miembro que, a su parecer, no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un Convenio que ambos hayan ratificado en virtud de los artículos precedentes”. 2. “El Consejo de Administración podrá, si lo considerare conveniente y antes de referir el asunto a una Comisión de encuesta, según el procedimiento que más adelante se indica, ponerse en relación con el gobierno contra el cual se presente la queja, en la forma prevista en el artículo 24”. 3. “Si el Consejo de Administración no considerare necesario comunicar la queja al gobierno contra el cual se haya presentado, o si, hecha la comunicación, no se recibiere dentro de un plazo prudencial una respuesta que le satisfaga, el Consejo de Administración podrá nombrar una Comisión de encuesta encargada de estudiar la cuestión planteada e informar al respecto”. 4. “El Consejo podrá seguir el mismo procedimiento de oficio o en virtud de una queja presentada por un delegado de la Conferencia”. 5. “Cuando el Consejo de Administración examine una cuestión suscitada por la aplicación de los artículos 25 o 26, el gobierno interesado, si no estuviere ya representado en el Consejo de Administración, tendrá derecho a designar un delegado para que participe en las deliberaciones del Consejo relativas a dicha cuestión. La fecha en que deban efectuarse las deliberaciones se notificará en tiempo oportuno al gobierno interesado.

sido aprobados por el Consejo de Administración y que la Corte Constitucional en varias oportunidades ha considerado que dichas recomendaciones son de carácter vinculante para los operadores judiciales, tal y como lo establece la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia T-568 de 1999 al señalar que:

(...) las recomendaciones emanadas del Comité de Libertad Sindical y aprobadas por el Consejo de Administración, tienen carácter vinculante 'según las normas de la organización, tal y como ocurre con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de DD.HH (...) en consecuencia el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir de (...) la recomendación del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. (...) (Corte Constitucional Colombiana, 1999)

Igualmente, en la Sentencia T-603 de 2003 y T-695 de 2004 la Corte afirmó: "en el orden interno el único medio judicial para lograr el cumplimiento de las recomendaciones de los órganos de control que protegen derechos fundamentales es la acción de tutela". (Corte Constitucional Colombiana, 2003; Corte Constitucional Colombiana, 2004)

En la Sentencia 171 de 2011 nuevamente la Corte Constitucional hace énfasis en el pronunciamiento anterior, señalando que "las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical aprobadas por el consejo de Administración tienen carácter vinculante para todos los operadores judiciales". (Corte Constitucional Colombiana, 2011)

En el presente análisis se tomarán algunas recomendaciones y observaciones de los órganos de control mencionados en materia de modificación de la legislación laboral colectiva, en cuanto a la aplicabilidad de los Convenios 87 y 98 de la O.I.T.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Los órganos de control de la O.I.T., desde la década del cincuenta han venido produciendo una serie de recomendaciones al Estado colombiano relacionadas con la aplicación de los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva que darían como resultado la modificación de la legislación del derecho laboral colectivo. En el presente análisis se tratará de establecer si estas recomendaciones han sido tenidas en cuenta por el Estado colombiano.

2. HIPÓTESIS DE TRABAJO

Algunas de las recomendaciones de los órganos de control de la O.I.T. han sido acogidas dentro del control de constitucionalidad de las Leyes en Colombia a raíz de la Constitución de 1991. En cuanto a las legislaciones expedidas por el Congreso de la República, son todavía muy pocas las recomendaciones acogidas (la sanción de las organizaciones sindicales y la declaratoria de ilegalidad o legalidad de la huelga por parte de los jueces).

3. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Se hará uso del análisis desde la sociología jurídica empleando para tal efecto la metodología del análisis del discurso de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo y su influencia en el discurso legislativo de la parte colectiva del código sustantivo del trabajo, así como el discurso jurisprudencial de la Corte Constitucional del país. Igualmente se empleará la metodología de casos que permitirá identificar en concreto cuáles son los casos en que ha pronunciado los organismos de control de la O.I.T. y sus efectos en nuestra legislación laboral.

4. RESULTADOS

4. 1 Primer caso: la negociación colectiva y el derecho de huelga de las federaciones y confederaciones

El informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la 101ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2012, ha recopilado las recomendaciones de los diferentes organismos de control para el caso de Colombia en relación al Convenio 87. Veamos.

Derecho de las organizaciones de trabajadores de organizar sus actividades y formular su programa de acción. Restricciones impuestas a las actividades de las federaciones y confederaciones. La Comisión recuerda que desde hace varios años se refiere a la necesidad de tomar medidas para modificar la legislación en relación con:

– La prohibición a las federaciones y confederaciones de declarar la huelga (artículo 417, inciso i), del Código del Trabajo) (arts. 3 y 6). (O.I.T., 2012)

En el informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la Conferencia Internacional del Trabajo en su 98ª reunión en 2009 sobre el Convenio 87 se indicó:

Restricciones impuestas a las actividades de las federaciones y confederaciones. La Comisión se refirió a la prohibición a las federaciones y confederaciones de declarar la huelga (artículo 417, inciso i), del Código del Trabajo. La Comisión recordó que las organizaciones de grado superior deberían poder recurrir a la huelga en caso de desacuerdo con la política económica y social del gobierno y pidió al gobierno que modificara la disposición mencionada. La Comisión toma nota de que el gobierno indica que las federaciones y confederaciones no se pueden asimilar a las organizaciones de primer grado, ya que son los trabajadores afiliados a organizaciones sindicales de empresa, de industria o de rama de actividad económica y los empleadores a los que se les haya presentado un pliego de peticiones, los que tienen un interés jurídico en la negociación colectiva. El gobierno señala que si las federaciones y confederaciones no tienen interés jurídico en la negociación colectiva, entonces mucho menos tienen interés en la huelga. A este respecto, la Comisión recuerda que en virtud del artículo 6 del Convenio, las garantías que se reconocen a las organizaciones de base son también extensivas a las organizaciones de nivel superior. En efecto, para poder defender mejor los intereses de sus miembros, las organizaciones de trabajadores y de empleadores han de tener derecho a constituir las federaciones y confederaciones que estimen convenientes, las cuales, por su parte, deberían disfrutar de los distintos derechos que se reconocen a las organizaciones de base, especialmente en lo que respecta a la libertad de funcionamiento, de actividades y de programas de acción. (O.I.T., 2009)

(...) La Comisión pide al gobierno que tome las medidas necesarias para que se modifique el artículo 417 inciso i) de manera que no se prohíba el derecho de huelga de las federaciones y confederaciones (art. 6). (O.I.T., 2009)

Las anteriores observaciones han venido siendo consideradas en innumerables oportunidades, pese a ello, a la fecha el gobierno de Colombia no ha modificado el artículo 417 del Código Sustantivo del Trabajo en su inciso 1º tal y como lo ha recomendado el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones coincidiendo con el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Aplicación de Normas.

