

Traducción no Oficial

ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA

INFORME PÚBLICO DEL EXAMEN DE LA
COMUNICACIÓN A LOS EE.UU. 2016-02 (COLOMBIA)



OFICINA DE ASUNTOS COMERCIALES Y LABORALES
DIRECCIÓN DE ASUNTOS LABORALES INTERNACIONALES
DEPARTAMENTO DE TRABAJO DE LOS EE.UU.

11 DE ENERO DE 2017

INFORME PÚBLICO DEL EXAMEN DE LA COMUNICACIÓN A LOS EE.UU. 2016-02 (COLOMBIA)

Resumen ejecutivo

Propósito del informe

El presente informe se ha preparado en respuesta a la Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), hecha el 16 de mayo de 2016 ante la Oficina de Asuntos Comerciales y Laborales (OTLA) de la Dirección de Asuntos Laborales Internacionales del Departamento de Trabajo de los EE.UU. (USDOL) por la Federación Estadounidense del Trabajo y Congreso de Organizaciones Industriales (AFL-CIO) y cinco organizaciones de trabajadores colombianos conforme al artículo 17.5 del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (CTPA). En la Comunicación se alega que ha habido violaciones del capítulo de Asuntos Laborales del CTPA, que entró en vigor el 15 de mayo de 2012. El 15 de julio de 2016, la OTLA aceptó la Comunicación para examen, tras haber considerado los factores expuestos en las Directrices de Procedimiento. En virtud de las Directrices de Procedimiento, la OTLA emitirá un informe público dentro de los 180 días siguientes a la aceptación de una Comunicación para su examen, a menos que las circunstancias que determine la OTLA requieran de una prórroga.

La OTLA realizó su examen para obtener información y presentar un informe público sobre las cuestiones planteadas en la Comunicación. Durante el período de examen, la OTLA consultó con la Oficina del Representante de Comercio de los EE.UU. (USTR) y el Departamento de Estado de los EE.UU. (Departamento de Estado).

Resumen de las Alegaciones Presentadas por la Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia)

En la Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia) se alega que el Gobierno de Colombia no logró aplicar efectivamente las leyes laborales con respecto a los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva, no logró adoptar ni mantener en sus leyes, reglamentos y prácticas, los derechos fundamentales a la libertad de asociación y la negociación colectiva, y no logró cumplir con las garantías de procedimiento que se enumeran en el capítulo de Asuntos Laborales. En la misma se citan dos estudios de caso ilustrativos de los sectores petrolero y azucarero.

Conclusiones

Inspección y aplicación de la legislación laboral

El examen de la OTLA identificó medidas significativas que el Ministerio del Trabajo ha tomado para fortalecer su sistema de inspección de la ley laboral desafiando a la capacidad del Ministerio del Trabajo para realizar inspecciones en zonas rurales, capacitar y retener a personal calificado, y utilizar eficazmente sus recursos limitados. La OTLA asimismo identificó deficiencias con respecto a los procedimientos de inspección, a la aplicación de sanciones y al cobro de multas.

Como consecuencia, la OTLA tiene preocupaciones significativas en torno al sistema actual para proteger los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva en Colombia.

En concreto, la OTLA tiene inquietudes en lo que respecta a: (1) la falta de capacidad del organismo de inspección laboral, en particular en lo que toca a la dificultad que representa para los inspectores viajar a zonas rurales, la rotación alta de personal, la falta de una estrategia nacional consistente y la no aplicación de un sistema nacional de gestión de casos; (2) las demoras en el proceso de inspección del Ministerio del Trabajo; y (3) los cobros demorados y la falta de cobrar sistemáticamente ciertas multas con relación a los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva. El examen de la OTLA también planteó preguntas con relación a la imposición y la aplicación de multas. Estas cuestiones afectan negativamente a la aplicación por parte del Gobierno de Colombia de las leyes laborales que se relacionan con los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva.

Subcontratación

En el examen que realizó la OTLA de la Comunicación se analizaron los regímenes de subcontratación, incluidos la utilización en declive de las cooperativas de trabajo asociado (CTA) y el aumento de contratos sindicales y de sociedades por acciones simplificadas (SAS). El examen también analizó las iniciativas por parte del Gobierno de Colombia para luchar contra la subcontratación abusiva que puede socavar los derechos de los trabajadores (las que incluyen iniciativas para la aplicación del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, la negociación de acuerdos de formalización para contratar a trabajadores que previamente estuvieran en relaciones de subcontratación ilícitas, y la adopción y aplicación de nuevos decretos que regulan aún más el empleo de la subcontratación). Pese a las medidas considerables que ha tomado el Gobierno de Colombia para combatir la subcontratación abusiva, a la OTLA tiene preocupaciones significativas de que el Ministerio del Trabajo no esté tomando medidas suficientes para aplicar los nuevos decretos ni para hacer cumplir las prohibiciones relativas a la subcontratación abusiva que puede socavar los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva.

Pactos colectivos

En el examen también se incluyó un análisis de los pactos colectivos que socavan los derechos laborales. La OTLA reconoce las iniciativas del Ministerio del Trabajo para priorizar e investigar el uso ilícito de los pactos colectivos. Sin embargo, la OTLA halló que los pactos colectivos en Colombia a veces se han utilizado para socavar los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva y tiene inquietudes constantes con respecto a la aplicación de la prohibición del Código Sustantivo del Trabajo contra estas prácticas.

Falta de procesamientos judiciales en casos de amenazas y violencia contra sindicalistas

En el examen se incluyó un análisis de casos de amenazas y violencia contra sindicalistas. La OTLA halló que, si bien la ley colombiana prohíbe las amenazas y la violencia antisindicales y los homicidios relacionados con los sindicatos han disminuido desde el 2011, en la práctica, el sistema actual en Colombia para investigar y procesar los casos de amenazas y violencia antisindicales se enfrenta a graves desafíos estructurales.

La historia de impunidad en casos de amenazas y violencia contra los sindicalistas, así como el continuo alto índice de impunidad en estas áreas, socavan el derecho a la libertad de asociación y plantea preocupaciones sobre la investigación y el procesamiento judicial de casos de violencia contra sindicalistas en Colombia.

Aplicación del artículo 200 del Código Penal

En el examen se incluyó un análisis de la aplicación del artículo 200 del Código Penal, el cual impone multas y penas de prisión para los empleadores que socavan los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva. Existe actualmente una considerable demora en el procesamiento de los casos al amparo del artículo 200, y podría llevar años procesarlos. Adicionalmente, la OTLA no halló indicios ni de una sola condena al amparo del artículo 200, si bien 82 casos han sido conciliados exitosamente. Por consiguiente, la OTLA tiene inquietudes constantes acerca de la aplicación del artículo 200 por parte del Gobierno de Colombia.

Recomendaciones y próximos pasos

La OTLA seguirá observando las cuestiones planteadas por la Comunicación, incluso cualquier progreso que el Gobierno de Colombia logre en lo que se refiere a abordar las inquietudes señaladas en el presente informe. La OTLA ofrece al Gobierno de Colombia las siguientes recomendaciones para ayudar a guiar el compromiso ulterior entre el Gobierno de los EE.UU. y el Gobierno de Colombia destinado a abordar estas inquietudes:

1. Mejorar el sistema de inspección de la ley laboral para garantizar que las inspecciones cumplan con los procedimientos y los plazos legales, y se lleven a cabo de conformidad con una estrategia de inspección nacional dirigida a los sectores en riesgo;
2. Mejorar la aplicación y el cobro de multas para asegurar que los empleadores que violen las leyes laborales sean sancionados y que las multas se cobren de manera oportuna;
3. Adoptar medidas adicionales eficaces para combatir la subcontratación abusiva y los pactos colectivos, incluidas la mejora de la aplicación de las leyes vigentes y la adopción y aplicación de instrumentos jurídicos nuevos cuando sea necesario; y
4. Mejorar la investigación y el procesamiento judicial de casos de violencia y amenazas contra sindicalistas priorizando casos recientes, y asegurar la pronta resolución de casos al amparo del artículo 200 del Código Penal.

La OTLA recomienda al ministro del Departamento de Trabajo la iniciación, por parte del Gobierno de los Estados Unidos, de consultas con los puntos de contacto designados en el artículo 17.5 del capítulo de Asuntos Laborales del CTPA. La OTLA, en coordinación con la USTR y el Departamento de Estado, se reunirá con el Gobierno de Colombia lo antes posible para iniciar consultas con los puntos de contacto para tratar las preguntas e inquietudes identificadas en este examen y determinar los próximos pasos para poner en práctica las recomendaciones previas, o medidas similares. La OTLA pedirá a las partes interesadas pertinentes de la sociedad civil que aporten su opinión con respecto a las consultas de los puntos de contacto.

La OTLA, en consulta con la USTR y el Departamento de Estado, aprovechará el progreso hacia la aplicación de estas recomendaciones, o de medidas similares, para determinar cuáles serán los próximos pasos apropiados relativos al compromiso con el Gobierno de Colombia, y evaluará todo avance en tal sentido dentro de un plazo de nueve meses y posteriormente, según proceda.

Índice

Resumen ejecutivo i

I. Introducción..... 1

II. El compromiso conforme al Plan de Acción Laboral 3

III. Análisis del derecho laboral y la práctica en Colombia..... 5

A. El sistema de inspección y aplicación de la legislación laboral 6

 i. Los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva en Colombia..... 6

 ii. Resumen sobre el organismo de inspección laboral 7

 iii. Procedimientos de inspección..... 11

 iv. Imposición y aplicación de multas..... 15

 v. Cobro de multas 18

B. Asuntos sobre la aplicación relativos a temas específicos 20

 i. Subcontratación..... 20

 ii. Pactos colectivos..... 30

C. Falta de procesamientos judiciales en casos de amenazas y violencia contra sindicalistas .. 32

D. Aplicación del artículo 200 del Código Penal 36

IV. Conclusiones..... 37

V. Recomendaciones y próximos pasos..... 38

I. Introducción

El Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (CTPA) entró en vigor el 15 de mayo de 2012.¹ El capítulo de Asuntos Laborales del CTPA (capítulo 17) estipula que cada Parte designará una oficina dentro de su ministerio de trabajo o entidad equivalente que servirá de punto de contacto con las otras Partes y con el público.² En el caso de los Estados Unidos, se designó como punto de contacto la Oficina de Asuntos Comerciales y Laborales (OTLA) del Departamento de Trabajo de los EE.UU. en un aviso que se publicó en el *Registro Federal* con fecha de 21 de diciembre de 2006.³ Conforme al capítulo de Asuntos Laborales del CTPA, el punto de contacto de cada Parte se encargará de la presentación, recepción y consideración de las comunicaciones de las personas de una Parte sobre asuntos relacionados con este capítulo y examinará esas comunicaciones de acuerdo con los procedimientos internos.⁴ En el mismo aviso en el *Registro Federal* que designó a la OTLA como punto de contacto de los Estados Unidos también se establecen las Directrices de Procedimiento que la OTLA aplica para la recepción y examen de las comunicaciones públicas.⁵

El 16 de mayo de 2016, la OTLA recibió una comunicación pública conforme al capítulo de Asuntos Laborales del CTPA de la Federación Estadounidense del Trabajo y Congreso de Organizaciones Industriales (AFL-CIO) y cinco organizaciones laborales colombianas.⁶ En la Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia) se alega que el Gobierno de Colombia ha incumplido sus obligaciones contenidas en el capítulo de Asuntos Laborales del CTPA, en particular, al no adoptar ni mantener en sus leyes y prácticas laborales los derechos enunciados en la *Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)*, al no aplicar o al dejar sin efecto las leyes laborales colombianas, al no aplicar efectivamente las leyes laborales colombianas y al no garantizar el acceso a los procedimientos en los tribunales administrativos, judiciales y laborales ni la transparencia de los mismos. En la Comunicación se mencionan dos casos específicos: uno del sector petrolero y el otro del sector azucarero.

El artículo 17.2.1 del CTPA establece en parte que “[cada Parte] adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, los siguientes derechos, tal como se establecen en la *Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)* (Declaración de la OIT): (a) libertad de asociación [y] (b) reconocimiento efectivo del derecho de negociación

¹ Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos [en adelante, USTR], Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, disponible en <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/colombia-tpa>.

² Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América [en adelante, CTPA], artículo 17.5.5.

³ Reg. Fed. 76691, título 71 (21 de diciembre de 2006), <http://www.dol.gov/ilab/programs/otla/2006021837.pdf>.

⁴ CTPA, artículos 17.5.5(c) y 17.5.6.

⁵ Reg. Fed. 76691, título 71 (21 de diciembre de 2006).

⁶ Federación Estadounidense del Trabajo y Congreso de Organizaciones Industriales [en adelante, AFL-CIO] y cinco organizaciones laborales colombianas, Comunicación Pública a la Oficina de Asuntos de Comercio y Trabajo (OTLA) con arreglo a los capítulos 17 (Asuntos Laborales) y 21 (Solución de Controversias) del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (16 de mayo de 2016), <https://www.dol.gov/sites/default/files/documents/ilab/Colombia%20Final%20Word%20version%202800000002%29.pdf> [en adelante, Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia)].

colectiva . . . ”⁷ El artículo 17.2.2 del CTPA exige que “[ninguna Parte] dej[e] de aplicar o de otra forma dej[e] sin efecto . . . sus leyes y reglamentos que implementen [el artículo 17.2.1] de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes.”⁸ El artículo 17.3.1(a) del CTPA establece que “[una Parte] no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, incluidas las leyes que adopte o mantenga de conformidad con el artículo 17.2.1, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.”⁹ El artículo 17.4.2 del CTPA establece que “cada Parte garantizará que los procedimientos ante los tribunales [administrativos, judiciales, cuasi-judiciales o laborales], referentes a la aplicación de sus leyes laborales, serán justos, equitativos y transparentes y, para tal fin, cada Parte garantizará que: . . . d) dichos procedimientos no impliquen cargos excesivos, ni plazos ni demoras injustificadas.”¹⁰ El artículo 17.4.3(b) establece que “cada Parte dispondrá que las resoluciones finales sobre el fondo del caso en . . . los procedimientos [ante los tribunales administrativos, judiciales, cuasi-judiciales o laborales]: . . . (b) se hagan disponibles, sin demora indebida, a las partes en los procedimientos y al público, de conformidad con su legislación . . . ”¹¹ El artículo 17.8 define las “leyes laborales” como “leyes y reglamentos de una Parte, o disposiciones de los mismos, que estén directamente relacionados con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos: (a) libertad de asociación [y] (b) reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva . . . ”¹²

El 15 de julio de 2016, la OTLA aceptó la Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia) para ser examinada, tras haber considerado los factores expuestos en las Directrices de Procedimiento.¹³ En virtud de las Directrices de Procedimiento, la OTLA emitirá un informe público dentro de los 180 días siguientes a la aceptación de una comunicación para su examen, a menos que las circunstancias que determine la OTLA requieran de una prórroga.¹⁴

La OTLA realizó su examen de julio de 2016 a enero de 2017 para obtener información y presentar un informe público sobre las cuestiones planteadas en la Comunicación. La OTLA se basó en información recopilada entre julio y enero, pero también en información que se ha recabado a través de años de compromiso entre el Gobierno de los Estados Unidos y Colombia, incluida la información reunida por el agregado laboral del Departamento de Trabajo de los EE.UU., quien estuvo apostado en la Embajada de los EE.UU. en Bogotá desde abril de 2015 hasta noviembre de 2016.