¿Cuál es la situación que se presenta sobre la violación del artículo 3 y 6 del Convenio 87 de la O.I.T. sobre la capacidad de negociación colectiva de las confederaciones y federaciones?

Primero. En el Código Sustantivo del Trabajo el modelo de negociación está construido para que sean las organizaciones sindicales de primer grado quienes tengan la capacidad de negociación colectiva plena,

mientras que le otorga funciones de asesoría a las federaciones y confederaciones en la negociación colectiva. No obstante, producida la Constitución de 1991 se establece el fin del modelo de organización sindical y de negociación colectiva en Colombia, toda vez que se adopta desde la Constitución el modelo de la O.I.T. establecido en los Convenios 87, 98, 135, 144, 151 y 154, ratificados por Colombia y que, al versar sobre derechos humanos, como lo ha señalado la Corte Constitucional, hacen parte del bloque de constitucionalidad formando parte de nuestro ordenamiento interno.

Los anteriores criterios son coincidentes con los del Comité de Libertad Sindical (O.I.T., 2006)⁴ que ha establecido en su recopilación en su párrafo 730, que las federaciones y confederaciones tienen derecho a la negociación colectiva.

A pesar de que el Estado colombiano no ha acogido las recomendaciones de los organismos de control de la O.I.T., en la práctica esta situación no es necesaria ya que, de conformidad con los Convenios mencionados, las confederaciones y federaciones en Colombia tienen el derecho de negociación colectiva en forma directa (Ostau de Lafont y Niño, 2010), por lo que pueden presentar pliego de peticiones, nombrar negociadores para la etapa de arreglo directo, nombrar árbitros, votar la huelga y firmar convenciones colectivas así como denunciarlas; todo con el amparo del Convenio 87 y demás Convenios indicados y algunos de los artículos del Código laboral que están en concordancia con el citado Convenio.

Los artículos del Código Sustantivo de Trabajo que sean contrarios a los citados Convenios de O.I.T. como el artículo 471 en su inciso primero, deberán ser inaplicados por los operadores judiciales en virtud de la excepción de inconstitucionalidad. Se colige entonces que si una federación presenta un pliego de peticiones y un empleador se negara a negociarlo, el Ministerio de Trabajo deberá, so pena de multa, obligarlo a negociar - artículo 433, núm. 2 - Código Sustantivo del Trabajo-

En este sentido, es imprescindible que las confederaciones y federaciones modifiquen sus estatutos sindicales para adecuarlos al derecho de negociación colectiva, toda vez que estos estatutos en su mayoría siguen obedeciendo al viejo modelo de federaciones y confederaciones constituidas antes de la Constitución de 1991. Por ende, los procedimientos para aprobar el pliego de peticiones, el nombramiento de los negociadores y árbitros y la decisión de la huelga se deberán acoger a las normas del Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 444, que establece que si la organización sindical es mayoritaria, la decisión será tomada por todos los afiliados en forma personal e indelegable que trabajen en la empresa o en las empresas donde se presente el pliego de peticiones. Si la organización sindical es minoritaria, todos los trabajadores de la empresa o de las empresas donde se presente el pliego de peticiones, serán quienes tomen la decisión.

Estableciendo una nueva lectura a partir el Convenio 87 de la O.I.T. del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo que define el concepto de convención colectiva como resultado final de la negociación colectiva, se puede señalar que ésta puede ser firmada y negociada también por una federación sindical.

⁴ El párrafo 730 de la recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O.I.T. señala: "Para poder defender mejor los intereses de sus mandantes, las organizaciones de trabajadores y de empleadores han de tener derecho a constituir las federaciones y las confederaciones que estimen convenientes, las cuales, por su parte, deberían disfrutar de los distintos derechos que se reconocen a las organizaciones de base, especialmente en lo que respecta a la libertad de funcionamiento, de actividades y de programas de acción. (O.I.T., 2006)

4.2 Segundo caso: la negociación colectiva de los trabajadores no sindicalizados (pactos colectivos)

En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la Conferencia Internacional del Trabajo en su 101ª reunión de 2012 en relación con la aplicación del Convenio 98 se señala:

Pactos colectivos con trabajadores no sindicalizados. En su observación anterior, la Comisión se refirió a la necesidad de garantizar que los pactos colectivos no sean utilizados para menoscabar la posición de las organizaciones sindicales y la posibilidad en la práctica de celebrar Convenios colectivos con estas y pidió al gobierno que facilite informaciones sobre el número total de Convenios colectivos y de pactos colectivos firmados y el número de trabajadores cubiertos por unos y otros. La Comisión toma nota de que el gobierno informa que, con miras a desestimular la celebración de pactos colectivos en los que se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, se expidió la Ley núm. 1453/11 que modifica el artículo 200 de la Ley núm. 599/00 y prevé penas de prisión (uno a dos años) y/o multas (de 100 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes) en caso de celebración “de pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones pactadas en Convenios colectivos con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa”. La Comisión subraya sin embargo que cuando existe un sindicato en la empresa los acuerdos colectivos con trabajadores no sindicalizados no deberían producirse. Por último, la Comisión toma nota de que el gobierno informa que existe una evolución de la negociación colectiva en Colombia y que entre enero y julio de 2011 se concluyeron 279 Convenios colectivos y 166 pactos colectivos. *La Comisión pide al gobierno que siga enviando estadísticas al respecto y que informe si en las empresas en las que se han concluido pactos colectivos con trabajadores no sindicalizados existe alguna organización sindical* (O.I.T., 2012).

En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la Conferencia Internacional del Trabajo en su 99ª reunión de 2010, en relación con la aplicación del Convenio 98 se indica:

A este respecto, al tiempo que recuerda que los pactos colectivos negociados directamente con los trabajadores no deberían ser utilizados para menoscabar la posición de las organizaciones sindicales, la Comisión pide al gobierno que informe sobre las medidas adoptadas tendientes a estimular y promover el pleno desarrollo y uso de la negociación colectiva voluntaria, de conformidad con el artículo 4 del Convenio y de garantizar que la firma de pactos colectivos negociados directamente con los trabajadores solo sea posible en ausencia de sindicato y que no se realice en la práctica con fines antisindicales. (O.I.T., 2010)

En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97ª reunión de 2008 de acuerdo con la aplicación del Convenio 98 se señala:

En este sentido, la Comisión pide una vez más al gobierno que garantice que los pactos colectivos no menoscaben la posición de las organizaciones sindicales y la posibilidad en la práctica de celebrar convenciones colectivas con estas. La Comisión pide asimismo al gobierno que facilite informaciones sobre el número total de Convenios colectivos y de pactos colectivos, así como sobre el número de trabajadores cubiertos por unos y otros (O.I.T., 2008).

En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la Conferencia Internacional del Trabajo en su 94ª reunión de 2006, en relación con la aplicación del Convenio 98 se señala:

2. *Pactos colectivos con trabajadores no sindicalizados*. En lo que respecta a la firma de pactos colectivos en desmedro de la convención colectiva, la Comisión toma nota de que el gobierno señala que los pactos colectivos están previstos por la legislación y subraya la igualdad existente entre los pactos colectivos y las convenciones colectivas. La Comisión observa que de acuerdo con los artículos 481 y siguientes del Código sustantivo del trabajo, los pactos colectivos solo podrán celebrarse en aquellos casos en que la organización sindical no afilie a más de un tercio de los trabajadores. La Comisión observa que de acuerdo con la información recabada por la Visita Tripartita de Alto Nivel, con frecuencia en la práctica, los trabajadores que son miembros de una organización sindical son incitados a desafiliarse de la misma y a firmar un pacto colectivo (los miembros de un sindicato no pueden firmar pactos colectivos), lo cual acarrea la disminución de dicho número de afiliados por debajo de la tercera parte de los trabajadores de la empresa. La Comisión recuerda una vez más el artículo 4 del Convenio relativo al pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria con las organizaciones de trabajadores con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo y subraya que la negociación directa con los trabajadores solo debería ser posible en ausencia de organizaciones sindicales. En este sentido, la Comisión pide al gobierno que tome medidas para garantizar que los pactos colectivos no sean utilizados para menoscabar la posición de las organizaciones sindicales y la posibilidad en la práctica de celebrar convenciones colectivas con estas, así como que facilite informaciones sobre el número total de Convenios colectivos y de pactos colectivos y sobre el número de trabajadores cubiertos por unos y otros (O.I.T., 2006).

En definitiva, los tres órganos de control de la O.I.T. coinciden en que en una empresa donde haya una organización sindical no puede hacerse una negociación colectiva con los trabajadores no sindicalizados, toda vez que la organización sindical representa en la negociación a todos los trabajadores de la empresa, tal cual como lo ha manifestado el Comité de Libertad Sindical (O.I.T., 2006)⁵.

La problemática del pacto colectivo en Colombia se produce como consecuencia de la interpretación del artículo 70 de la Ley 50/90 que estableció que en una empresa cuando hay un sindicato que agrupe más de la tercera parte de los trabajadores no podrá suscribirse pacto colectivo o prorrogarse los existentes. Coincidiendo las cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) en una interpretación surgida del derecho civil, con el objeto de aclarar una cláusula de un negocio jurídico en busca del espíritu de la correspondiente cláusula, cual es la interpretación romana, *a contrario sensu*, esto quiere decir que se ha establecido en la jurisprudencia que en una empresa en donde hay un sindicato que cobije menos de la tercera parte de los trabajadores de ella, es posible que pueda coexistir al mismo tiempo convención y pacto colectivo.

⁵ El **Párrafo 944** de la recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la O.I.T. señala: “La recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91), da preeminencia, en cuanto a una de las partes de la negociación colectiva, a las organizaciones de trabajadores, refiriéndose a los representantes de los trabajadores no organizados solamente en el caso de ausencia de tales organizaciones. En estas circunstancias, la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores”.

El **Párrafo 945** agrega: “La recomendación núm. 91 sobre los contratos colectivos (1951) dispone: «A los efectos de la presente recomendación, la expresión ‘contrato colectivo’ comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y 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, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional». A este respecto, el Comité subrayó que la mencionada recomendación pone énfasis en el papel de las organizaciones de trabajadores en tanto que parte en la negociación colectiva. La negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores”.

Esta interpretación anterior a la Ley 50/90, en el Decreto 1469 de 1978 artículo 46 ha sido utilizada de forma distorsionada por parte del sector empresarial colombiano (Ostau de Lafont, 2006) que en algunos casos, con toda intencionalidad, ha querido menoscabar, liquidar y desaparecer las organizaciones sindicales a través de privilegiar, por medio de un pacto colectivo, a los trabajadores no sindicalizados. Como este pacto solamente se aplica a los trabajadores no sindicalizados que lo suscriban, los trabajadores se ven en la necesidad de renunciar a la organización sindical para beneficiarse del pacto, situación esta, contraria al Decreto 1469 de 1978 en su artículo 61 (Legis, 2012) que estableció que la existencia del pacto colectivo no podrá alterar la aplicación del principio “a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales debe corresponder salario igual”. Sin embargo, la Corte Constitucional⁶ (2012) en varias oportunidades ha venido sosteniendo la tesis de que cuando en una empresa exista una convención colectiva y se establece un pacto colectivo que supere los derechos de la convención colectiva, el pacto también se aplica a los trabajadores sindicalizados, dado que hay rompimiento al principio constitucional de igualdad y al derecho de asociación sindical.

El Estado colombiano so pretexto de cumplir con las recomendaciones de los órganos de control de la O.I.T., modificó el artículo 200 del Código Penal mediante la Ley 1453/11 y estableció en su artículo 26, en tratándose de la violación de los derechos de reunión y asociación, lo siguiente:

“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 (...) (Ley N° 1453. Presidencia de la República de Colombia, Medellín, Colombia, 26 de junio de 2011).