Durante el período de examen, la OTLA consultó a la Oficina del Representante de Comercio de los EE.UU. (USTR) y al Departamento de Estado de los EE.UU. (Departamento de Estado). La OTLA examinó cuidadosamente la información que proporcionaron los peticionarios, el Gobierno de Colombia, y demás con conocimiento directo de los temas pertinentes.

⁷ CTPA, artículo 17.2.1.

⁸ *Ibid.*, artículo 17.2.2.

⁹ *Ibid.*, artículo 17.3.1(a).

¹⁰ *Ibid.*, artículo 17.4.2.

¹¹ *Ibid.*, artículo 17.4.3(b).

¹² *Ibid.*, artículo 17.8.

¹³ La decisión de aceptar esta comunicación se publicó en un aviso del Registro Federal con fecha de 18 de julio de 2016. Reg. Fed. 46713, título 81 (18 de julio de 2016).

¹⁴ Reg. Fed. 76691, título 71 (21 de diciembre de 2006).

Para proporcionar contexto y antecedentes, este informe comienza con un resumen del compromiso en materia de asuntos laborales entre el Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno de Colombia, tanto antes como después de entrar en vigor el CTPA (sección II). La sección III presenta un análisis del sistema colombiano de inspección y aplicación de la legislación laboral en relación con las alegaciones contenidas en la Comunicación, específicamente el supuesto incumplimiento por parte de Colombia en aplicar eficazmente las leyes sobre los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva, y en adoptar y mantener esos derechos en el derecho y la práctica. Esta sección comienza con una breve descripción de las protecciones legales para los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva, y el ejercicio de esos derechos en Colombia. Luego ofrece una visión general del organismo de inspección laboral y un examen del sistema de inspección y aplicación de la legislación laboral de Colombia, que incluye los procedimientos administrativos de inspección e investigación laboral, la aplicación de sanciones conforme a la legislación colombiana y el cobro de multas. Posteriormente, en esta sección se analizan alegaciones de incumplimiento de la aplicación eficaz de las leyes con relación a dos cuestiones específicas: la subcontratación abusiva y el uso indebido de pactos colectivos. La sección III concluye con un examen de las alegaciones concernientes a la falta de enjuiciamientos en casos de amenazas y violencia contra sindicalistas, y los desafíos a la aplicación del artículo 200 del Código Penal Colombiano que establece sanciones penales contra los empleadores que socavan los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva de los trabajadores. Las conclusiones del informe van seguidas de las recomendaciones para el Gobierno de Colombia y los próximos pasos para el Gobierno de los Estados Unidos en las secciones IV y V.

II. El compromiso conforme al Plan de Acción Laboral

En el contexto de la consideración del CTPA por parte del Congreso, el gobierno de Obama acordó con el Gobierno de Colombia un plan de acción para abordar los problemas laborales antiguos que previamente habían parecido insolubles. En abril de 2011 los dos países lanzaron el Plan de Acción de Colombia para los Derechos Laborales (Plan de Acción) que comprende compromisos específicos por parte del Gobierno de Colombia para abordar las inquietudes relacionadas con la violencia contra miembros de sindicatos y activistas colombianos, la impunidad de los autores de dicha violencia y el cumplimiento con las protecciones de los derechos de los trabajadores.¹⁵ Estos compromisos incluyen restablecer un Ministerio del Trabajo que sea independiente; contratar 480 inspectores laborales nuevos durante un período de cuatro años, incluidos al menos 100 inspectores en 2011 al igual que en 2012; reformar el Código Penal estableciendo sanciones penales para los empleadores que socaven el derecho a sindicalizarse y de negociación colectiva; priorizar las inspecciones laborales de los sectores palmicultor, azucarero, minero, portuario y floricultor; emitir reglamentos referentes a la aplicación de la ley de 2010 en lo que toca a los tipos de subcontratación que socavan los derechos de los trabajadores; expandir el alcance del programa de protección para sindicalistas y activistas amenazados; y asignar investigadores adicionales de la policía judicial que apoyen a

¹⁵ Plan de Acción de Colombia para los Derechos Laborales (7 de abril de 2011), <https://www.dol.gov/ilab/reports/pdf/20110407.pdf>.

los fiscales responsables de las investigaciones de casos penales relativos a miembros sindicales y activistas laborales.¹⁶

Desde el lanzamiento del Plan de Acción, el Departamento de Trabajo de los EE.UU., la Oficina del Representante de Comercio de los EE.UU. y el Departamento de Estado han coordinado estrechamente con las autoridades del Gobierno de Colombia en lo que toca a cumplir con los compromisos específicos acordados en el Plan de Acción y, en términos más amplios, a lograr los objetivos subyacentes y enfrentar los demás desafíos.¹⁷ Desde que se lanzó el Plan de Acción, representantes del Gobierno de los Estados Unidos han viajado regularmente a Colombia para asistir a reuniones directas sobre temas tratados por el Plan de Acción. Asimismo, funcionarios del Gobierno de Colombia han viajado regularmente a los Estados Unidos y se han reunido con funcionarios del Departamento de Trabajo de los EE.UU., la Oficina del Representante de Comercio de los EE.UU. y el Departamento de Estado. Reuniones entre los dos gobiernos sobre cuestiones laborales también se celebran regularmente en el marco de conferencias multilaterales, como la Conferencia Internacional del Trabajo, que se lleva a cabo anualmente, y la Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo, que se realiza bienalmente. En junio de 2013 los dos gobiernos celebraron una reunión del Consejo de Asuntos Laborales, como se estipula en el capítulo 17 del CTPA.¹⁸ El Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno de Colombia se han comprometido asimismo con partes interesadas de ambos países, incluidos representantes de trabajadores y empresas, organizaciones no gubernamentales (ONG) y miembros del Congreso.

El compromiso bilateral, de gobierno a gobierno, entre el Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno de Colombia se ha complementado con la colocación en 2015 del ya mencionado agregado laboral en la Embajada de los Estados Unidos en Bogotá, así como por más de US \$25 millones en proyectos de asistencia técnica financiados por el USDOL. El objetivo de dichos proyectos es ayudar al Gobierno de Colombia a abordar las áreas clave que suscitan inquietudes y desafíos que aún quedan por tratarse conforme al Plan de Acción.¹⁹ Otros organismos del Gobierno de los Estados Unidos también han aportado fondos destinados a asistencia técnica, entre ellos un proyecto del Departamento de Estado que aportó US \$500.000 para fortalecer el

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ La USTR y el Departamento de Trabajo de los EE.UU. [en adelante, USDOL], El Plan de Acción Laboral de Colombia: Una actualización de cinco años (11 de abril de 2016), <https://ustr.gov/sites/default/files/2016-Colombia-Action-Plan-Report.pdf>.

¹⁸ USDOL, Declaración Conjunta del Consejo de Asuntos Laborales del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América (5 de junio de 2013), https://www.dol.gov/_Sec/media/speeches/20130605_US-Columbia.htm.

¹⁹ Desde 2012, el USDOL ha gestionado tres proyectos de asistencia técnica para ayudar al Gobierno de Colombia y a trabajadores colombianos a enfrentar los desafíos propios de la ley laboral y de su aplicación. La Organización Internacional del Trabajo [en adelante, OIT] ha puesto en marcha un proyecto de asistencia técnica de cuatro años y medio de duración y un valor de US \$10,3 millones, cuyo objetivo principal es el fortalecimiento de la capacidad general del Ministerio del Trabajo colombiano. *Somos Tesoro* es un proyecto implementado por Pact, Inc., con un valor de US \$9 millones y de cuatro años de duración, mediante el cual se propone reducir el trabajo de menores de edad y promover condiciones laborales seguras en el sector no formal de la minería. El USDOL también financia un proyecto de cuatro años de duración, con un valor de US \$2,1 millones, junto con la Escuela Nacional Sindical de Colombia para dirigir “centros para los derechos de los trabajadores” en cuatro ciudades colombianas que brindan asesoría jurídica gratuita a los trabajadores para aumentar de este modo el conocimiento que poseen acerca de sus derechos, conforme a la legislación laboral colombiana, y mejorar su capacidad para ejercerlos y exigirlos.

Consejo Laboral Afrocolombiano y un proyecto de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) que aportó US \$ 4.000.000 para desarrollar la capacidad sindical. El Programa Laboral Global de USAID también se centra en Colombia. Por medio de este programa, el Centro de Solidaridad recibe fondos para promover los derechos de los trabajadores en la ciudad portuaria de Buenaventura.²⁰

Este informe se basa en información recabada gracias al compromiso extenso de la OTLA con el Gobierno de Colombia desde el lanzamiento del Plan de Acción. Además, la OTLA examinó cuidadosamente toda la información que proporcionaron los peticionarios, el Gobierno de Colombia, y demás con conocimiento directo de los temas pertinentes.²¹ La OTLA, junto con representantes de la Oficina del Representante de Comercio, llevó a cabo una misión de investigación en Colombia del 27 al 28 de octubre de 2016 para reunir información adicional acerca de las cuestiones planteadas en la Comunicación, incluso por medio de reuniones con el Gobierno de Colombia, con los peticionarios, con organizaciones de empleadores y demás partes interesadas pertinentes.

III. Análisis del derecho laboral y la práctica en Colombia

La siguiente sección presenta el análisis que realizó la OTLA de las alegaciones en la Comunicación referentes a los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva. En la sección A se presenta el análisis de la OTLA acerca del sistema de inspección y aplicación de la legislación laboral, incluidos un análisis de los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva en Colombia, un resumen del organismo de inspección laboral (la entidad administrativa de aplicación de las leyes del Ministerio del Trabajo), los procedimientos administrativos de inspección e investigación laborales, la aplicación de sanciones, y el cobro de multas. En la sección B se analizan los avances y los desafíos de la subcontratación, incluidos los contratos sindicales y las sociedades por acciones simplificadas, los pactos colectivos en relación con los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva. Las secciones C y D tratan la aplicación de leyes penales que se relacionan con los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva en Colombia con respecto a la violencia y las amenazas contra los sindicalistas, y la aplicación del artículo 200 del Código Penal.

²⁰ Connell, Tula, “Solidarity Center Marks Launch of Global Labor Program” (8 de junio de 2016), <http://www.solidaritycenter.org/solidarity-center-global-labor-program-2/>. El Centro para la Solidaridad es una organización para los derechos de los trabajadores internacionales radicada en los EE.UU. y aliada con la AFL-CIO.

²¹ Esta información comprende el documento de 106 páginas que recibió la OTLA el 31 de octubre de 2016 del Ministerio del Trabajo titulado “Información sobre el escrito público presentado a la Oficina de Asuntos de Comercio y Trabajo (OTLA) con arreglo a los capítulos 17 (Asuntos laborales) y 21 (Solución de controversias) del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América” [en adelante, Gobierno de Colombia, respuesta a la OTLA] (31 de octubre de 2016).

A. El sistema de inspección y aplicación de la legislación laboral

i. Los derechos a libertad de asociación y la negociación colectiva en Colombia

En la Comunicación se alega que el Gobierno de Colombia no aplicó eficazmente las leyes relacionadas con los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva.²²

Los derechos fundamentales a la libertad de asociación y la negociación colectiva están consagrados en la legislación colombiana, desde la Constitución hasta los procedimientos de inspección.²³ Existe un marco jurídico sólido que protege los derechos de los trabajadores a la libertad de asociación y la negociación colectiva, sin la interferencia del empleador y sin represalias.²⁴ En este informe se analizan algunas protecciones legales específicas cuando se relacionan con un tema en particular. Además, Colombia ha ratificado los convenios 87, 98 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en materia de los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva y los ha incorporado a la legislación interna.²⁵

Los sindicatos y las ONG de derechos laborales han afirmado que el Gobierno de Colombia no está dispuesto a hacer cumplir o es incapaz de hacer cumplir las leyes relacionadas con la libertad de asociación y alegaron que impera un clima de sentimiento antisindical en el país.²⁶ Asimismo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha señalado que “Además de la violencia contra los dirigentes sindicales y los sindicalistas, la libertad de asociación se ve obstaculizada por actos de hostigamiento frecuentes y diversos tipos de presiones por parte de empleadores contra los trabajadores que desean crear un sindicato o afiliarse a uno. Estos actos ocurren pese a las proscripciones detalladas en el Código Sustantivo del Trabajo que prohíben dichas violaciones del derecho de asociación.”²⁷ La OCDE señaló además que “[u]na gran informalidad y una fuerte dependencia de contratos poco convencionales han debilitado el poder de negociación de los trabajadores en Colombia.”²⁸

El Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT está examinando actualmente 19 casos activos en los que los trabajadores alegan que el Gobierno de Colombia no abordó las violaciones de su derecho a crear sindicatos y a afiliarse a ellos, y existen otros 20 casos de los cuales el CLS ha pedido que lo mantengan informado.²⁹ El CLS tiene desde hace mucho tiempo recomendaciones para que el Gobierno de Colombia “lleve a cabo . . . investigaciones exhaustivas” de la

²² Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), pp. 21-23 y 38-41.

²³ Artículos 38-39 y 53 de la Constitución Política de la República de Colombia; Ley 26 de 1976; Ley 524 de 1999.

²⁴ Véase, por ejemplo, los artículos 39, 59, 353, 354, 433, 444 y 448 del Código Sustantivo del Trabajo.

²⁵ Artículo 53 de la Constitución Política de la República de Colombia; Ley 26 de 1976; Ley 524 de 1999.

²⁶ Véase, por ejemplo, Escuela Nacional Sindical, “TLC, Plan de Acción Laboral y derechos de los trabajadores en Colombia: Cinco años esperando cambios reales” (17 de mayo de 2016), <http://ail.ens.org.co/informe-especial/tlc-plan-accion-laboral-derechos-los-trabajadores-colombia>; AFL-CIO, “Cómo hacer que el Plan de Acción Laboral de Colombia funcione para los trabajadores” (abril de 2014), http://www.aflcio.org/content/download/123141/3414471/version/1/file/April2014_ColombiaReport.pdf; Escuela Nacional Sindical, “Centrales sindicales hacen balance de los 5 años del Plan de Acción Laboral Obama-Santos” (9 de abril de 2016), <http://ail.ens.org.co/informe-especial/centrales-sindicales-hacen-balance-los-5-anos-del-plan-accion-laboral-obama-santos/>.

²⁷ OCDE, Estudios de la OCDE sobre el Mercado Laboral y las Políticas Sociales: Colombia 2016 (2016), p. 111.

²⁸ *Ibid.*, p. 97.

²⁹ Organización Internacional del Trabajo, perfil por país NORMLEX: Colombia, <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11003:0::NO::>

discriminación antisindical,³⁰ “acelere sustancialmente el procesamiento . . . [de] denuncias relativas a los derechos sindicales,”³¹ “garantice la indemnización total de los trabajadores despedidos [ilegalmente],”³² “tome las medidas necesarias . . . para restablecer . . . a los funcionarios de los sindicatos”³³ e “imponga las sanciones previstas en la legislación.”³⁴ La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT examinó recientemente la utilización de los “acuerdos colectivos” [pactos colectivos] y determinó que “los acuerdos colectivos con trabajadores no sindicados solo deberían ser posibles en ausencia de sindicatos.”³⁵

Estos asuntos son una parte importante del contexto para el análisis que realizó la OTLA de la aplicación colombiana de las leyes laborales que rigen los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva.

ii. Resumen sobre el organismo de inspección laboral

En la Comunicación se alega que el Gobierno de Colombia no “ejerció en serio su responsabilidad de realizar inspecciones detalladas.”³⁶ Los peticionarios señalan además que “[e]l Ministerio del Trabajo contrató a muchos inspectores pero más del 85% tienen solo un contrato provisorio y pocos visitan las empresas o realizan más que una simple evaluación administrativa de cumplimiento en papel.”³⁷ Esta sección ofrece un resumen del organismo de inspección laboral del Ministerio del Trabajo, su capacidad y sus procedimientos para llevar a cabo inspecciones e investigaciones de la legislación laboral.

Los inspectores laborales de Colombia están ubicados en la Dirección de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial (IVC) del Ministerio del Trabajo, bajo la dirección del Director de Inspecciones y el Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección.³⁸ Los inspectores están presentes en las 35 oficinas regionales y administrativas especiales del Ministerio del Trabajo,

³⁰ Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, Informe 376 (octubre de 2015), párrafo 300, caso N° 3027, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0:NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3254206.

³¹ Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, Informe 378 (junio de 2016), párrafo 198, caso N° 3114, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0:NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3282131.

³² Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, Informe 350 (junio de 2008), párrafo 44, caso N° 1962, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0:NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2904653.

³³ Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, Informe 373 (junio de 2008), párrafo 229, caso N° 3020, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0:NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3189040.

³⁴ Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, Informe 365, (noviembre de 2012), párrafo 429, caso N° 2852, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0:NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3087097.

³⁵ Organización Internacional del Trabajo Conferencia Internacional del Trabajo, 103.ª reunión. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (junio de 2014), pp. 84-85, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0:NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3142153:NO.

³⁶ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), p. 40.

³⁷ *Ibid.*, p. 6.

³⁸ Artículo 5 del Decreto 4108 de 2011, Departamento Administrativo de la Función Pública del Gobierno de Colombia.

así como en varias oficinas municipales.³⁹ De acuerdo con el Ministerio del Trabajo, hay 904 puestos de inspector en todo el país. Esta cifra refleja el compromiso de Colombia con el Plan de Acción de agregar 480 inspectores al organismo de inspección laboral, más del doble del número de puestos de inspectores desde que se anunció el Plan de Acción.⁴⁰ De esos 904 puestos, 819 están actualmente ocupados.⁴¹ Los inspectores son responsables de las conciliaciones y del servicio al cliente, además de las inspecciones.⁴² A causa de esta división laboral, no todos los inspectores llevan a cabo inspecciones. El Gobierno de Colombia informa que a partir de octubre de 2016, hay 537 inspectores que realizan exclusivamente investigaciones administrativas.⁴³

A pesar de que el número de inspectores ha aumentado en los últimos años, existen importantes desafíos sistémicos que pueden obstaculizar el cumplimiento de las leyes laborales en Colombia, incluso aquellas que están relacionadas con los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva. La ley establece que los inspectores laborales de Colombia han de realizar inspecciones por todo el país, incluso en las zonas urbanas, al igual que en las rurales.⁴⁴ Las zonas rurales constituyen el 94 por ciento del territorio colombiano y representan el 32 por ciento de la población del país.⁴⁵ No obstante, en la práctica, es difícil para los inspectores viajar a las zonas rurales, y la OTLA tiene entendido que las inspecciones rurales son poco frecuentes.⁴⁶ El Ministerio del Trabajo tiene fondos limitados para proporcionar a los inspectores transporte y viáticos para que realicen inspecciones en las zonas rurales.⁴⁷ A pesar de las inspecciones recientes en los sectores principalmente rurales de la palma, el azúcar y las minas (que se consideran sectores prioritarios del Plan de Acción) no se han resuelto ciertas alegaciones.⁴⁸ La ministra del trabajo, Clara López, ha indicado que una de sus prioridades es crear una unidad

³⁹ Resolución 2143 de 2014 del Ministerio del Trabajo del Gobierno de Colombia; Gobierno de Colombia, Respuesta a la OTLA (31 de octubre de 2016).

⁴⁰ Plan de Acción de Colombia para los Derechos Laborales (7 de abril de 2011), <https://www.dol.gov/ilab/reports/pdf/20110407.pdf>.

⁴¹ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OTLA (3 de enero 2017).

⁴² Artículo 30 del Decreto 4108 de 2011, Departamento Administrativo de la Función Pública del Gobierno de Colombia; Resolución 2143 de 2014 del Ministerio del Trabajo del Gobierno de Colombia.

⁴³ Gobierno de Colombia, Respuesta a la OTLA (31 de octubre de 2016). Esta cifra es mucho más alta que las cifras que reportó la Escuela Nacional Sindical en mayo de 2016, cuando halló que solo 321 inspectores estaban asignados a tareas relacionadas con la prevención, la inspección y el control. Escuela Nacional Sindical, “TLC, Plan de Acción Laboral y derechos de los trabajadores en Colombia: Cinco años esperando cambios reales” (17 de mayo de 2016), p. 5. La Organización Internacional del Trabajo [en adelante, OIT] recomienda a un inspector por cada 20.000 trabajadores en las economías de transición. Estrategias y prácticas en materia de inspección del trabajo de la Oficina Internacional del Trabajo (GB.297/ESP/3), Ginebra, Comisión de Empleo y Política Social (2006), <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb297/pdf/esp-3.pdf>. Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE), Colombia tenía una población económicamente activa de 25 millones de habitantes en octubre de 2016, lo que significaría que el país debería tener aproximadamente 1.250 inspectores laborales.

⁴⁴ El artículo 1 de la Ley 1610 de 2013 establece que “[L]os Inspectores de Trabajo y Seguridad Social ejercerán sus funciones de inspección, vigilancia y control en todo el territorio nacional.”

⁴⁵ Semana.com, “Así es la Colombia Rural” (17 de marzo de 2012), <http://www.semana.com/especiales/pilares-tierra/asi-es-la-colombia-rural.html>.

⁴⁶ Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016).

⁴⁷ Reunión entre funcionarios del Gobierno de los EE.UU. y la Viceministra Barragán (27 de octubre de 2016).

⁴⁸ Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016).

móvil de inspección laboral que se centre en las zonas rurales pero, hasta la fecha, el Ministerio del Trabajo no ha constituido la unidad.⁴⁹

La rotación de personal de inspección en el Ministerio del Trabajo es alta.⁵⁰ El Ministerio del Trabajo informa que 105 inspectores, de los 819 inspectores actuales, son empleados permanentes de la administración pública.⁵¹ Los demás son empleados provisionales que disfrutaban de muchas de las protecciones de las que disfrutaban los empleados permanentes de la función pública, pero enfrentan obstáculos para convertirse en empleados permanentes.⁵²

La OIT ha estado capacitando a inspectores laborales en los procedimientos de inspección desde 2013. Sin embargo, se ha observado un índice de rotación de personal del 50 por ciento en los inspectores que se han capacitado en los últimos tres años. Esto, en general, socava la utilidad de la capacitación para mejorar la aplicación de la legislación laboral. La alta rotación puede tener como consecuencia un gran número de empleados que poseen una experiencia limitada en lo referente a la aplicación de las leyes laborales y al cumplimiento con los requisitos de debido proceso pertinentes.⁵³ Esto puede llevar a que se cometan errores que debiliten la capacidad del Ministerio del Trabajo de concluir las investigaciones de las violaciones identificadas. Por ejemplo, antes de imponer sanciones a un empleador conforme a la legislación colombiana, el empleador ha de recibir una notificación en la que se exponen las alegaciones y, en un plazo de 30 días hábiles, ha de recibir un “acto administrativo” definitivo que contenga un análisis de las pruebas pertinentes y una decisión final en cuanto a la sanción.⁵⁴ El incumplimiento por parte de los inspectores de estos y otros requisitos de procedimiento para las inspecciones y las notificaciones podría resultar en la revocación de las multas en apelación como consecuencia de violaciones del proceso.⁵⁵ La rotación alta de personal también puede contribuir a retrasos en la conclusión de las investigaciones, de modo que las investigaciones pueden exceder los plazos establecidos por la ley y la reglamentación.⁵⁶

⁴⁹ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OIT (3 de enero 2017).

⁵⁰ Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OIT (22 de diciembre de 2016).

⁵¹ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OIT (3 de enero 2017).

⁵² Varios fallos de la Corte Constitucional de Colombia ofrecen "estabilidad laboral relativa" a personas que trabajan para el gobierno provisionalmente. Véase, por ejemplo, la Sentencia SU054/15, la Sentencia T-221/14, la Sentencia T-007/08 y la Sentencia T-716/13. La única manera en que un inspector puede convertirse en un funcionario permanente de la administración pública es al aprobar el examen para inspectores que ofrece la Comisión Nacional del Servicio Civil durante un proceso de examen por convocatoria pública (*concurso*). Título V de la Ley 909 de 2004. La última vez que se realizó un proceso como este para los inspectores laborales fue antes de que se efectuara el Plan de Acción Laboral. Se anunció un proceso de examen para 2016, pero se suspendió hasta 2017 debido a restricciones en cuanto a fondos. Según se informa, encontrar un empleado para cada puesto permanente le cuesta al Gobierno de Colombia aproximadamente ocho millones de pesos (COP) (US \$2.768) y el proceso general toma dos años, desde la convocatoria al examen hasta la contratación de quienes lo aprueban. Caracol Radio, “No habrá masacre laboral, ni concurso para proveer cargos: Mintrabajo,” 5 de agosto de 2016, http://caracol.com.co/radio/2016/08/05/nacional/1470353005_033516.html. Toda conversión de pesos colombianos (COP) a dólares estadounidenses (US \$) se fundamenta en la tasa de cambio del Tesoro estadounidense de US \$1 por 2890,11 COP, vigente a fecha de 30 de septiembre de 2016.

⁵³ Reunión entre un funcionario de la Embajada de los EE.UU. y el Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección Enrique Borda (10 de marzo de 2016).

⁵⁴ Artículos 47-49 de la Ley 1437 de 2011.

⁵⁵ Entrevista de un funcionario del Gobierno de los EE.UU. realizada por la OIT (22 de diciembre de 2016).

⁵⁶ *Ibid.*

El Ministerio del Trabajo no parece seguir una estrategia nacional táctica en el ámbito de las inspecciones. Una estrategia así podría ayudar a guiar su labor de aplicación de la ley al garantizar la asignación de recursos escasos a zonas donde se sabe que se cometen violaciones.⁵⁷ La Ministra López es el tercer ministro que dirige el Ministerio del Trabajo desde su restablecimiento en octubre de 2011 y, con cada nuevo ministro, se ha abandonado o revisado cualquier iniciativa para desarrollar una estrategia de inspección nacional, obstaculizando ciertas investigaciones de cuestiones críticas como la subcontratación.⁵⁸

Además, no es hasta ahora que el Ministerio del Trabajo comenzó a poner en marcha un sistema electrónico de gestión de casos para los inspectores laborales, el cual ha estado en desarrollo desde 2011 y que los funcionarios de Ministerio del Trabajo han identificado como “la ‘necesidad actual más urgente’ para aumentar la eficacia y la eficiencia del organismo de inspección laboral.”⁵⁹

Los inspectores han tenido que mantener en sus oficinas por todo el país copias en papel de las querellas y las investigaciones, y responder a las solicitudes de datos de la oficina central ingresando datos en hojas de cálculo de Excel, lo que ha dificultado al Ministerio del Trabajo reunir las estadísticas y darles seguimiento a las investigaciones en curso.⁶⁰ La OIT ha digitalizado los expedientes de inspección en casos concretos desde 2011, ha añadido esos casos al sistema electrónico y ha capacitado a todos los inspectores laborales en cuanto al uso del sistema.⁶¹ El Ministerio del Trabajo comenzó a emplear el sistema el 30 de noviembre de 2016 en dos de sus oficinas regionales y planifica implementar el uso en las oficinas restantes entre enero y junio de 2017.⁶²

Estas cuestiones le han dificultado al Ministerio del Trabajo realizar inspecciones en zonas rurales, capacitar y mantener personal profesional calificado, y utilizar eficazmente sus limitados recursos y, por lo tanto, han tenido un efecto negativo en la capacidad de inspección de este ministerio relacionada con los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva.

En la Comunicación se alega que el Gobierno de Colombia no aplicó eficazmente los artículos 3 y 49 de la Ley 1437 de 2011 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el cual expone los procedimientos administrativos para los organismos gubernamentales.⁶³

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Management Systems International, Promoción del Cumplimiento de las Normas Internacionales del Trabajo en Colombia: Evaluación Independiente de Medio Término, Informe de Evaluación Conjunta para la OIT y el USDOL, pp. 8, 10, 22 (30 de enero de 2015)

https://www.dol.gov/ilab/projects/summaries/Colombia_MidTerm_Eval_Report_F.pdf.

⁶⁰ Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016).

⁶¹ *Ibíd.* Los archivos digitalizados son archivos entre las fechas del 1 de enero de 2011 al 31 de mayo de 2016 de casos iniciados y en curso, o casos concluidos en los cuales se impuso una sanción.

⁶² Gobierno de Colombia, Ministerio de Trabajo, Cronograma de implementación del sistema de información (25 de noviembre de 2016).

⁶³ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), p. 42.

iii. Procedimientos de inspección

En la Comunicación se alega que el Gobierno de Colombia no aplicó eficazmente los artículos 3 y 49 de la Ley 1437 de 2011 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el cual expone los procedimientos administrativos para los organismos gubernamentales.⁶⁴

El CPACA se aplica a todas las entidades del “Poder Público” y a las personas que desempeñan funciones administrativas, incluido el Ministerio del Trabajo en lo que toca a sus procedimientos administrativos sancionatorios.⁶⁵ El artículo 3 establece que las autoridades administrativas deben operar de acuerdo con los principios de eficacia, economía procesal y celeridad, y el artículo 49 fija un plazo de 30 días para que los funcionarios puedan ultimar el acto administrativo definitivo pertinente (en el caso de las investigaciones laborales, el acto identifica una violación y su sanción correspondiente, o se concluye el caso si no se detecta ninguna infracción), luego de que se concluya una investigación y las alegaciones se presenten a la parte investigada.⁶⁶

En el ámbito laboral, los procedimientos para las inspecciones los define la ley aplicable, incluido el CPACA, la cual establece el procedimiento general para la evaluación de las sanciones administrativas, y la Ley 1610 de 2013 que, entre otras cosas, asigna plazos específicos para que los inspectores laborales ejecuten partes del procedimiento de sanciones administrativas, detallado en el CPACA así como en los manuales de procedimientos del Ministerio del Trabajo.⁶⁷ A continuación se presenta el procedimiento de siete pasos para una inspección laboral que podría dar lugar a una sanción administrativa (investigación administrativa sancionatoria):

Paso 1: Averiguación preliminar: Los inspectores tienen hasta 40 días hábiles desde el momento en que registran una querrela o toman un caso para realizar una averiguación preliminar. La averiguación permite a los inspectores laborales examinar los méritos de las alegaciones para determinar si el caso justifica una investigación completa. El paso 1 no es obligatorio, pero es raro que un inspector opte por no realizar una averiguación preliminar.

⁶⁴ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), p. 42.

⁶⁵ Artículos 2 y 47 de la Ley 1437 de 2011.

⁶⁶ Artículos 3 y 49 de la Ley 1437 de 2011. En particular, en el texto original en español, el artículo 3 exige que las autoridades administrativas “[e]n virtud del principio de eficacia, ... removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán ... en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa,” “[e]n virtud del principio de economía, ... deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos,” y “[e]n virtud del principio de celeridad, ... impulsarán oficiosamente los procedimientos ... a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.” El texto en español del artículo 49 estipula que “[e]l funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la comunicación de los alegatos.” Los peticionarios alegan que el CPACA exige que el Ministerio del Trabajo emita un acto administrativo definitivo dentro de los 30 días de recibir una querrela. Sin embargo, esto no concuerda con el entendimiento del Ministerio del Trabajo o de la OTLA acerca del requisito del CPACA.