La anterior norma establece que un pacto colectivo supera una convención colectiva. El que elabora dicho pacto incurrirá en una pena y una multa, con la condición que el pacto supere en su conjunto la convención colectiva. Ante esta situación se podría decir que:

1. Un pacto colectivo no supera en su conjunto una convención colectiva, dado que su pretensión es modificar esencialmente los elementos salariales para dismantelar la organización sindical. Por el contrario, la gran importancia de la convención colectiva es la generación de nuevas prestaciones sociales y garantizar la estabilidad laboral. Por ello, los empleadores se podrían cuidar de hacer un

⁶ Algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia son: el Derecho a la igualdad del trabajador sindicalizado – Beneficios del pacto colectivo de la Universidad San Buenaventura no se extienden a trabajadores sindicalizados (SENTENCIA, T-100/08); Derecho a la igualdad de trabajadores sindicalizados – Beneficios del pacto colectivo de la Universidad San Buenaventura no se extienden a trabajadores sindicalizados (SENTENCIA, T-570/07); Derecho al trabajo – Despido de empleados por elaboración y promoción de pacto colectivo (SENTENCIA, T-76/98); Pacto colectivo y convención colectiva – Discriminación por fecha de entrada en vigencia del aumento salarial (SENTENCIA, T-050/98); Pacto colectivo y convención colectiva – Igualdad de condiciones laborales (SENTENCIA, T-061/97, T-690/98, T-765/07); Pacto colectivo y planes de beneficios – Asimilación jurisprudencial por situación material igual (A-052/97, T-330/97); Pacto colectivo – Alcance (S.V. SU.342/95, S.V. SU.570/96, C-710/96); Pacto colectivo – Aplicación a quienes lo suscriben o se adhieren (SENTENCIA, T-013/99); Pacto colectivo – Cláusulas de no renuncia (SENTENCIA, T-135/02); Pacto colectivo – Despido de trabajadores que imposibilita proceso de elaboración y trámite (SENTENCIA, T-476/98); Pacto colectivo – Diferencias (S.V. SU.342/95); Pacto colectivo – Discriminación por cláusula de compensación salarial para quienes se acojan a determinado sistema de cesantías (SENTENCIA, T-602/99); Pacto colectivo – Incremento salarial a afiliados (SENTENCIA, T-201/96); Pacto colectivo – Solicitud de inaplicación de una cláusula [que] debía ser hecha por las personas que pueden ser afectadas (SENTENCIA, T-149/08).

pacto que no supere a la convención, pero que otorgue derechos inmediatos a los trabajadores de la empresa. De este modo, el artículo en mención es inaplicable.

2. Nos preguntamos si la condena de uno a tres años y la multa que impone este tipo penal, es una sanción para todos los que suscriban el pacto colectivo, incluidos los trabajadores o para quienes elaboren el pacto. Es bueno recordar que el pacto colectivo es un acuerdo entre dos partes y teóricamente no es la imposición de unas condiciones de una parte sobre la otra, entonces, ¿para quién es la pena?
3. Referente al pacto colectivo del artículo 200 del Código Penal es violatorio el Convenio 98 de la O.I.T., ya que establece como principio esencial de la negociación colectiva que esta surja de la voluntad libre y de buena fe de las partes. De ahí que, si el artículo establece que el empleador o las partes no pueden superar en una negociación colectiva, la convención colectiva de la empresa, se estaría restringiendo la voluntad de las partes en dicha negociación y se estaría violentando el Convenio 98.

En definitiva, para los organismos de control de la O.I.T., si en una empresa hay organización sindical sin importar que esta sea mayoritaria o minoritaria, no puede haber negociación colectiva con los trabajadores no sindicalizados. En el caso colombiano, al interpretar la jurisprudencia *a contrario sensu*, el artículo en mención acepta que si hay una organización sindical minoritaria (menos de la tercera parte de la empresa) puede coexistir entonces pacto y convención colectiva al mismo tiempo, prestándose esta interpretación a dismantlar las organizaciones sindicales colombianas, a dividir las o a fragmentar a los trabajadores.

El Estado colombiano no ha tenido en cuenta las observaciones de los órganos de control, sin embargo, se resalta el criterio jurídico de los autores de que si en una empresa hay una organización sindical, no puede coexistir convención y pacto colectivo, sin importar si es mayoritario o de minorías.

De conformidad con los criterios del Comité de Libertad Sindical que estableció desde sus párrafos 949 y siguientes, que las organizaciones sindicales minoritarias tienen derecho a la negociación colectiva y que en caso de que en dicha empresa existan estas organizaciones no puede haber negociaciones con los trabajadores no sindicalizados.

Si se llega a presentar el caso de que en una empresa exista una organización sindical y se negocie un pacto colectivo, ese pacto es contrario al Convenio 98 y por lo tanto, inexistente.

4.3 Tercer caso: la negociación colectiva de los empleados públicos

En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la Conferencia Internacional del Trabajo en su 101ª reunión de 2012 referente a la aplicación del Convenio 98, se estipula:

Artículo 4 del Convenio. Negociación colectiva en el sector público. Empleados públicos no adscritos a la administración del Estado. Decreto núm. 535 de 24 de febrero de 2009. La Comisión recuerda que en su observación anterior había tomado nota con satisfacción de la adopción del Decreto núm. 535, de 24 de febrero de 2009, relativo a la negociación colectiva en el sector público y al mismo tiempo señaló que es consciente de que el Decreto es muy corto, es susceptible de mejoras y establece principios que probablemente necesiten de una reglamentación ulterior para cumplir mejor con su objetivo y poder extender en la práctica los Convenios colectivos en las distintas instituciones. La Comisión pidió al gobierno que continúe el diálogo con las organizaciones sindicales a efectos de mejorar el Decreto ya adoptado y que informe al respecto. La Comisión toma nota de que el gobierno informa que: a) en el marco de las reuniones del Comité Sectorial del Sector Público, el cual está conformado por diversas entidades del gobierno y por representantes de la CUT, de la CGT, de la CTC y de la Federación Nacional de Trabajadores al Servicio

del Estado (Fenaltrase), se han realizado reuniones desde febrero de 2011 para concertar la modificación del Decreto núm. 535 de 2009, y 2) en mayo de 2011 los miembros de la Comisión acordaron un borrador de trabajo sobre modificación del Decreto núm. 535 de 2009 “por el cual se reglamenta el artículo 416 del Código sustantivo del trabajo”. La Comisión toma nota de que las organizaciones sindicales mencionadas señalan que al acuerdo sobre el borrador de trabajo de modificación del Decreto núm. 535 de 2009 solo le falta la firma del gobierno y que debe entrar en vigor lo antes posible. La Comisión aprecia estas informaciones y recuerda al gobierno que, si lo estima conveniente, puede recurrir a la asistencia técnica de la oficina en relación con el proyecto de Decreto modificatorio del Decreto núm. 535 de 2009. La Comisión pide al gobierno que informe sobre toda evolución en esta materia en su próxima memoria (O.I.T., 2012).