⁶⁷ Artículo 10 de la Ley 1610 de 2013. Existen dos manuales de procedimientos que ayudan a dilucidar los procedimientos de inspección: el manual IVC-PD-01 del 11 de diciembre de 2015 sobre la averiguación preliminar y el manual IVC-PD-02 del 11 de diciembre de 2015 sobre el procedimiento de sanción administrativa, <http://mintrabajo.gov.co/modelo-integrado-de-planeacion-y-gestion/documentos-sig.html>.

Paso 2: Notificar a la parte investigada que existe mérito para iniciar un caso. Una vez que un inspector determina que existe mérito suficiente para iniciar una investigación de alegaciones o sospechas de infracciones de la ley laboral, el inspector da parte de la iniciación del caso al organismo. Esto suele ocurrir dentro de los cuatro días hábiles de la averiguación preliminar.

Paso 3: Notificar a la parte investigada de los cargos formulados. Los inspectores tienen 30 días hábiles desde el momento en que notifican a una parte investigada de la iniciación de un caso para presentar a esa parte las alegaciones iniciales de cualquier infracción que se hallara.

Paso 4: La parte investigada presenta su defensa y petición de prueba. Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de las alegaciones iniciales relacionadas con las infracciones, la parte investigada puede presentar su defensa o solicitar las pruebas que un inspector tenga de la supuesta infracción o infracciones.

Paso 5: Los inspectores recolectan pruebas adicionales. En caso necesario, un inspector puede recolectar pruebas para apoyar las alegaciones originales de que se cometieron infracciones hasta 10 días hábiles después de que la parte investigada presente su defensa.

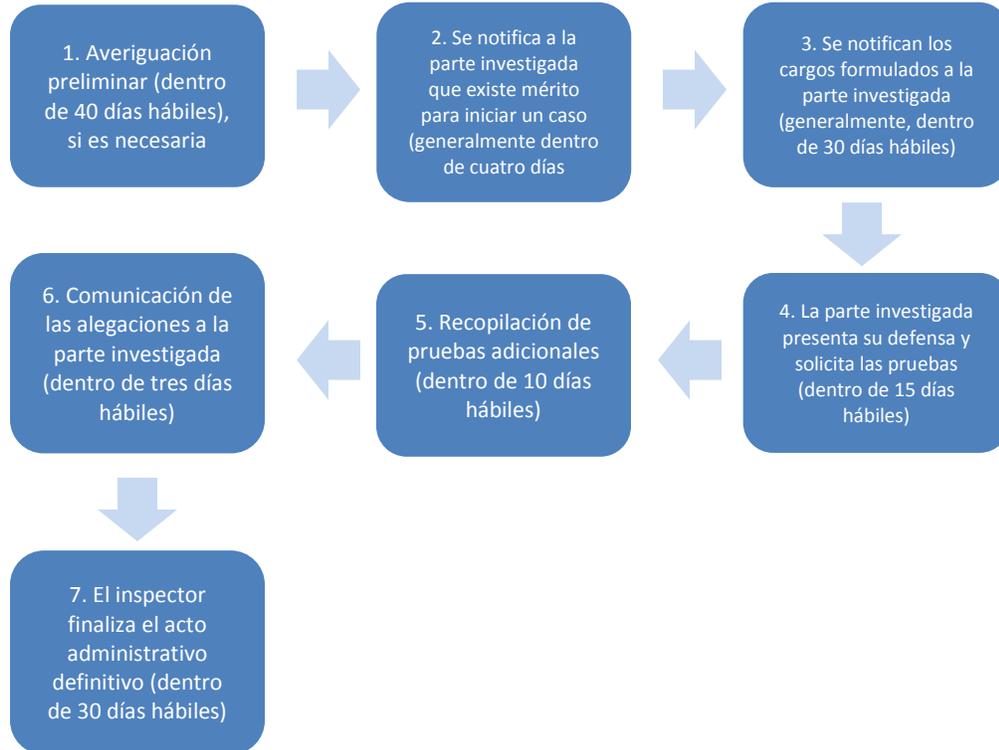
Paso 6: Comunicación de las alegaciones a la parte investigada. Después de recolectar la evidencia, el inspector tiene tres días hábiles para presentar, por escrito, cualquier alegación de infracciones.⁶⁸

Paso 7: El inspector concluye el acto administrativo definitivo y tiene hasta 30 días hábiles, después de presentar las alegaciones de infracciones a la parte investigada, para elaborar el acto administrativo definitivo en el que se establecen las infracciones y se imponen las sanciones aplicables. A los efectos de las investigaciones administrativas de violaciones de la ley laboral, estos actos administrativos definitivos se denominan *resoluciones administrativas sancionatorias*.

El siguiente diagrama establece los pasos y el número de días hábiles relacionados con cada uno.

⁶⁸ El artículo 10 de la Ley 1610 de 2013 ofrece un plazo de diez días hábiles, a partir del momento en que la parte investigada presenta su defensa a los cargos iniciales, para que los inspectores laborales recopilen pruebas adicionales y un plazo de tres días hábiles, después de la recolección de esas pruebas, para la presentación a la parte investigada de las alegaciones continuadas o actualizadas de las infracciones de la ley laboral.

Diagrama 1: Pasos de una investigación administrativa sancionatoria



Dadas estas medidas, una investigación que concluye con una sanción administrativa no debería tomar más de aproximadamente 132 días hábiles (cerca de seis meses y medio).

En la práctica, pocas quejas se resuelven dentro de los seis meses y medio descritos anteriormente.⁶⁹ En el examen que realizó la OTLA se reveló que en casos de violaciones de leyes que tienen que ver con la salud y la seguridad, de pagos de salarios o pensiones, o de otros casos “de rutina,” en los cuales los estándares permiten un margen de interpretación escaso o nulo, los inspectores por lo general emiten actos administrativos definitivos dentro de seis a ocho meses de haber iniciado las investigaciones.⁷⁰ En casos más complejos, como los que están relacionados con las denuncias de discriminación antisindical y otras violaciones de los derechos de los trabajadores a la libertad de asociación y la negociación colectiva, o en casos en los que se han presentado alegaciones de violaciones de leyes y reglamentos nuevos, los casos pueden prolongarse mucho más.⁷¹

⁶⁹ Reunión entre un funcionario del Gobierno de los EE.UU. y un perito en derecho laboral colombiano (24 de octubre de 2016); Reunión entre un funcionario de la Embajada de los EE.UU. y un funcionario del Ministerio del Trabajo (10 de marzo de 2016).

⁷⁰ Reunión entre un funcionario de la Embajada de los EE.UU. y un perito en derecho laboral colombiano (24 de octubre de 2016).

⁷¹ *Ibid.*; Escuela Nacional Sindical, “TLC, Plan de Acción Laboral y derechos de los trabajadores en Colombia: Cinco años esperando cambios reales” (17 de mayo de 2016); González Arroyo, Michele, Promoción del Cumplimiento de las Normas Internacionales del Trabajo en Colombia: Evaluación Final Independiente (30 de diciembre de 2016).

Varias solicitudes de inspecciones y denuncias de violaciones presentadas al Ministerio del Trabajo permanecen en la fase de averiguación preliminar (Paso 1) más allá de los 40 días hábiles asignados. Por ejemplo, en noviembre de 2015, los denunciantes presentaron al Ministerio del Trabajo 11 casos relativos al uso indebido de pactos colectivos. No obstante, en septiembre de 2016, siete permanecían en la fase de averiguación preliminar.⁷² Otras tres quejas, presentadas en diciembre de 2014, permanecían de la misma manera en la fase de averiguación preliminar en septiembre de 2016.⁷³ En muchísimas investigaciones de denuncias, los inspectores han emitido actos administrativos definitivos entre uno y tres años después de que las quejas se registraran por primera vez en el ministerio, lo que excede significativamente los seis meses y medio que normalmente debería tomar dicha acción.⁷⁴ La Comunicación contiene dos ejemplos. En febrero de 2012, la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo (USO) presentó una denuncia ante el Ministerio del Trabajo que contenía alegaciones de la comisión de varias acciones antisindicales por parte de Pacific Rubiales.⁷⁵ El Ministerio del Trabajo emitió su acto administrativo definitivo más de un año después: en abril de 2013.⁷⁶ Asimismo, el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Agropecuaria (Sintrainagro) presentó una denuncia ante el Ministerio del Trabajo en diciembre de 2012, alegando la existencia de una conducta antisindical y solicitando una inspección.⁷⁷ El Ministerio del Trabajo emitió su acto administrativo definitivo casi un año después: en noviembre de 2013.⁷⁸ Otros casos también se han demorado mucho más tiempo que los aproximados seis meses y medio del proceso delineado arriba. En septiembre de 2016, el Ministerio del Trabajo emitió actos administrativos definitivos en dos casos antiguos en los cuales se alegaba la existencia de subcontratación abusiva. Ambos casos derivaban de querellas presentadas al Ministerio del Trabajo en 2013.⁷⁹

Además, la prescripción de la aplicación de sanciones administrativas es de tres años a partir de la fecha de la presunta violación.⁸⁰ Por lo tanto, el plazo máximo absoluto para que un inspector inicie un caso, lleve a cabo una investigación, haga una determinación para sancionar al empleador e informe al empleador de la sanción es de tres años a partir de la fecha de la presunta violación. En la práctica, en algunas instancias los casos no se resuelven dentro de los tres años de prescripción para aplicar sanciones administrativas.⁸¹ Esto hace que las investigaciones sean discutibles, y el Ministerio del Trabajo debe iniciar nuevas investigaciones para tratar las violaciones en caso de que persistan.⁸²

⁷² Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016).

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Querrela de la Unión Sindical Obrera de la Industria Petrolera presentada al Ministerio del Trabajo (2 de febrero de 2012).

⁷⁶ Resolución 00000483 de 2013 del Ministerio del Trabajo del Gobierno de Colombia (19 de abril de 2013).

⁷⁷ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), p. 30; querrela del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Agropecuaria presentada al Ministerio del Trabajo (28 de diciembre de 2012).

⁷⁸ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), p. 37; Resolución 157 de 2013 del Ministerio del Trabajo del Gobierno de Colombia (12 de noviembre de 2013).

⁷⁹ Resolución 3831 de 2016 del Ministerio del Trabajo del Gobierno de Colombia (23 de septiembre de 2016); Resolución 3826 de 2016 del Ministerio del Trabajo del Gobierno de Colombia (23 de septiembre de 2016).

⁸⁰ Artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

⁸¹ Véase, por ejemplo, la Resolución 3826 de 2016 del Ministerio del Trabajo del Gobierno de Colombia (23 de septiembre de 2016). La investigación original se inició el 13 de septiembre de 2013. Esta resolución se encuentra actualmente en proceso de apelación.

⁸² Artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

Aunque no hay una orientación clara sobre el requisito del CPACA de que las investigaciones del Ministerio del Trabajo funcionen con los principios de “eficiencia” y “celeridad,” otros plazos dentro del procedimiento administrativo de investigación sancionatoria son firmes.⁸³ Los informes repetidos del Ministerio del Trabajo que exceden esos plazos plantean preocupaciones con respecto a la eficacia de los procedimientos de inspección del Gobierno de Colombia.⁸⁴

iv. Imposición y aplicación de multas

En la Comunicación se alega que el Gobierno de Colombia no aplicó efectivamente el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia,⁸⁵ el cual faculta a los inspectores del Ministerio del Trabajo para imponer multas.

El artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo estipula que los inspectores “tendrán el carácter de autoridades de policía . . . , y están facultados para imponer cada vez multas equivalentes al monto de una (1) a cinco mil (5.000) veces el salario mínimo mensual vigente según la gravedad de la infracción y mientras esta subsista.”⁸⁶ La cifra mayor en esta disposición fue el resultado de una modificación del Código Sustantivo del Trabajo en 2013 destinada a hacer que las multas por infracciones a la legislación laboral sean más disuasorias.⁸⁷ La ley también ofrece a los inspectores laborales criterios para la gradación de las multas con el fin de promover la aplicación uniforme de multas por todo el país.⁸⁸ El salario mínimo mensual de Colombia en 2016 fue de COP 689.454 o aproximadamente US \$239.⁸⁹ Por lo tanto, la multa máxima que un inspector laboral podría imponer en 2016 sería de US \$1,19 millones. Luego de que los inspectores laborales imponen una multa, la misma puede ser apelada hasta en tres niveles administrativos.⁹⁰ Si se confirma a pesar de las apelaciones (o si no se solicita la apelación en ninguna de las etapas) entonces se “aplica” y se debe pagar.⁹¹

⁸³ Ley 1437 de 2011; Administración del SIG del Ministerio del Trabajo del Gobierno de Colombia: Manual de Procedimientos y Operaciones (27 de junio de 2014), http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc_download/2772-manual-de-procedimientos-y-operaciones.html; Ley 1610 de 2013.

⁸⁴ Escuela Nacional Sindical, “TLC, Plan de Acción Laboral y derechos de los trabajadores en Colombia: Cinco años esperando cambios reales” (17 de mayo de 2016); Escuela Nacional Sindical, “Los grandes retos de Colombia por el Trabajo Decente,” (7 de octubre de 2015); Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) y Central Unitaria de Trabajadores (CUT), “Tres años de incumplimiento del Plan de Acción Obama Santos: Informe sobre los tres primeros años de implementación del Plan de Acción Laboral” (abril de 2014).

⁸⁵ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), pp. 21 y 40.

⁸⁶ Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo.

⁸⁷ Antes de que la Ley 1610 de 2013 entrara en vigor, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo imponía multas de una a cien veces el salario mínimo mensual vigente, siendo esto un aumento significativo.

⁸⁸ Artículo 12 de la Ley 1610 de 2013. La OIT también ha elaborado una guía sobre la gradación de las sanciones, la cual se ha incorporado en el Manual del Inspector de Trabajo.

⁸⁹ Gobierno de Colombia, Decreto 2552 de 2015, Artículo 1.

⁹⁰ De acuerdo con la Ley 1437 de 2011 y la Resolución 2143 de 2014 del Ministerio del Trabajo, hay hasta tres niveles en los cuales se pueden apelar las multas administrativas. El primer nivel para interponer el recurso de apelación está constituido por el director regional y el segundo nivel, por el director de inspecciones. El Consejo de Estado es el tercer y último nivel para interponer la apelación.

⁹¹ La OIT emplea el término “aplicada” en lugar de “ejecutoriada,” lo que significa que la multa ha pasado por un proceso de apelación aplicable y está lista para que la entidad correspondiente la cobre. Antes de que sean “ejecutoriadas,” las multas se consideran solo como “impuestas.”

A pesar de la autoridad con la que cuentan los inspectores laborales para imponer multas, algunos grupos laborales colombianos e internacionales, incluso los peticionarios, han expresado que les inquieta que el Ministerio del Trabajo haya llevado a cabo menos investigaciones administrativas y que haya impuesto y aplicado menos multas en los últimos años, aun cuando el número de inspectores ha aumentado considerablemente.⁹² Por ejemplo, la OTLA ha recibido informes acerca de que algunas oficinas de inspección no han impuesto sanciones desde 2011.⁹³ A continuación se presenta una tabla que resume el número de inspectores, investigaciones administrativas y multas impuestas desde 2010 hasta 2016.

Tabla 1: Investigaciones administrativas de violaciones de la ley laboral del 2010 al 2016

Año	Número de inspectores	Examen preliminar ⁹⁴	Investigaciones administrativas	Visitas a lugares de trabajo	Multas impuestas ⁹⁵ (ejecutoriadas)
2010	423	N/A	24.631	9.066	1.749
2011	410	N/A	12.536	9.609	3.311
2012	462	8.239	17.346	10.006	2.295
2013	564	15.588	5.988	1.489	1.694
2014	703	16.546	4.182	1.250	1.376
2015	826	21.055	3.713	1.063	1.291
2016 (hasta finales de octubre)	819	16.048	3.099 ^e	1.087	1.304

Fuente: a = Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OTLA (3 de enero 2017).

Los datos en la tabla señala que el número de investigaciones administrativas y de multas aplicadas estaba disminuyendo, mientras el número de inspectores estaba aumentando. Sin embargo, los datos preliminares para 2016 pueden indicar que la tendencia se está revirtiendo.⁹⁶ Aun así, la OTLA no dispone de datos nacionales acerca del número de multas impuestas, a diferencia de las aplicadas, impidiéndose, de esa manera, una comprensión cabal de cualquier posible relación entre las investigaciones administrativas y las multas.

Pese a la disminución del número de multas aplicadas desde 2012 hasta 2015, el número de llamadas a la línea telefónica pública del Ministerio del Trabajo ha aumentado de manera

⁹² Véase, por ejemplo, AFL-CIO, “Cómo hacer que el Plan de Acción Laboral de Colombia funcione para los trabajadores” (abril de 2014).

http://www.aflcio.org/content/download/123141/3414471/version/1/file/April2014_ColombiaReport.pdf; Escuela Nacional Sindical, “TLC, Plan de Acción Laboral y Derechos de los Trabajadores en Colombia: Cinco años esperando cambios reales” (17 de mayo de 2016).

⁹³ Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016).

⁹⁴ La averiguación preliminar no era una opción antes de la entrada en vigor del nuevo CPACA establecido en la Ley 1437 de 2011.

⁹⁵ No todo lo recaudado en las multas que se incluyen en estas cifras está destinado al SENA; una parte se asigna al Fondo de Riesgos Laborales (*Fondo de Riesgos*) y otra parte al Fondo de Solidaridad Pensional (*Fondo de Solidaridad Pensional*). Además, las multas concluidas en un año pueden haber sido impuestas en un año anterior.

⁹⁶ Gobierno de Colombia, actualización a la respuesta a la OTLA (16 de diciembre de 2016).

constante cada año y los datos de otras fuentes de todo el país indican que se han presentado cientos de denuncias de violaciones de derechos ante el Ministerio cada año en los últimos tres.⁹⁷

Hay varias explicaciones para el declive en el número de multas aplicadas que no se relacionarían con una disminución de violaciones. Es posible que el número de investigaciones administrativas estuviera disminuyendo debido a los cambios en el procedimiento administrativo del CPACA realizados en 2012, lo que permitió que hubiese un plazo para llevar a cabo una averiguación preliminar antes de una investigación completa. En el contexto de las investigaciones administrativas de violaciones de la legislación laboral, el plazo para la averiguación preliminar proporciona a los inspectores hasta 40 días hábiles para determinar si existe mérito para iniciar una investigación administrativa más laboriosa, fundamentada, por lo general, en la información recibida en una queja.⁹⁸ Es posible que la presentación de una averiguación preliminar contribuyera a la reducción de las investigaciones después de 2012, pero no explicaría el hecho de que el número de investigaciones administrativas siguió disminuyendo desde 2013 hasta 2015.

Otra razón por la cual las investigaciones administrativas, y la consiguiente aplicación de multas, han ido disminuyendo podría ser la tendencia por parte de los inspectores a pasar de la ejecución de investigaciones administrativas (investigaciones administrativas sancionatorias—cuyo procedimiento se menciona anteriormente) a las “inspecciones preventivas” en las cuales los inspectores simplemente notifican a los empleadores sus obligaciones legales para cumplir con la ley y prescriben generalmente un acuerdo de mejora. El Ministerio del Trabajo informa que entre enero y abril de 2016, los inspectores realizaron 611 investigaciones administrativas y 399 inspecciones preventivas.⁹⁹

También es posible que la tasa de multas aplicadas haya disminuido porque las multas impuestas se revocan en apelación. Como se indicó previamente, debido en parte a la rotación alta de personal, los inspectores del Ministerio del Trabajo pueden cometer errores técnicos en su trabajo que los inspectores experimentados y capacitados no cometerían. Por consiguiente, muchos casos que concluyeron con multas impuestas han sido anulados debido a errores. Por ejemplo, en un examen de las investigaciones realizadas desde 2011 en una oficina regional de investigaciones del Ministerio del Trabajo donde los inspectores laborales imponían multas, durante el proceso administrativo de apelación solo se ratificaron 214 multas de 1.008. Es decir,

⁹⁷ Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016).

⁹⁸ Si bien el artículo 47 del CPACA prevé un período de averiguación preliminar, no menciona la duración de este período. Por lo tanto, la Dirección de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial del Ministerio del Trabajo ha establecido de manera informal el plazo de 40 días. Conversación entre un funcionario del Gobierno de los EE.UU. y un perito en derecho laboral colombiano, (24 de octubre de 2016). Obsérvese que debido a que el CPACA entró en vigor el 2 de julio de 2012, las investigaciones administrativas iniciadas antes de esa fecha se regían por el código administrativo anterior, que no preveía una averiguación preliminar. Cualquier indagación acerca de alegaciones de infracciones a la legislación laboral tenía que llevarse a cabo a través de una investigación.

⁹⁹ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OTLA (3 de enero 2017). Es posible que los acuerdos de formalización, también hayan podido tener un efecto leve en el menor número de multas aplicadas durante este período. El Ministerio del Trabajo informa que a fecha de 30 de septiembre de 2016, 26 acuerdos de formalización otorgaron una prórroga a las multas y otros 62 se detuvieron, a la espera de las investigaciones administrativas. Por lo tanto, es posible que sin esos acuerdos, hubiese otras 88 multas aplicadas a lo largo de varios años. Gobierno de Colombia, Respuesta a la OTLA (31 de octubre de 2016).

en los últimos cinco años, solo el 21 por ciento de las multas que los inspectores en esa oficina impusieron fue ratificado en el proceso de apelación administrativa.¹⁰⁰

La OTLA continuará observando el número de investigaciones administrativas que se llevan a cabo y las multas que se aplican. Las cifras proporcionadas hasta la fecha plantean interrogantes sobre la aplicación de la legislación laboral, incluido el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo.

v. Cobro de multas

En la Comunicación se alega que el Gobierno de Colombia no ha podido cobrar efectivamente multas.¹⁰¹ En concreto, incluso “cuando se aplican multas, pocas son en realidad cobradas.”¹⁰²

El artículo 98 del CPACA estipula que las entidades públicas deben cobrar las multas aplicadas en su favor.¹⁰³ Si una multa impuesta por los inspectores laborales se ratifica mediante cualquier recurso de apelación administrativo aplicable, el cobro lo puede efectuar una de varias entidades gubernamentales, dependiendo de la infracción por la que se impuso la multa. El Fondo de Riesgos Laborales cobra multas aplicadas por infracciones de las normas en materia de salud y seguridad ocupacionales.¹⁰⁴ El Fondo de Solidaridad Pensional cobra multas impuestas por infracciones relacionadas con pensiones.¹⁰⁵ El Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) cobra multas impuestas por las demás violaciones de las leyes laborales, incluso las violaciones a los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva.¹⁰⁶ Los tres organismos están adscritos al Ministerio del Trabajo pero cuentan con diferentes niveles de independencia administrativa y financiera.¹⁰⁷

Esta sección se centra en el cobro de multas realizado por el SENA. Las oficinas regionales del SENA llevan a cabo el cobro de las multas impuestas dentro de su jurisdicción geográfica.¹⁰⁸ Se le asignan casos de deudas por violaciones de la legislación laboral a un total de 90 empleados del SENA en todo el país.¹⁰⁹

El cobro de multas pecuniarias por violaciones de la legislación laboral consta de dos fases: el *cobro persuasivo* y el *cobro coactivo*.¹¹⁰ Los funcionarios de las oficinas regionales del SENA emprenden el cobro persuasivo, el que incluye solicitar directamente al deudor que acepte un plan de pago. Según el SENA, el 50 por ciento de las multas cobradas se recauda durante el cobro persuasivo.¹¹¹

¹⁰⁰ Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016).

¹⁰¹ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), pp. 21, 40 y 41.

¹⁰² Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), p. 6.

¹⁰³ Artículo 98 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁰⁴ Ley 1562 de 2012.

¹⁰⁵ Artículo 27 de la Ley 100 de 1993.

¹⁰⁶ Artículo 30 de la Ley 119 de 1994.

¹⁰⁷ Véase, el artículo 87 del Decreto 1295 de 1994 (referente al Fondo de Riesgos Laborales); el artículo 25 de la Ley 100 de 1993 (referente al Fondo de Solidaridad Pensional); el artículo 1 de la Ley 119 de 1994 (referente al SENA).

¹⁰⁸ Resolución 1235 de 2014 del SENA, Gobierno de Colombia.

¹⁰⁹ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OTLA (3 de enero 2017)..

¹¹⁰ Ley 1437 de 2011; Resolución 1235 de 2014 del SENA, Gobierno de Colombia.

¹¹¹ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OTLA (3 de enero 2017).

El cobro coactivo conlleva más trabajo. Una vez que un deudor se encuentra en esta fase (lo cual puede ocurrir cuando un funcionario del SENA no puede localizar al deudor a través de las vías tradicionales o cuando el deudor se niega a aceptar un plan de pago durante la fase de cobro persuasivo), el funcionario puede utilizar varias bases de datos gubernamentales para localizar al deudor e identificar, embargar y posteriormente subastar los activos del mismo. Con el fin de mejorar el cobro de multas, en febrero de 2016 el SENA subcontrató a la Central de Inversiones, S.A. (CISA) para que se encargara de esta parte trabajosa del proceso de cobro de multas. Este organismo es una entidad pública con fines de lucro vinculada con el Ministerio de Hacienda y especializada en el cobro de deudas contraídas con el Gobierno de Colombia¹¹².

Sin embargo, el SENA mantiene la responsabilidad legal de cobrar multas.¹¹³ Como resultado, un empleado del SENA debe firmar todos los embargos u otras acciones similares emprendidas contra los deudores, incluso por parte de la CISA. Según la ley colombiana, los empleados del SENA pueden ser responsabilizados personalmente por los documentos oficiales que firman y, por lo tanto, pueden ser procesados penalmente por “el daño” que sus acciones causen al Estado¹¹⁴. Los informes indican que los empleados del SENA, por lo tanto, se sienten obligados a realizar nuevamente las investigaciones de la CISA sobre los activos de los deudores.¹¹⁵ Esto podría demorar de gran manera el proceso de cobro de multas, y hacerlo redundante, a la vez que socavar el objetivo primordial de la subcontratación de la CISA para que se encargue del cobro coactivo: mejorar el índice de cobro de multas al tornar el proceso en uno más eficiente. Las cifras hasta la fecha no son concluyentes en cuanto a la medida en que ese objetivo se ha cumplido.

Para la OTLA, el cobro de multas es motivo de preocupaciones significativas y lo ha planteado previamente al Gobierno de Colombia, además de dar parte de ello públicamente.¹¹⁶ El examen de la OTLA indica que el cobro de multas, especialmente el de las multas impuestas por subcontratación abusiva, ha sido lento y a menudo infructuoso. En muchos casos, las multas nunca se cobran, y en los casos en que se cobren, el proceso puede demorar muchos años.

¹¹² Artículo 91 de la Ley 795 de 2003; Contrato Interadministrativo Núm. 690 entre el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) y la CISA (Central de Inversiones, S.A.) (17 de febrero de 2016).

¹¹³ Ley 1066 de 2006; artículo 15(1) de la Resolución 1235 de 2014 del SENA del Gobierno de Colombia (asignación de las labores relativas al cobro coactivo al SENA con respecto a las “multas impuestas por el [Ministerio del Trabajo] en beneficio del SENA”); artículo 30(5) de la Ley 119 de 1994 (que estipula que las sanciones del Ministerio del Trabajo forman parte del presupuesto del SENA); Funcionario del Gobierno de Colombia, correo electrónico a la OTLA (3 de enero de 2017) (en la que se aclara que, en la práctica, el SENA realiza las labores de cobro de las multas aplicadas por el Ministerio del Trabajo).

¹¹⁴ Artículo 48 de la Ley 610 de 2000 (que establece la posibilidad de responsabilidad legal por parte de funcionarios públicos por “daño o perjuicio [causado] a los activos económicos del Estado”).

¹¹⁵ Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016).

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, ACTUALIZACIÓN DE LA USTR Y EL USDOL: Plan de Acción Laboral de Colombia: Tres años después (7 de abril de 2014), <https://ustr.gov/sites/default/files/Colombia%20Labor%20Action%20Plan%20update%20final-April2014.pdf>; USTR y USDOL, En defensa de los trabajadores: Promoción de los derechos laborales por medio del comercio (febrero de 2015); USTR y USDOL, El Plan de Acción Laboral de Colombia: Una actualización de cinco años (11 de abril de 2016).

vi. Conclusión en cuanto al sistema de inspección

Teniendo en cuenta las pruebas reunidas a lo largo del proceso de la presentación, incluidas las opiniones expresadas por la OIT, la OCDE y demás, la OTLA tiene preocupaciones significativas en torno al sistema actual para proteger los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva en Colombia. En concreto, la OTLA tiene inquietudes en lo que respecta a: (1) la capacidad del organismo de inspección laboral, especialmente en lo que toca a la dificultad que representa para los inspectores viajar a zonas rurales, la rotación alta de personal, la falta de una estrategia nacional consistente, y la falta de implementación de un sistema nacional de gestión de casos; (2) las demoras en el proceso de inspección del Ministerio del Trabajo; y (3) los cobros demorados y poco metódicos de ciertas multas con relación a los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva. La revisión de la OTLA también planteó preguntas acerca de la imposición y aplicación de multas.

B. Asuntos sobre la aplicación relativos a temas específicos

i. Subcontratación

En la Comunicación se alega que el Gobierno de Colombia no aplicó efectivamente el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 sobre la subcontratación (intermediación laboral) ni en el sector petrolero ni en el azucarero.¹¹⁷ Se alega en la Comunicación que en ambos sectores se utilizó la subcontratación “con la intención de sofocar la organización sindical.”¹¹⁸

El artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 prohíbe a los empleadores utilizar las cooperativas de trabajo asociado para “actividades misionales permanentes” y prohíbe el uso de cualquier otra modalidad de contratación para actividades misionales permanentes cuando estos modalidades afecten los derechos constitucionales y los derechos laborales reglamentarios,¹¹⁹ incluidos los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva.¹²⁰ Los inspectores laborales pueden imponer multas de hasta 5.000 veces el salario mensual mínimo por infracciones de este artículo.¹²¹ En un caso notable, el Ministerio del Trabajo impuso en 2012 una de las primeras multas altas por subcontratación abusiva contra la empresa productora de aceite de palma Oleaginosas Las Brisas por emplear indebidamente las cooperativas de trabajo asociado en la contratación de trabajadores. La multa, que equivale a unos US \$650.000, fue ratificada durante

¹¹⁷ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), pp. 20 y 40.

¹¹⁸ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), pp. 20 y 40-41. En la página 6, la comunicación define “intermediación laboral” como “la práctica de establecer una o más entidades subcontratistas (intermediarios laborales) para proporcionar mano de obra a las empresas.” Este informe utiliza el término “subcontratación” para referirse al mismo fenómeno.

¹¹⁹ Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 (“*El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de la actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes . . .*”).