En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la Conferencia Internacional del Trabajo en su 99ª reunión de 2010 en cuanto a la aplicación del Convenio 98 se advierte:

Negociación colectiva en el sector público. La Comisión recuerda que desde hace numerosos años se refiere a la necesidad de que se reconozca de manera efectiva el derecho de negociación colectiva a los empleados públicos que no trabajan en la administración del Estado. La Comisión toma nota con satisfacción de que por primera vez desde la ratificación del Convenio en 1976 y después de reiterados pedidos, el gobierno expidió, el 24 de febrero de 2009, el Decreto núm. 535 relativo a la negociación colectiva en el sector público y observa que según informa el gobierno en su memoria ya ha dado resultados concretos pues se han adelantado procesos de concertación en el Distrito de Bogotá, en el Ministerio de la Protección Social y en el Ministerio de Educación (en este último caso con la Federación Colombiana de Educadores [FECODE]) que han dado lugar a acuerdos. La Comisión observa que dicho Decreto “tiene por objeto establecer las instancias dentro de las cuales se adelantará la concertación entre las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades del sector público” (artículo 1), con el fin de fijar las condiciones de trabajo y regular las relaciones entre empleadores y empleados (artículo 2). El Decreto establece asimismo el procedimiento para llevar adelante la concertación. La Comisión observa que este Decreto se aplica a todos los empleados del Estado, con excepción de los empleados de alto nivel que ejerzan empleos de dirección, conducción y orientación institucionales cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices (O.I.T., 2010).

A este respecto, la Comisión toma nota de que en sus comentarios, la CUT señala que el acuerdo con la Fecode no ha sido totalmente cumplido y que la CUT ha presentado una acción de nulidad del Decreto núm. 535 ante el Consejo de Estado, la cual se encuentra en trámite (esta organización y otras organizaciones representativas de trabajadores informaron a la misión que objetaban el Decreto núm. 535 y manifestaron que el borrador del nuevo Decreto modificatorio –que no se adjunta– no está en conformidad con el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151)). La Comisión observa que la acción de nulidad se funda sobre todo en la interpretación de ciertas disposiciones de la Constitución colombiana y en cuestiones de respeto de la legalidad interna, punto este sobre el que evidentemente, la Comisión no es competente. (O.I.T., 2010)

La Comisión toma nota también de que el gobierno informó a la misión que se prevé revisar el Decreto y que se comunicó para su discusión a las organizaciones de trabajadores y de empleadores un proyecto de Decreto modificatorio. (O.I.T., 2010)

La Comisión pide al gobierno que continúe el diálogo con las organizaciones sindicales a efectos de mejorar el Decreto ya adoptado y que le informe al respecto. La Comisión es consciente de que el Decreto es muy corto, es susceptible de mejoras y establece principios que probablemente necesiten de una reglamentación ulterior para cumplir mejor con su objetivo y poder extender en la práctica los acuerdos colectivos en las distintas instituciones. Si desde el punto de vista técnico es muy posible que ello sea conveniente, la Comisión recuerda que el Convenio no requiere una reglamentación exhaustiva, sino que por el contrario es compatible con sistemas que prevén un mínimo de injerencia del Estado en la negociación colectiva pública (O.I.T., 2010).

En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97ª reunión de 2008 en relación con la aplicación del Convenio 98 se señala:

Negociación colectiva en el sector público. La Comisión recuerda que desde hace numerosos años se refiere a la necesidad de que se reconozca de manera efectiva el derecho de negociación colectiva a los empleados públicos que no trabajan en la administración del Estado. La Comisión toma nota de que el gobierno señala que, de conformidad con la Ley núm. 411, los empleados públicos tienen derecho a presentar solicitudes respetuosas a su respectiva entidad y esta debe responder dichas solicitudes, lo cual está legalmente garantizado en el artículo 23 de la Constitución. Según el gobierno, en virtud de este procedimiento, un importante número de acuerdos sobre condiciones laborales han sido alcanzados. La Comisión subraya sin embargo, que en virtud de lo dispuesto en el Convenio núm. 98, los empleados públicos que no ejercen actividades propias de la administración del Estado deberían gozar del derecho de negociación colectiva. A este respecto, la Comisión toma nota de la Sentencia de 29 de noviembre de 2005, de la Corte Constitucional en la que resolvió “declarar exequible la expresión ‘los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas’ contenida en el artículo 416 del Código sustantivo del trabajo, bajo el entendido que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política de Colombia, y de conformidad con los Convenios núms. 151 y 154 de la O.I.T., las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto”. En este sentido, la Comisión pide al gobierno que de conformidad con la Sentencia de la Corte Constitucional tome las medidas necesarias para que la legislación reglamente el derecho de negociación colectiva de los empleados públicos y entre tanto que se promuevan medios de concertación sobre las condiciones de trabajo. La Comisión solicita al gobierno que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada a este respecto, espera que podrá constatar progresos tangibles en un futuro próximo y le recuerda que la asistencia técnica de la Oficina se encuentra a su disposición (O. I.T., 2008).

Frente a los anteriores comentarios es preciso señalar que, históricamente, el Código Sustantivo del Trabajo en Colombia niega la posibilidad de la negociación colectiva a los empleados públicos, como no ocurre con los trabajadores oficiales, quienes siendo trabajadores vinculados igualmente al Estado, se les reconoce el pleno derecho a sus organizaciones sindicales de la negociación colectiva.

Lo afirmado tiene una explicación histórica. Con la expedición de la Ley 6/45 se partía del principio de que todos los funcionarios del Estado –salvo algunas excepciones de funcionarios de alta categoría como magistrados y ministros– eran empleados públicos y la mayoría de las personas naturales vinculadas a este eran trabajadores oficiales, situación que continuó hasta 1950 cuando se expidió el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto de Estado Sitio del artículo 121 de la Constitución de 1886 No. 2663 y 3743 de 1950 adoptado como legislación permanente mediante la Ley 141/61) en el que se estableció en el artículo 416 (que a la fecha no ha sido modificado) que “los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas”. Más adelante instituye que en el caso de los trabajadores oficiales sí pueden presentar pliego de peticiones y celebrar convenciones colectivas. Lo anterior se debió a que en la Constitución de 1886 y la Constitución de 1991 (artículo 150 núm. 7, 19 literales e), f) y 23) se instauró que es el Congreso de la República quien tiene la facultad para establecer las condiciones de trabajo de los empleados públicos (salario, prestaciones sociales, etc.). En el caso del salario, esta función es delegada por la Ley 4/92⁷.