¹²⁰ Véase el Código Substantivo del Trabajo, título III, capítulo III, artículo 59 (en el que se prohíbe a los empleadores “limitar o presionar en cualquier forma a los trabajadores en el ejercicio de su derecho de asociación”), artículo 353 (en el que se declara que los empleadores y los trabajadores tienen derecho a la libertad de asociación), artículos 482-84 (en los que se definen los contratos sindicales); el artículo 1 del Decreto 1429 de 2010; y el Decreto 36 de 2016.

¹²¹ Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

el recurso de apelación y, en agosto de 2015, el SENA la cobró. Esta fue la primera multa por subcontratación abusiva que se cobró en los sectores prioritarios.¹²²

Antes de que se adoptara la Ley 1429 de 2010, los empleadores colombianos que procuraban evitar los contratos de trabajo directos con los trabajadores a menudo adquirían trabajadores por medio de las cooperativas de trabajo asociado (despidiendo frecuentemente a los empleados directos y contratándolos nuevamente a través de estas). Las cooperativas de trabajo asociado calificaban falsamente a los trabajadores de “dueños” de cooperativas y, de este modo, los excluían de las muchas protecciones que otorga el Código Sustantivo del Trabajo a los “trabajadores.”¹²³ El empleo de las cooperativas de trabajo asociado ha disminuido significativamente desde la adopción y la aplicación de la Ley 1429 de 2010 y de su Decreto regulador 2025 de 2011.¹²⁴ En cambio, algunos empleadores parecen haber recurrido a otros acuerdos de subcontratación, como los contratos sindicales y las sociedades por acciones simplificadas. Ambos acuerdos pueden socavar de manera similar el derecho de los trabajadores de crear sindicatos y de negociar colectivamente.¹²⁵ Este informe denomina la “subcontratación abusiva” como el uso de estos vehículos contratantes para suprimir ilegalmente los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva.

Contratos sindicales

En la Comunicación se alega que la subcontratación en el sector petrolero de Colombia, incluso para las actividades misionales permanentes, sigue siendo común y puede socavar la libertad de asociación de los trabajadores. En la Comunicación se describe la utilización de contratos sindicales en el sector petrolero, y se cita a Pacific Rubiales como un ejemplo de una empresa que acordó un contrato sindical supuestamente para intentar socavar la libertad de asociación.¹²⁶

Los contratos sindicales están permitidos por el Código Sustantivo del Trabajo y definidos en términos generales como contratos entre “uno o varios sindicatos de trabajadores [y] uno o varios empleadores o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra

¹²² USTR y USDOL, El Plan de Acción Laboral de Colombia: Una actualización de cinco años (11 de abril de 2016).

¹²³ Informe de los Derechos Laborales en Colombia de 2011 por el USDOL, pp. 7-8.

¹²⁴ En 2015, solo quedaron 316 cooperativas de trabajo asociado en el país de las 4.555 que había en abril de 2011. Funcionario del Gobierno de Colombia, correo electrónico a la OTLA (3 de enero de 2017); Informe de los Derechos Laborales en Colombia de 2011 p. 9. Como parte de sus compromisos del Plan de Acción, Colombia emitió el Decreto 2025 el 8 de junio de 2011. El Decreto 2025, el cual reglamenta parcialmente el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, establece directrices para que los inspectores laborales investiguen y sancionen la legitimidad de las cooperativas de trabajo asociado. También prevé la reducción gradual de cualquier multa impuesta cuando el empleador *de facto* acuerde formalizar a los trabajadores, que se encontraban anteriormente en la cooperativa de trabajo asociado abusiva, por medio de un contrato de duración indefinida.

¹²⁵ Véase, por ejemplo, el Proyecto Estadounidense para la Educación Laboral en las Américas, “Evaluación comparativa del cumplimiento con el Plan de Acción Laboral de Colombia: abril 2011 a abril 2012” (enero de 2013); AFL-CIO, “Cómo hacer que el Plan de Acción Laboral de Colombia funcione para los trabajadores” (abril de 2014), http://www.aflcio.org/content/download/123141/3414471/version/1/file/April2014_ColombiaReport.pdf; Escuela Nacional Sindical, “Informe sobre los cuatro primeros años de implementación del Plan de Acción Laboral (2011-2015)” (7 de abril de 2015); Escuela Nacional Sindical, “Centrales sindicales hacen balance de los 5 años del Plan de Acción Laboral Obama-Santos” (9 de abril de 2016), <http://ail.ens.org.co/informe-especial/centrales-sindicales-hacen-Balance-los-5-años-del-plan-accion-laboral-obama-santos/>.

¹²⁶ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), pp. 11-12.

por medio de sus afiliados.”¹²⁷ Algunos empleadores en Colombia han utilizado contratos sindicales para establecer esquemas de subcontratación para actividades misionales permanentes en las que el representante legal del sindicato firma un contrato con un empleador, supuestamente en nombre de un sindicato.¹²⁸ La Corte Constitucional de Colombia ha dictaminado que los trabajadores en un contrato sindical no son empleados del sindicato.¹²⁹ Por lo tanto, estos trabajadores no tienen una relación laboral directa con el sindicato o la empresa.¹³⁰ Más bien, según la Corte, los trabajadores son afiliados del sindicato que gozan de igualdad, en lugar de subordinación, con respecto al mismo.¹³¹

Tal como se señaló, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 prohíbe la práctica de la contratación de trabajadores para que lleven a cabo actividades misionales permanentes conforme a cualquier acuerdo de contratación, incluso los contratos sindicales, que afecte sus derechos constitucionales o legales,¹³² incluidos los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva.¹³³ Los contratos sindicales pueden infringir los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva cuando, entre otras situaciones: (1) el sindicato que firmó el contrato no es un sindicato independiente y no representa los intereses de los trabajadores en la negociación del contrato o (2) los trabajadores responden al sindicato no representativo buscando de manera independiente negociar colectivamente, pero no pueden hacerlo porque no tienen una relación laboral ni con el sindicato ni con el empleador¹³⁴ y, según la Corte Constitucional, carecen de la subordinación necesaria con cualquiera de las entidades para así establecer tal relación.¹³⁵ Pese a las numerosas quejas presentadas ante el Ministerio del Trabajo acerca de la utilización de contratos sindicales por parte de los empleadores para infringir los derechos de los trabajadores a la libertad de asociación y la negociación colectiva, estas prácticas siguen siendo comunes y parece que mayormente no han sido abordadas.¹³⁶ Esto ha llevado a que algunos interesados, incluso académicos y la OCDE, han exigido la prohibición absoluta de los contratos sindicales,

¹²⁷ Artículo 482 del capítulo III del título III del Código Sustantivo del Trabajo.

¹²⁸ Decreto 1429 de 2010; Correa C., Jorge, “Temporales ponen en la picota al contrato sindical,” Portafolio (24 de agosto de 2013). Escuela Nacional Sindical, “Pese a lo que haga o diga el Gobierno, la intermediación laboral está más viva que nunca” (30 de agosto de 2013).

¹²⁹ Sentencia T-457/11 de la Corte Constitucional del 27 de mayo de 2011.

¹³⁰ *Ibid.* El sindicato que firma el contrato es responsable del pago de los salarios y de la seguridad social de los afiliados, pero no se le considera un empleador ni tampoco la empresa contratante. En cambio, los trabajadores desempeñan sus labores como “afiliados” del sindicato.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

¹³³ Artículos 59, 353 y 482-84, capítulo III, título III, Código Sustantivo del Trabajo; artículo 1 del Decreto 1429 de 2010; Decreto 36 de 2016.

¹³⁴ Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas (CSA) y Confederación Sindical Internacional (CSI), “Terceización Mediante Agencias de Trabajo Temporal en América Latina” (29 de octubre de 2013), http://www.ilo.org/actrav/info/pubs/WCMS_227991/lang--en/index.htm (en donde se observa el aumento de los contratos sindicales y se menciona que en Colombia, “las falsas cooperativas [a saber, las cooperativas de trabajo asociado] están mutando a falsos sindicatos, en condiciones incluso más precarias que las que imponían las cooperativas de trabajo asociado.”); informe núm. 4 de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales de la Secretaría Técnica Nacional del Gobierno de Colombia (14 de mayo de 2014) (incluidas las declaraciones de un representante del Ministerio del Trabajo y de líderes de la confederación sindical que caracterizan los contratos sindicales como instrumentos de intermediación laboral que violan los derechos de los trabajadores).

¹³⁵ Sentencia T-457/11 de la Corte Constitucional de 27 de mayo de 2011.

¹³⁶ Véase, por ejemplo, *ibíd.*; Escuela Nacional Sindical, “TLC, Plan de Acción Laboral y derechos de los trabajadores en Colombia: Cinco años esperando cambios reales” (17 de mayo de 2016).

mientras otros mantienen su apoyo para el mecanismo.¹³⁷

En la Comunicación se alega que el empleo de contratos sindicales para las actividades misionales permanentes en dos campos de petróleo que Pacific Rubiales exploraba socavó el derecho de los trabajadores de vincularse libremente con la USO.¹³⁸ De acuerdo con la Comunicación, después de que Pacific Rubiales accediera a negociar colectivamente con la USO en septiembre de 2011, la empresa supuestamente firmó un acuerdo con un sindicato diferente y, a partir de ese momento, se ha negado a entablar negociaciones con la USO.¹³⁹ Según se informa, a los trabajadores les han dicho que renuncien a cualquier afiliación con la USO y que se unan al otro sindicato con el cual Pacific Rubiales firmó el acuerdo para renovar sus contratos de trabajo a plazo fijo.¹⁴⁰ Dos de los peticionarios presentaron este mismo caso, junto con otras alegaciones de subcontratación abusiva en el sector petrolero, al CLS de la OIT. En su reciente informe sobre el caso, el CLS solicitó al Gobierno de Colombia que “celebre consultas con los aliados sociales pertinentes sobre posibles medidas para garantizar que el empleo de contratos a plazo fijo en el sector petrolero no afecte negativamente el libre ejercicio de la libertad de asociación” y que “lleve a cabo de inmediato o complete indagaciones sobre la presunta terminación antisindical de contratos entre empresas [contratistas y subcontratistas].”¹⁴¹ La OITLA entiende que esto incluiría examinar la utilización de los contratos sindicales.¹⁴²

En un esfuerzo por evitar el empleo abusivo de los contratos sindicales, el Ministerio del Trabajo publicó el Decreto 036 de 2016, el cual exige una prueba de que el sindicato que firma un contrato sindical existía al menos seis meses antes de que se firmara el contrato (aunque no necesariamente en el lugar de trabajo en cuestión en el contrato) y reitera que tanto los sindicatos como los empleadores que firman dichos contratos deben respetar los derechos de los trabajadores afiliados al sindicato.¹⁴³ El Decreto 036 también requiere que los miembros del sindicato regido por el contrato sindical aprueben el contrato durante una asamblea con todas las

¹³⁷ OCDE, Estudios de la OCDE sobre el Mercado Laboral y las Políticas Sociales: Colombia 2016 (2016). Véase, por ejemplo, López Jiménez, Juan Sebastián y Carolina D’Avalos Castrillón, “El Contrato Sindical: ¿Un Beneficio para el Afiliado o una Figura de Intermediación y Afectación de Derechos Laborales?” Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 12: 13-32, 2015, <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/6187126/1+L%C3%B3pez-D'avalos.pdf/acdbd17d-0bd7-461b-80ff-8275e5969d1e>.

¹³⁸ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), p. 16. Pacific Rubiales Energy Corp. cambió su nombre en 2015 a Pacific Exploration and Production Corporation. Este informe se refiere a la empresa como “Pacific Rubiales,” el nombre abreviado de la empresa en el momento de las alegaciones en la comunicación. El Gobierno de Colombia le había hecho concesiones a esta empresa para explorar y extraer petróleo en dos campos: Rubiales y Quifa. El 1 de julio de 2016, expiró la concesión otorgada por el Gobierno de Colombia a Pacific Rubiales para Rubiales, el mayor de los dos campos. La empresa petrolera estatal Ecopetrol ahora controla la exploración y extracción en ese campo y está trabajando con la USO para resolver los acuerdos previos de subcontratación.

¹³⁹ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), pp. 12-13.

¹⁴⁰ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), p. 13.

¹⁴¹ Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, Informe 374 (marzo de 2015), párrafo 257, caso N° 2946. La OIT indica que ha recibido información adicional del Gobierno de Colombia relacionada con este caso, pero el CLS aún no ha reexaminado el caso, http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0:NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:323768.

¹⁴² Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OITLA (22 de diciembre de 2016).

¹⁴³ Decreto 036 de 2016. Debido a la Sentencia C-797/00 de la Corte Constitucional, en la cual se declaró inconstitucional el artículo 360 del Código Sustantivo de Trabajo, los trabajadores en Colombia pueden pertenecer a más de un sindicato si así lo desean.

personas que el mismo cubre.¹⁴⁴ Aunque es demasiado pronto para evaluar el impacto total del decreto, el Ministerio del Trabajo indicó que hubo una disminución del 35 por ciento en el número de contratos sindicales presentados ante este ministerio entre enero y abril de 2016, en comparación con el mismo período en 2015.¹⁴⁵

Las sociedades por acciones simplificadas

Las sociedades por acciones simplificadas están previstas en la legislación comercial colombiana como una forma acelerada de constituir un negocio privado. Las sociedades por acciones simplificadas pueden ser establecidas por una o varias personas. Requieren de capital y trabajo administrativo mínimos, lo que simplifica su establecimiento y registro. Las sociedades por acciones simplificadas cuentan con flexibilidad para establecer el propósito para el cual están constituidas y para definir las relaciones jurídicas entre los socios.¹⁴⁶

En el sector azucarero, parece que algunos empleadores han recurrido a las sociedades por acciones simplificadas como mecanismo preferido de subcontratación, luego de que se prohibiera categóricamente utilizar las cooperativas de trabajo asociado para actividades misionales permanentes.¹⁴⁷ En la Comunicación se alega que el ingenio azucarero La Cabaña contrata cortadores de caña de azúcar por medio de intermediarios establecidos como sociedades por acciones simplificadas que: a) se niegan a renovar los contratos a plazo fijo de los cortadores de caña de azúcar que se unen a Sintrainagro, lo que es un hecho que infringe el derecho de los trabajadores a elegir libremente un sindicato, o (b) se cambian los nombres al de sociedades por acciones simplificadas distintas para evitar que se llegue a conclusiones judiciales acerca de relaciones laborales legales entre las sociedades por acciones simplificadas originales y el cortador de caña y así evitar tener que negociar colectivamente en respuesta a las peticiones de los trabajadores.¹⁴⁸

Las sociedades por acciones simplificadas mediante las cuales se llevan a cabo actividades misionales permanentes pueden ser utilizadas indebidamente para socavar los derechos de los trabajadores a la libertad de asociación y la negociación colectiva cuando los empleadores establecen sociedades por acciones simplificadas descapitalizadas o ficticias y luego firman contratos con las mismas, a menudo a corto plazo por menos de un año, para fungir de

¹⁴⁴ Decreto 036 de 2016.

¹⁴⁵ Gobierno de Colombia, Respuestas a la OCDE (agosto de 2016).

¹⁴⁶ Ley 1258 de 2008; Cámara de Comercio de Bogotá, Guía del Registro Mercantil 28: Constitución de SAS (noviembre 2011),

<http://www.ccb.org.co/content/download/5044/65882/version/3/file/Gu%C3%ADa%20n%C3%BAm.%20C%20de%20SAS.pdf>.

¹⁴⁷ Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016). En 2011, casi el 70 por ciento de los cortadores de caña pertenecían a las cooperativas de trabajo asociado. Informe de los Derechos Laborales en Colombia de 2011 por el USDOL, p. 9. Aunque la mayoría de los trabajadores que se encontraban previamente en las cooperativas de trabajo asociado abusivas de este sector formaron sindicatos y negociaron acuerdos de negociación colectiva con filiales de las principales empresas procesadoras de azúcar, todavía existen prácticas de subcontratación cuestionables en el sector. Véase El Plan de Acción Laboral, Tres Años Más tarde, USTR y el USDOL (7 de abril de 2014), p. 5.

¹⁴⁸ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), pp. 30 y 36.

intermediarios en la contratación de trabajadores.¹⁴⁹ El resultado puede ser acuerdos de empleo temporal que carecen de las protecciones que reciben los trabajadores permanentes, y un ambiente de represalia al no renovarse los contratos si los trabajadores participan en actividades de organización sindical.¹⁵⁰ Además, la negociación colectiva con una sociedad por acciones simplificada descapitalizada o ficticia (a diferencia de una sociedad por acciones simplificada legítima que sirve de filial de un empleador) es difícil y en gran medida improductiva.¹⁵¹ Una sociedad por acciones simplificada que es una intermediaria para una sola empresa no puede responder eficazmente a las peticiones de los trabajadores de negociar aumentos salariales u otros beneficios económicos u otros términos y condiciones laborales porque la sociedad por acciones simplificada está vinculada con el empleador por los términos de su contrato.¹⁵² A pesar de las numerosas quejas que trabajadores y sindicatos presentaron ante el Ministerio del Trabajo acerca de la utilización de sociedades por acciones simplificadas para socavar los derechos de los trabajadores de La Cabaña, los problemas persisten y los trabajadores siguen vulnerables a abusos.¹⁵³

Iniciativas por parte del Gobierno de Colombia para luchar contra la subcontratación abusiva y demás problemas

El Gobierno de los Estados Unidos ha expresado con regularidad a los funcionarios de alto nivel del Gobierno de Colombia su inquietud acerca de la utilización de los distintos tipos de subcontratación abusiva y ha laborado intensamente con este gobierno en un esfuerzo por abordar el problema.¹⁵⁴

Desde 2012, casi todos los inspectores laborales de Colombia han participado en sesiones de capacitación para aprender a identificar y sancionar las “relaciones de trabajo ambiguas y encubiertas” (es decir, la subcontratación abusiva).¹⁵⁵ Además, en un fallo de 2014, la Corte Constitucional colombiana subrayó que todo el alcance de los derechos laborales consagrados en la Constitución, incluso los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva, debe ser respetado independientemente del plan de contratación mediante el cual se contrata a un

¹⁴⁹ Actualícese, “Convertir CTA en SAS para evadir la contratación directa, también es fraude y es sancionado” (4 de agosto de 2011), <http://actualicese.com/actualidad/2011/08/02/convertir-cta-en-sas-para-evadir-la-contratacion-directa-tambien-es-fraude-y-es-sancionado/>; Freidrich Ebert Stiftung en Colombia y Escuela Nacional Sindical, “La precariedad laboral en Colombia” (2014), pp. 27-29, <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/11109.pdf>.

¹⁵⁰ Freidrich Ebert Stiftung en Colombia y Escuela Nacional Sindical, “La precariedad laboral en Colombia” (2014), pp. 33-35, <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/11109.pdf>.

¹⁵¹ Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OIT (22 de diciembre de 2016).

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Escuela Nacional Sindical, “TLC, Plan de Acción Laboral y derechos de los trabajadores en Colombia: Cinco años esperando cambios reales” (17 de mayo de 2016); Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) y Central Unitaria de Trabajadores (CUT), “Tres años de incumplimiento del Plan de Acción Obama Santos: Informe sobre los tres primeros años de implementación del Plan de Acción Laboral” (abril de 2014).

¹⁵⁴ Véase, por ejemplo, la actualización de la USTR y el USDOL: Plan de Acción Laboral de Colombia: Tres años después (7 de abril de 2014); USTR y USDOL, El Plan de Acción Laboral de Colombia: Una actualización de cinco años (11 de abril de 2016).

¹⁵⁵ O’Brien y Asociados Internacional, Promoción del cumplimiento con las normas internacionales de trabajo en Colombia: Evaluación final independiente, que se publicará próximamente. En concreto, 1.173 inspectores de trabajo han recibido la capacitación por la OIT.

trabajador.¹⁵⁶ La afirmación de la corte de que los derechos laborales protegidos por la constitución se aplican a los trabajadores subcontratados reforzó efectivamente la Ley 1429 de 2010 y fortaleció la base para que los inspectores investiguen la subcontratación abusiva.¹⁵⁷ Sin embargo, la aplicación de multas administrativas por prácticas abusivas de subcontratación que impliquen acuerdos distintos a las cooperativas de trabajo asociado, especialmente en los sectores prioritarios del Plan de Acción, parece haber sido limitada.¹⁵⁸

En 2014 la Escuela Nacional Sindical (ENS) laboró junto con la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) para presentar ante el Ministerio del Trabajo 150 querrelas relacionadas con la subcontratación ilegal y la supresión de la libertad de asociación de los trabajadores. Para abril de 2016 el Ministerio del Trabajo había emitido actos administrativos definitivos en solo cinco de esos casos.¹⁵⁹ No se ha aplicado ninguna multa. En 2014 los inspectores laborales iniciaron 54 investigaciones de subcontratación ilegal en los cinco sectores prioritarios. Como consecuencia, solo se impuso una multa.¹⁶⁰ Esa multa está en prórroga hasta que se cumpla con un acuerdo de formalización negociado. En 2015 el Ministerio del Trabajo informó que impuso 61 multas en los sectores prioritarios, aunque no impuso ninguna por subcontratación ilegal.¹⁶¹ Hasta el 31 de octubre de 2016, el Ministerio del Trabajo dio parte de cinco multas impuestas a las empresas contratantes por subcontratación ilegal en los sectores prioritarios, tres años después de que el Ministerio del Trabajo iniciara sus investigaciones de la subcontratación abusiva en las empresas.¹⁶² Las multas están actualmente en proceso de apelación.

El Ministerio del Trabajo informa haber impuesto multas por subcontratación abusiva en todos los sectores desde 2014.¹⁶³ Según las estadísticas que proporcionó el Gobierno de Colombia, casi 60 por ciento de las multas que se impusieron por la subcontratación abusiva desde los inicios de 2014 hasta abril de 2016 se han aplicado a las cooperativas de trabajo asociado.¹⁶⁴ Aunque tanto las cooperativas de trabajo asociado como los empleadores finales están cubiertos por las

¹⁵⁶ Sentencia C-593 de 2014 de la Corte Constitucional, <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-593-14.htm>.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OTLA (3 de enero 2017). El Ministerio del Trabajo informa que en todos los sectores económicos en 2014, los inspectores impusieron 99 multas por subcontratación ilegal. En 2015, impuso 140 multas y, hasta abril de 2016, había impuesto 26 multas. Según información del Ministerio del Trabajo, la mayoría de estas multas fue impuesta contra las cooperativas de trabajo asociado: se reportaron 87 de las multas impuestas en 2014, 58 de las impuestas en 2015 y 12 de las impuestas en 2016.

¹⁵⁹ Escuela Nacional Sindical, “TLC, Plan de Acción Laboral y derechos de los trabajadores en Colombia: Cinco años esperando cambios reales” (17 de mayo de 2016).

¹⁶⁰ Plan de Acción Laboral, Notas de Avance del Ministerio del Trabajo (diciembre de 2015).

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² “Por Intermediación laboral ilegal, MinTrabajo impone mayor número de sanciones,” Ministerio del Trabajo (8 de noviembre de 2016), <http://mintrabajo.gov.co/noviembre-2016/6526-por-intermediacion-laboral-ilegal-mintrabajo-impone-mayor-numero-de-sanciones.html>.

¹⁶³ Gobierno de Colombia, Respuestas a la OCDE (agosto de 2016). El Ministerio del Trabajo informa que en todos los sectores económicos en 2014, los inspectores impusieron un total de 99 multas por subcontratación ilegal. En 2015, impuso un total de 140 multas y, a finales de abril de 2016, había impuesto un total de 26 multas.

¹⁶⁴ Gobierno de Colombia, Respuesta a la OTLA (31 de octubre de 2016). El Gobierno de Colombia proporcionó estadísticas que indican que se impusieron 265 multas en total de 2014 a abril de 2016 por la subcontratación abusiva y que se impusieron 154 multas contra las cooperativas de trabajo asociado durante el mismo período. .”

disposiciones del artículo 63 de la Ley 1429 y son sancionados por separado,¹⁶⁵ las cooperativas de trabajo asociado que se dedican a la subcontratación abusiva son poco más que cáscaras vacías: no tienen ni capital ni activos.¹⁶⁶ Imponer una sanción administrativa a una cooperativa de trabajo asociado por subcontratación abusiva requiere la disolución y la cancelación de la personería jurídica de la misma.¹⁶⁷ Esto detiene la violación de la legislación laboral, pero hace improbable que se cobrarían las multas que se aplicarían a la cooperativa de trabajo asociado. Para que las multas impuestas por subcontratación abusiva tengan un efecto disuasorio más amplio, el Ministerio del Trabajo debe incrementar el número de multas que impone y cobrar un porcentaje más alto de estas multas a las empresas que firman acuerdos de subcontratación abusiva con las cooperativas de trabajo asociado, porque solo estas empresas tienen el capital para pagar las multas. Este mismo principio (la imposición de multas a la empresa final) también se aplicaría lógicamente a otros métodos de subcontratación, como los contratos sindicales y las sociedades por acciones simplificadas.

Las autoridades laborales parecen estar cambiando hacia la negociación de acuerdos de formalización laboral, lo que puede explicar el bajo número de multas impuestas por acuerdos de subcontratación abusiva que no tienen que ver con la participación de cooperativas de trabajo asociado. Por ejemplo, el Ministerio del Trabajo ha indicado que “ha incentivado la redacción de acuerdos de formalización.”¹⁶⁸ Establecidos por la Ley 1610 de 2013 y aclarados por la Resolución 321 de 2013, los acuerdos de formalización permiten a los empleadores negociar acuerdos vinculantes con el Ministerio del Trabajo para contratar, a largo plazo, a trabajadores que previamente estuvieran en relaciones de subcontratación ilícitas. El Ministerio del Trabajo puede negociar y firmar tales acuerdos en cualquier momento, así como durante una investigación abierta, antes de imponer una multa, a cambio de suspender la investigación.¹⁶⁹ En los casos en que ya se hayan impuesto multas, el Ministerio del Trabajo se comprometerá a reducir y, en última instancia, eliminar una multa después de cinco años, en espera del cumplimiento exitoso de los términos del acuerdo.¹⁷⁰ Se supone que los inspectores del Ministerio del Trabajo deben realizar investigaciones de seguimiento de los acuerdos de formalización para garantizar que los empleadores cumplen con las estipulaciones del acuerdo.¹⁷¹ Si los empleadores no cumplen con los términos del acuerdo, las multas impuestas contra ellos, en virtud de la ley, son reactivadas.¹⁷² El Ministerio del Trabajo indica que ha concluido un total de 171 acuerdos de formalización que abarcan a unos 25.000 trabajadores (de una fuerza laboral

¹⁶⁵ Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010; artículo 4 del Decreto 2025 de 2011.

¹⁶⁶ Cabrera, Wilson, prensa para el Senado de la República de Colombia, “Comisión Primera examinó ‘cooperativas de papel’” (24 de septiembre de 2013), <http://www.senado.gov.co/historia/item/18220-debate-comision-primera-sobre-cooperativas-de-papel> (que abarca el debate del senado colombiano acerca de las “falsas” cooperativas de trabajo asociado, calificadas de “ficticias” y existentes solo en papel para “violiar los principios del cooperativismo solidario y los derechos laborales”); Sentencia T-559 de 2010 de la Corte Constitucional, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-559-10.htm> (que dictaminó que la cooperativa de trabajo asociado en cuestión había operado estrictamente como una “fachada”).

¹⁶⁷ Artículo 7(3) de la Ley 1233 de 2008.

¹⁶⁸ Gobierno de Colombia, Respuestas a la OCDE (agosto de 2016), p. 29.

¹⁶⁹ Artículo 16 de la Ley 1610 de 2013.

¹⁷⁰ Artículo 10 del Decreto 2025 de 2011.

¹⁷¹ Artículo 2(6) de la Resolución 321 de 2013 del Ministerio del Trabajo del Gobierno de Colombia.

¹⁷² Artículo 16 de la Ley 1610 de 2013.

de 25 millones)¹⁷³ en diversos sectores económicos desde 2012,¹⁷⁴ cuando se emitieron los primeros reglamentos sobre acuerdos de formalización.¹⁷⁵

Los acuerdos de formalización cuentan con la capacidad para tratar satisfactoriamente ciertos casos de subcontratación abusiva mediante la creación de acuerdos de contratación estables a largo plazo para los trabajadores afectados. Sin embargo, los sindicatos y otros grupos laborales han expresado su inquietud en lo que toca a la aplicación, en la práctica, de los acuerdos de formalización.¹⁷⁶ Estas inquietudes incluyen reservas sobre la ley colombiana subyacente, según la cual en los acuerdos de formalización no hay que establecer contratos directos de duración indefinida para los trabajadores cubiertos.¹⁷⁷ En cambio, se deben establecer contratos que se inclinen hacia la permanencia (vocación de permanencia).¹⁷⁸ Como resultado, los acuerdos en varios casos no han dado lugar a relaciones de empleo directas con un plazo indefinido con el principal empleador.¹⁷⁹ En cambio, existen informes que indican que se crearon nuevos acuerdos de subcontratación, a veces ilegales, continuándose, de este modo, con la situación original de la subcontratación abusiva.¹⁸⁰ Para brindar contexto: el Ministerio del Trabajo informa que el 22 por ciento de los trabajadores cubiertos por los acuerdos de formalización tiene contratos directos a plazo indefinido con el principal empleador.¹⁸¹

¹⁷³ Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE) del Gobierno de Colombia, “Estadísticas por tema: Mercado Laboral” (octubre de 2016), <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral>.

¹⁷⁴ Gobierno de Colombia, Respuesta a la OTLA (31 de octubre de 2016). La respuesta del gobierno enumera 171 acuerdos de formalización hasta el 30 de septiembre de 2016. El sitio web del Ministerio del Trabajo que contiene los acuerdos de formalización (<http://www.mintrabajo.gov.co/tlc-plan-de-accion-laboral.html>) enumera 175 acuerdos entre 2012 y 2016 a fecha de 10 de septiembre de 2016. Los acuerdos más recientes para 2016 son de julio; no hay explicación para la discrepancia en los números. “MinTrabajo presentó avances en materia laboral del TLC con EE.UU” del Ministerio de Trabajo (27 de octubre de 2016), <http://www.mintrabajo.gov.co/octubre-2016/6495-mintrabajo-presento-avances-en-materia-laboral-del-tlc-con-eeuu.html>.

¹⁷⁵ Resolución 2272 de 2012 del Ministerio del Trabajo del Gobierno de Colombia. La Ley 1610 de 2013 sustituyó los reglamentos de 2012 e incluyó sus propios reglamentos en la Resolución 321 de 2013.