⁷ Mediante Ley 4/92 se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el gobierno nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y

Las razones esgrimidas son las que históricamente han estado establecidas para negarles a los empleados públicos la posibilidad de la negociación colectiva. Primero, porque eran una minoría de las altas jerarquías del Estado y, segundo, porque tradicionalmente las condiciones de trabajo de la burocracia del Estado han sido establecidas por el Congreso de la República, quien en representación de la sociedad, tiene la función política de velar por el patrimonio público. Sin embargo, con la llamada Reforma Administrativa de Carlos Lleras, se modifica la clasificación de los funcionarios del Estado a partir del Decreto 2400 y 3135 de 1968 donde la mayoría de los servidores quedaron clasificados como empleados públicos y una minoría como trabajadores oficiales; lo que significó la desaparición de muchas convenciones colectivas firmadas con los antiguos trabajadores oficiales y la mayoría de funcionarios del Estado de todo orden, quedaron clasificados como empleados públicos; por lo tanto, se les negaba el derecho a la negociación colectiva, toda vez que dejaron vigente el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas constitucionales sobre la materia.

En 1991 con la expedición de la Constitución Política de Colombia –que continuó con los criterios mencionados– y por medio de la Ley 411/97⁸ se aprueba el Convenio 151 de la O.I.T., el cual en su artículo 7 dicta:

Artículo 7o. Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones. (Ley N° 411. Diario Oficial No. 43.168, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 5 de noviembre de 1997).

Mediante la Ley 524/99⁹ se aprueba el Convenio 154 de la O.I.T. (Secretaría del Senado de la República de Colombia, 2012), el cual, en su artículo 1° establece:

1. El presente Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica.
2. La legislación o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.
3. En lo que se refiere a la administración pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio (art. 1°).

Cuando la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-377 de 1998 realizó el control posterior del Convenio 151 de la O.I.T., señaló, de acuerdo con el derecho de negociación del empleado público, lo siguiente:

La Corte debe condicionar el alcance de los artículos 7° y 8° del Convenio bajo revisión en relación con los empleados públicos, por cuanto esas normas autorizan a tomar en cuenta las especificidades de las situaciones nacionales. Así, el artículo 7° no consagra un derecho de negociación colectiva pleno para todos los servidores públicos sino que establece que los Estados deben adoptar “medidas adecuadas a las

para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁸ Por medio de la Ley 411 de 1997 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 64ª reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra, 1978”.

⁹ Por medio de la Ley 524 de 1999 se aprueba el Convenio número 154 sobre el Fomento de la Negociación Colectiva”, adoptado en la 67ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, con fecha 19 de junio de 1981.

condiciones nacionales” que estimulen la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones de servidores públicos, lo cual es compatible con la Carta. Además, esa misma disposición prevé la posibilidad de que se establezcan “cualesquiera otros métodos” que permitan a los representantes de los servidores estatales “participar en la determinación de dichas condiciones”, lo cual es armónico con la posibilidad de que existan consultas y peticiones de los empleados públicos a las autoridades, sin perjuicio de las competencias constitucionales de determinados órganos de fijar unilateralmente el salario y las condiciones de trabajo de estos empleados. Igualmente, el artículo 8° reconoce que los procedimientos conciliados de solución de las controversias deben ser apropiados a las condiciones nacionales, por lo cual la Corte entiende que esa disposición se ajusta a la Carta, pues no desconoce la facultad de las autoridades de, una vez agotados estos intentos de concertación, expedir unilateralmente los actos jurídicos que fijan las funciones y los emolumentos de los empleados públicos (Corte Constitucional Colombiana, 1998).

El Comité de Libertad Sindical en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la negociación colectiva de los empleados públicos (O.I.T., 2006), y en los párrafos 886 y siguientes ha instituido que los trabajadores de la administración pública tienen derecho a la negociación colectiva de conformidad con el Convenio 151 artículo 7° y 8°, pero establece que esta negociación podría ser diferente a otros tipos de trabajadores, que en el caso colombiano, son los trabajadores particulares y trabajadores oficiales, por lo tanto, el Estado colombiano deberá establecer un mecanismo de negociación con los empleados públicos y para tales efectos se expidió el Decreto 535 de 2009, Decreto que ha establecido un tipo de negociación como es la concertación de carácter restrictivo, dado que se podría llegar a una concertación que se elevará a Acto Administrativo del competente en asuntos relacionados con fijar las condiciones de trabajo y regular las relaciones entre empleador y empleado, pero quedando fuera de estos acuerdos todos los asuntos relacionados con la estructura orgánica, la planta de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado; los procedimientos administrativos y el principio de mérito como presupuesto esencial de la carrera administrativa; Igualmente, limitando la concertación de los entes territoriales. De ahí que este Decreto tendrá que ser modificado, porque desconoce el Convenio 151 de la O.I.T. (recordando que este hace parte del bloque de constitucionalidad y por ende, prevalece en el orden interno).

Como conclusión, se puede decir que hoy los empleados públicos tienen pleno derecho de negociación colectiva, por lo que pueden presentar pliego de peticiones; y los nominadores tienen la obligación de realizar dicha negociación. No obstante, subsiste una problemática: el Decreto 535 de 2009 es restrictivo y violatorio de los Convenios 151 y 154 de la O.I.T. y de la Constitución Política de Colombia, de ahí que el citado Decreto, en el principio de excepción de inconstitucionalidad, no es aplicable. Pese a ello, nos enfrentamos a la disyuntiva de que el Convenio 151 –que otorga el derecho de negociación a los empleados públicos, en cuanto a los posibles acuerdos a que se puedan llegar en esta negociación especial–, sería violatorio de la Constitución Política de Colombia, toda vez que es el Congreso de la República, quien tiene la facultad para establecer las condiciones de trabajo de los empleados públicos, por ello, los acuerdos a que se lleguen deberán ser elevados a Ley de la República, situación que es prácticamente imposible, ya que si un nominador nacional o territorial llega a un arreglo, la posibilidad de que se comprometa a remitirlo al Congreso para que sea adoptado como Ley, es totalmente nula, toda vez que no tiene iniciativa de Ley. Si por alguna circunstancia se remitiera al Ejecutivo nacional, quien sí tiene la iniciativa de Ley en estos aspectos, quedaría supeditado a la voluntad política del Congreso, para que este acuerdo sea aprobado mediante una Ley. Así, la alternativa sería, modificar el Decreto 535 o la Constitución Política de Colombia, quitándole las facultades al Congreso de la República para establecer las condiciones de los empleados públicos y permitir plena negociación colectiva con efectos de Ley para las partes.

4.4 Cuarto caso: el derecho de huelga y los servicios públicos esenciales

En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la Conferencia Internacional del Trabajo en su 98ª reunión de 2009, referente a la aplicación del Convenio 87 se indica:

Derecho de las organizaciones de trabajadores de organizar sus actividades y formular su programa de acción. La Comisión también se refirió a la prohibición de la huelga, no solo en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, sino también en una gama muy amplia de servicios que no son necesariamente esenciales (artículo 430, incisos b), d), f), g) y h); artículo 450, párrafo 1), inciso a), del Código del trabajo, Ley Tributaria núm. 633/00 y Decretos núm. 414 y 437 de 1952; 1543/55; 1593/59; 1167/63; 57 y 534 de 1967) y la posibilidad de despedir a los trabajadores que hayan intervenido o participado en una huelga ilegal (artículo 450, párrafo 2, del Código del trabajo), incluso cuando la ilegalidad resulta de exigencias contrarias a los principios de libertad sindical. La Comisión había pedido al gobierno que en el marco de un proyecto de Ley que estaba examinando el Congreso y que preveía ciertas modificaciones al Código de trabajo, se modificaran las disposiciones comentadas invitándose al gobierno a que recurriera a la asistencia técnica de la Oficina. A este respecto, la Comisión toma nota de que el gobierno señala que: 1) al valorar los intereses en conflicto, a efectos de hacer la definición de los servicios públicos esenciales, el legislador debe partir de bases serias, objetivas y razonables, de modo que la respectiva regulación guarde proporcionalidad entre el respeto de los derechos fundamentales de los usuarios y el derecho de los trabajadores a la huelga; 2) la Constitución reconoce el derecho de huelga pero este no es absoluto; 3) en virtud de la Ley núm. 1210/08 de 14 de julio, la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales de carácter tripartito deberá presentar un informe dentro de los seis meses sobre los proyectos que haya presentado en relación con los artículos 55 (negociación colectiva) y 56 (huelga y servicios esenciales) de la Constitución. La Comisión pide al gobierno que le informe sobre todo avance para modificar la legislación en lo que respecta a la gama muy amplia de servicios en los que, por ser considerados esenciales, se prohíbe la huelga, así como el segundo párrafo del artículo 450 en virtud del cual se puede despedir a los trabajadores que hayan participado en una huelga en dichos servicios. (O.I.T., 2009)

Arbitraje obligatorio. La Comisión se había referido a la facultad del ministro de Trabajo para someter el diferendo a fallo arbitral cuando una huelga se prolongue más allá de cierto período –60 días– (artículo 448, párrafo 4, del Código del trabajo). La Comisión había tomado nota de un proyecto de Ley modificando este artículo, el cual establecía que si no es posible llegar a una solución definitiva, las partes o una de ellas solicitarán al Ministerio de la Protección Social la convocatoria de un tribunal de arbitramento. La Comisión toma nota de que la Ley núm. 1210, modifica el artículo 448, párrafo 4 del Código sustantivo de trabajo y establece que: 1) el empleador y los trabajadores podrán, dentro de los tres días siguientes, convenir cualquier mecanismo de composición, conciliación o arbitraje; 2) si no llegan a un acuerdo, de oficio o a petición de parte, intervendrá la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales que ejercerá sus buenos oficios durante un máximo de cinco días; 3) vencido dicho plazo sin que haya sido posible llegar a una solución definitiva, ambas partes solicitarán al Ministerio de la Protección Social la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, y 4) los trabajadores tendrán la obligación de reanudar el trabajo dentro de los tres días. A este respecto, la Comisión considera que salvo en los servicios esenciales en el sentido estricto del término o respecto de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, la convocatoria del Tribunal de Arbitramento solo debería ser posible si ambas partes, de común acuerdo, y de manera voluntaria así lo deciden. La Comisión pide al gobierno que tome las medidas necesarias para modificar el artículo 448, párrafo 4 en el sentido indicado (art. 3). (O.I.T., 2009)

En el año 2008 Colombia adopta la Ley 1210 dando cumplimiento al Convenio 87 de la O.I.T. y para tal efecto, traslada la función de la declaratoria de legalidad o ilegalidad de la huelga o de los ceses de activi-

dades del Ministerio de Trabajo a los jueces laborales. Sin embargo, en la citada Ley no se procedió a reglamentar el artículo 56 de la Constitución Nacional que establece que “se garantiza el derecho de huelga salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador, la Ley reglamentará este derecho”, conllevando esta, negligencia y profundas contradicciones entre los operadores judiciales, ya que las decisiones que se han de tomar sobre los ceses de actividades o las huelgas para algunos de ellos, actuarán de conformidad con el contenido del código sustantivo del trabajo, esto es, el artículo 430¹⁰ que prohíbe la huelga en los servicios públicos y el artículo 450¹¹ sobre la ilegalidad y sanciones de dichas actividades.

En consecuencia, las decisiones de estos operadores judiciales negarán que en Colombia en 1991 se produjo una nueva Constitución que establece la no garantía del derecho de huelga en los servicios públicos esenciales y que la Ley lo reglamentará (responsabilidad del Congreso de la República), situación que hasta la fecha, no ha definido qué son los servicios públicos esenciales pero que, sin embargo, en varias oportunidades, en la medida en que se han ido aprobando Leyes relacionadas con algún tipo de actividad que el gobierno o algunos parlamentarios han considerado que son servicios públicos esenciales, le han ido introduciendo a esas Leyes la palabra “servicio público esencial”, coincidiendo algunas de estas actividades con el Convenio 87 y los criterios de los órganos de control de la O.I.T. sobre la huelga y los servicios públicos, así por ejemplo, se coincide con los criterios de la O.I.T. y la Ley 100/93 que estableció que el servicio de salud es un servicio público esencial toda vez que su suspensión atenta contra la seguridad y la vida de las personas (O.I.T., 2006)¹².

La Ley 336/96 (Estatuto General de Transporte) en su artículo 5°, le otorga el carácter de servicio público esencial a la operación de las empresas de transporte público, al respecto el Comité de Libertad Sindical (O.I.T., 2006) menciona:

¹⁰ El **Artículo 430** del código sustantivo del trabajo señala: “Prohibición de huelga en los servicios públicos. Artículo modificado por el artículo 1° del Decreto extraordinario 753/56: De conformidad con la Constitución Nacional, está prohibida la huelga en los servicios públicos.

Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas. Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

- a) Las que se prestan en cualquiera de las ramas del poder público.
- b) Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones.
- c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas.
- d) Las de establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia.
- e) Literal inexecutable.
- f) Las de todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones.
- g) Literal inexecutable.
- h) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país, a juicio del gobierno.
- i) Ordinal derogado por el numeral 4°. del artículo 3°, de la Ley 48/68”.

¹¹ El **Artículo 450** del código sustantivo del trabajo señala: “Casos de ilegalidad y sanciones. Artículo modificado por el artículo 65 de la Ley 50/90:

1. La suspensión colectiva del trabajo es ilegal, entre otros casos:
 - a) Cuando se trate de un servicio público.
(...)”

¹² El Artículo 595 del código sustantivo del trabajo señala: “Cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios”.

621. El transporte de pasajeros y mercancías no es un servicio esencial en el sentido estricto del término; no obstante, se trata de un servicio público de importancia trascendental en el país y, en caso de huelga, puede justificarse la imposición de un servicio mínimo.

En esta circunstancia, claramente se instaura la contradicción entre la Ley del transporte que señala a este como un servicio público esencial y los criterios del Comité de Libertad Sindical, que dispone que no es un servicio público esencial pero amerita la imposición de un servicio mínimo. ¿Cómo resolver esta contradicción? Haciendo prevalecer la Constitución Política de Colombia de 1991 y el Convenio 87 de la O.I.T. que hace parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que un operador judicial no podría decretar la ilegalidad de una huelga o de un cese de actividades en una empresa de transporte público so pretexto de que la misma Ley lo establezca como esencial, toda vez que la ausencia de este servicio no atenta contra la seguridad y la vida de las personas. Ahora bien, al no estar regulados los servicios mínimos, como lo manifiesta el Comité de Libertad Sindical, en el servicio de transporte público podría justificarse la imposición de un servicio mínimo, para lo cual, sería el empleador y los trabajadores quienes establecieran el servicio mínimo con el objetivo de no afectar a la comunidad.

Se puede decir entonces que en Colombia es necesario instituir las reglas de juego sobre el derecho de huelga, reglamentándose de conformidad con el artículo 56 de la Constitución, el Convenio 87 y los cometarios del Comité de Libertad Sindical y de los órganos de control de la O.I.T., que son los servicios públicos esenciales y en donde se evidencia la necesidad de prestar un servicio mínimo y las condiciones para su prestación. Mientras tanto, los operadores judiciales deberán actuar dentro de los criterios del bloque de constitucionalidad, haciendo prevalecer el Convenio 87 y los comentarios de los órganos de control de la O.I.T. en relación con el derecho de huelga.

CONCLUSIÓN

Los órganos de control de la O.I.T. han producido innumerables recomendaciones al Estado colombiano, que se pueden resumir de la siguiente manera: van desde criterios interpretativos del Código sustantivo del trabajo, hasta la derogación de normas o reglamentación que en amplia mayoría son tenidas en cuenta, salvo en situaciones coyunturales, como han sido la decisiones de la Corte Constitucional al declarar inexecutable muchas de las normas de la parte colectiva del Código y que desde el año 1991 se sabía, eran contrarias al Convenio 87 y 98 ratificados por Colombia mediante las Leyes 26 y 27 de 1976 y que han venido siendo considerados como Convenios de Derechos Humanos desde antes de la Constitución de 1991. Es de anotar el enorme perjuicio que le ha causado a la sociedad civil colombiana y, en este caso, a las organizaciones sindicales y a los derechos laborales exigidos por ellas, no por la ignorancia de esta situación, sino por la intolerancia de funcionarios, administrativos y operadores judiciales del Estado.

No es posible que desde el año 1991 se haya causado tanto perjuicio por la no aplicación del Convenio 87 y por la declaración de ilegalidad de las huelgas y de los ceses de actividades por parte del Ministerio del Trabajo y de los operadores judiciales (contencioso administrativo). Hay una responsabilidad directa del Estado colombiano por los daños causados al mundo del trabajo, dada la no aplicación de los Convenios 87 y 98 de la O.I.T. En muchos de los conflictos sociales asociados al trabajo –que en los últimos años se han venido presentando, y que el Comité de Libertad Sindical, como el caso del reintegro de los trabajadores de las empresas de servicios públicos de Medellín, de los empleados de Ecopetrol y de los empleados de la Empresa de Servicios Públicos de Cali–, el Comité de Libertad Sindical ha ordenado el reintegro de los trabajadores avalados por la de los empleados y, sin embargo, Corte Constitucional.

REFERENCIAS

- Cavelier, G. (2000). *Régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia (3a ed.)*. Bogotá: Legis.
- Constitución O.I.T., (2010). *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co>
- Corte Constitucional Colombiana, (1998). *Sentencia C-377 de 1998*. Referencia: Expediente L.A.T.-112.
- Corte Constitucional Colombiana, (1999). *Sentencia T-568 de 1999*. Referencia: Expediente 206.360.
- Corte Constitucional Colombiana, (2003). *Sentencia T-603 de 2003*. Referencia: expediente T-716784.
- Corte Constitucional Colombiana, (2004). *Sentencia T-695 de 2004*. Referencia: expediente T-880809.
- Corte Constitucional Colombiana, (2011). *Sentencia 171 de 2011*. Referencia: expediente T-2785200.
- Gravel, E., & Gernigon, B. (2002). *El Comité de Libertad Sindical: impacto desde su creación*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Legis. (2012). *Régimen laboral colombiano*. Bogotá: Legis.
- Naciones Unidas. (2012). *Naciones Unidas*. Obtenido de <http://www.un.org/es/ecosoc/>
- Niño, L. A. (2010). *Aplicación de los Convenios de la O.I.T. en materia de derecho de asociación sindical y negociación colectiva en las decisiones de los jueces laborales en Colombia*. *Prolegómenos - Derechos y Valores*.
- Ostau de Lafont, F. R. (2006). *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II*. Bogotá: Ibáñez.
- O. I.T. (2006). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- O. I.T. (2008). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- O.I.T. (2010). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- O.I.T. (2011). *La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia Internacional del Trabajo. Dinámica e impacto: décadas de diálogo y persuasión*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- O.I.T. (2012). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Potobsky, G. W., & Bartolomei, H. (1990). *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Presidencia República de Colombia. (2012). *Presidencia República de Colombia*. Obtenido de <http://wsp.presidencia.gov.co>

Secretaría del Senado de la República de Colombia. (2012). *Secretaría del Senado de la República de Colombia*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/Ley/1997/Ley_0411_1997.html

Villán, C. (2000). *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Trotta.

El **Artículo 595** del código sustantivo del trabajo señala: “Cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios”.