¹⁷⁶ “Centrales sindicales hacen balance de los 5 años del Plan de Acción Laboral Obama-Santos” de la Escuela Nacional Sindical (9 de abril de 2016). Además de las inquietudes generales analizadas en estos párrafos, en la comunicación se alega concretamente que el Gobierno de Colombia no ha hecho cumplir efectivamente el artículo 2 de la Resolución 321 sobre los acuerdos de formalización al no tomar medidas para garantizar que las negociaciones para un acuerdo de formalización tuvieran lugar cuando un sindicato lo solicitó. De acuerdo con la Resolución 321, un empleador, los trabajadores o un sindicato con miembros en una empresa pueden presentar una solicitud para que el Ministerio del Trabajo y la empresa lleguen a un acuerdo. No obstante, la Resolución 321 no requiere que un inspector acepte tal solicitud, ni tampoco que ofrezca un acuerdo de formalización a un empleador. Además, el empleador no tiene ninguna obligación de aceptar un acuerdo de formalización que se le ofrezca.

¹⁷⁷ Artículos 13-14 de la Ley 1610 de 2013. Véase también “Alcance de los Acuerdos de Formalización Laboral en la Ley 1610 de 2013” (2015), Ministerio del Trabajo del Gobierno de Colombia, <https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/PRESENTACION%20ACUERDOS%20DE%20FORMALIZACION%20LABORAL%20-%20ESE.pdf>.

¹⁷⁸ Artículos 13-14 de la Ley 1610 de 2013.

¹⁷⁹ Véase, por ejemplo, Acuerdo de Formalización Laboral entre la Empresa de Transporte Masivo de Valle de Aburrá LTDA, La Fundación Universidad de Antioquia y la Dirección Territorial de Antioquia del Ministerio del Trabajo (29 de abril de 2013); Acuerdo de Formalización Laboral entre Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A. y el Ministerio del Trabajo (3 de junio de 2013).

¹⁸⁰ Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016).

¹⁸¹ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OTLA (3 de enero 2017).

Varios sindicatos y la ENS también han expresado una creciente inquietud en cuanto al hecho de que los acuerdos de formalización no se supervisan adecuadamente desde el principio para garantizar que todos los trabajadores afectados por la subcontratación ilegal sean incluidos inicialmente en los acuerdos y, posteriormente, para asegurar que los trabajadores cubiertos sigan trabajando durante un período de cinco años, como lo requiere la ley para la exoneración total de cualquier multa impuesta.¹⁸² El Ministerio del Trabajo afirma que está realizando inspecciones de verificación de los acuerdos de formalización en estas áreas e informa que realizó 198 visitas de verificación entre 2013 y junio de 2016 y ha programado 76 visitas adicionales entre julio y diciembre de 2016.¹⁸³

El Gobierno de Colombia emitió en 2016 dos decretos relacionados con la subcontratación como respuesta, en parte, a las crecientes denuncias de subcontratación abusiva crónica. En particular, como respuesta a la transición de cooperativas de trabajo asociado hacia otros acuerdos y a peticiones provenientes de partes interesadas nacionales y organizaciones internacionales de mayor claridad, en lo que toca a la magnitud de la conducta prohibida de la subcontratación. El Decreto 036 emitido en enero de 2016, y analizado previamente, tiene por objeto combatir los contratos sindicales ilícitos.¹⁸⁴ El Decreto 583 emitido el 8 de abril de 2016 articula los factores que deben tenerse en consideración para determinar cuándo la subcontratación de las actividades misionales permanentes a través de arreglos cualesquiera afecta los derechos de los trabajadores y es ilegal.¹⁸⁵ Su objetivo es ayudar a los inspectores laborales a investigar e imponer multas posiblemente significativas a los empleadores que socavan los derechos de los trabajadores mediante métodos de subcontratación (incluso los que han surgido como alternativas comunes a las cooperativas de trabajo asociadas) para el desempeño de las actividades misionales permanentes. Este decreto complementa los reglamentos vigentes que aplican el artículo 63 de la Ley 1429. Si se aplicara enérgicamente, podría tener un impacto significativo para los trabajadores.¹⁸⁶ Empero, el decreto ha sido criticado por algunas partes interesadas, incluso y en particular por: 1) establecer un listado de prácticas que se podría considerar como posibles indicadores de la subcontratación abusiva en vez de por sí mismas, pruebas de conducto ilegal; y 2) articular claramente un criterio jurídico con dos partes para identificar la subcontratación abusiva que requiere que la subcontratación involucre las actividades misionales permanentes y que afecte los derechos de los trabajadores. El decreto está siendo impugnado en el Consejo de Estado, la corte máxima de derecho administrativo del país.¹⁸⁷

¹⁸² Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016). Además, véase, por ejemplo, Escuela Nacional Sindical, “TLC, Plan de Acción Laboral y derechos de los trabajadores en Colombia: Cinco años esperando cambios reales” (17 de mayo de 2016).

¹⁸³ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OTLA (3 de enero 2017).

¹⁸⁴ Decreto 036 de 2016.

¹⁸⁵ Decreto 583 de 2016.

¹⁸⁶ “La USTR y el Departamento del Trabajo emiten una actualización de cinco años sobre el Plan de Acción Laboral de Colombia y dan la bienvenida a un nuevo decreto sobre la subcontratación ilegal” (11 de abril de 2016), USTR, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2016/april/ustr-and-dol-issue-five-year-update>.

¹⁸⁷ Demanda presentada por la Asociación Colombiana de Empresas de Servicios Temporales (ACOSSET) contra el Ministerio del Trabajo del Gobierno de Colombia, Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno del Consejo de Estado, Gobierno de Colombia (31 de mayo de 2016), <http://www.consejodeestado.gov.co/actuaciones.asp?numero=11001032500020160048500>; RCN Radio, “CUT demanda decreto que legaliza la tercerización laboral,” (9 de junio de 2016), <http://www.rcnradio.com/nacional/cut-demando-decreto-legaliza-la-tercerizacion-laboral/>.

En agosto de 2016 el Ministerio del Trabajo anunció 20 casos que se encontraban en la etapa de averiguación preliminar para los que los inspectores aplican el Decreto 583.¹⁸⁸ Dos de los casos tienen que ver con cooperativas de trabajo asociado, los cuales también podrían ser investigados y, según proceda, sancionados conforme al Decreto 2025. Al mes de diciembre de 2016, el Ministerio del Trabajo estaba iniciando investigaciones administrativas sancionatorias en dos casos, finalizando los cargos en otro y, en un cuarto caso, notificando a una empresa de una sanción.¹⁸⁹ El Ministerio del Trabajo había cerrado tres de los 20 casos por falta de pruebas y está negociando un acuerdo de formalización en otro.¹⁹⁰ Los 11 casos restantes aún están bajo averiguación preliminar¹⁹¹ y, por consiguiente, ahora se encuentran más allá de los plazos mencionados en los manuales de inspección del Ministerio del Trabajo para la conclusión de tales averiguaciones. Si bien es todavía demasiado pronto para evaluar plenamente la aplicación del Decreto 583 por parte del Gobierno de Colombia, el número limitado de casos que se examinan en virtud del decreto, y las demoras iniciales en lo que toca a la iniciación de los casos son motivo de inquietud.

El Gobierno de Colombia ha tomado medidas importantes para combatir la subcontratación abusiva, incluido el reciente y muy necesario decreto dirigido a otros métodos de contratación de las cooperativas de trabajo asociado que también socavan los derechos de los trabajadores. Dado el historial de subcontratación abusiva, a la OTLA le sigue inquietando el efecto de esa subcontratación en los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva y seguirá dándole seguimiento de cerca. Pese a que tomará tiempo observar los plenos efectos de los decretos recientes, la OTLA tiene preocupaciones significativas de que el Ministerio del Trabajo no esté tomando medidas suficientes para implementarlos o para hacer cumplir la prohibición estipulada en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 sobre la subcontratación que puede socavar los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva.

ii. Pactos colectivos

En la Presentación se alega que el Gobierno de Colombia no ha aplicado adecuadamente las leyes que prohíben el uso de los pactos colectivos que inhiban los derechos de los trabajadores de organizarse y negociar colectivamente.¹⁹²

Según el Código Sustantivo del Trabajo, los empleadores pueden ofrecer pactos colectivos (beneficios que cubren a los trabajadores no sindicados en el lugar de trabajo) a trabajadores no sindicados en lugares de trabajo donde los sindicatos no estén presentes, al igual que en lugares de trabajo donde los sindicatos representen menos de una tercera parte de la fuerza laboral de la empresa.¹⁹³ Según consta, algunos empleadores ofrecen mejores condiciones a través de pactos

¹⁸⁸ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OTLA (3 de enero 2017).

¹⁸⁹ Correo electrónico del Ministerio del Trabajo, Gobierno de Colombia, a la OTLA (20 de diciembre de 2016).

¹⁹⁰ *Ibíd.*

¹⁹¹ *Ibíd.* Nota: Tras el examen de las pruebas, se consideró que uno de los 20 casos no era relevante y se eliminó del grupo inicial, con lo que el número de casos examinados en virtud del Decreto 583 bajó a 19.

¹⁹² Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), p. 7.

¹⁹³ Artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo.

colectivos que las contenidas en los acuerdos de negociación colectiva vigentes.¹⁹⁴ Sin embargo, el artículo 354 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe a los empleadores interferir en la libertad de asociación de los trabajadores;¹⁹⁵ por lo tanto, los empleadores no pueden utilizar un pacto colectivo que obstaculice o socave la actividad sindical legítima.¹⁹⁶

En la práctica, hay pruebas de que los pactos colectivos en Colombia se han utilizado a veces para infringir los derechos de los trabajadores a la libertad de asociación y la negociación colectiva.¹⁹⁷ Se informa que los empleadores han utilizado pactos colectivos para presionar a los trabajadores para que no se unan o para que abandonen un sindicato, ofreciéndoles mejores condiciones.¹⁹⁸ Los pactos colectivos pueden efectivamente funcionar como un “límite” para las negociaciones colectivas, garantizando que los trabajadores sindicados y los no sindicados reciban los mismos beneficios e incentivando a los trabajadores para que no se afilien al sindicato.¹⁹⁹ La ENS analizó un grupo de lugares de trabajo que firmaron pactos colectivos en 2015 y encontró que en el 71 por ciento de los lugares donde coexistieron los pactos colectivos y los sindicatos, el número de trabajadores afiliados al sindicato, o los sindicatos, disminuyó.²⁰⁰ La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y la OCDE han recomendado que Colombia elimine la opción de pactos colectivos en los lugares de trabajo donde existe un sindicato.²⁰¹

Pese a estas inquietudes, las investigaciones del Ministerio del Trabajo de las querellas que alegan la utilización ilegal de pactos colectivos que socavan la libertad de asociación no se han llevado a cabo consistentemente de manera oportuna. Los compromisos del Plan de Acción Laboral exigían que el Gobierno de Colombia solicitara asistencia técnica de la OIT para vigilar el uso de los pactos colectivos. Desde 2014, la OIT ha trabajado con el Ministerio del Trabajo para priorizar e investigar 49 casos en los cuales se afirmó que los pactos colectivos se utilizaron

¹⁹⁴ OCDE, Estudios de la OCDE sobre el Mercado Laboral y las Políticas Sociales: Colombia 2016, Resumen Ejecutivo, Evaluación y Recomendaciones (2016).

¹⁹⁵ Artículo 354 del Código Sustantivo del Trabajo; Cialti, Pierre-Henri, “Negociación colectiva en Colombia: una visión cruzada entre el sector público y el sector privado,” *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 18.1, enero-junio de 2016, p. 194 (hace referencia al artículo 354 y afirma que “si dichos pactos [colectivos] pretenden desestimular la afiliación sindical, al atribuir a los beneficiarios no sindicados mejoras o beneficios no contemplados en una convención colectiva firmada en la misma empresa con sindicatos, el [Código Sustantivo del Trabajo] . . . prevé sanciones”).

¹⁹⁶ Véase, por ejemplo, la Sentencia T-069/15 (18 de febrero de 2015) de la Corte Constitucional.

¹⁹⁷ OCDE, Estudios de la OCDE sobre el Mercado Laboral y las Políticas Sociales: Colombia 2016, Resumen Ejecutivo, Evaluación y Recomendaciones (2016), p. 21; Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, 104.ª reunión, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (junio de 2015), p. 63.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 116; El Tiempo, “Cruzada sindical en contra de los pactos colectivos” (3 de julio de 2014), <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/sindicatos-en-contra-de-los-pactos-colectivos/14198925>; AFL-CIO, “Legislative Alert!,” (11 de octubre de 2011), http://www.aflcio.org/content/download/7066/76196/file/colombiafta_101111.pdf.

¹⁹⁹ Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, 104.ª reunión, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (junio de 2015), p. 63.

²⁰⁰ Escuela Nacional Sindical, “TLC, Plan de Acción Laboral y derechos de los trabajadores en Colombia: Cinco años esperando cambios reales” (17 de mayo de 2016), p. 22.

²⁰¹ Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, 101.ª reunión, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2012); OCDE, Estudios de la OCDE sobre el Mercado Laboral y las Políticas Sociales: Colombia 2016, Resumen Ejecutivo, Evaluación y Recomendaciones (2016), p. 21.

indebidamente. El Ministerio del Trabajo ha impuesto 12 multas en estos casos por infracción del artículo 354; al menos dos de esas multas están en proceso de apelación.²⁰² Veintidós casos aún se encuentran en varias etapas de investigación. La mayoría se encuentra en el Ministerio del Trabajo desde 2014.²⁰³ La ENS informó de manera similar que 45 sindicatos afectados presentaron querrelas ante el Ministerio del Trabajo relativas a la utilización de pactos colectivos que infringían la libertad de asociación de los trabajadores.²⁰⁴ Aproximadamente dos años después de que fueran presentadas las querrelas, solo cinco de los casos habían resultado en multas impuestas; 14 de ellos habían sido archivados; tres de ellos fueron retirados, o no fueron seguidos por el sindicato; y los demás se encontraban en varias etapas de investigación a mediados de 2016.²⁰⁵

Como resultado, la OTLA tiene inquietudes constantes en cuanto a la aplicación de la prohibición del Código Sustantivo del Trabajo contra la utilización de pactos colectivos que socavan los derechos de los trabajadores a la libertad de asociación y la negociación colectiva.

C. Falta de procesamientos judiciales en casos de amenazas y violencia contra sindicalistas

En la Comunicación se alega que al no prevenir ni procesar judicialmente los casos de amenazas y violencia antisindicales, el Gobierno de Colombia incumplió su obligación de proveer libertad de asociación en la práctica.²⁰⁶ En la Comunicación se hace referencia específicamente a que no hubo investigaciones de las amenazas de muerte que los líderes de la USO y sus familias recibieron después de que testificaran en contra de Pacific Rubiales en un caso penal,²⁰⁷ y a las “crecientes amenazas e intimidación por parte de funcionarios de La Cabaña y sus intermediarios” contra Sintrainagro.²⁰⁸ Los miembros y líderes del sindicato le dieron parte de las amenazas a la Fiscalía, el organismo de procesamiento judicial penal de Colombia. En la Comunicación se alega que no se realizó ninguna investigación de las amenazas alegadas.²⁰⁹

Los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva están consagrados en la legislación colombiana, desde la Constitución hasta el Código Sustantivo de Trabajo, y existe un marco legal sólido para proteger estos derechos, incluso la penalización de las acciones que los violen.²¹⁰ Además, Colombia ha ratificado los convenios 87, 98 y 154 de la OIT acerca de los

²⁰² Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016).

²⁰³ *Ibíd.* Los 22 casos aún en proceso de investigación incluyen 10 casos en averiguación preliminar, nueve casos con investigaciones abiertas y tres casos pendientes de notificación de cargos. Nueve de los 22 casos son de 2015, el resto es de 2014. La situación de los otros 15 casos es la siguiente: en un caso se dio parte de los cargos; nueve casos fueron archivados o descartados; cuatro casos se encuentran en proceso de apelación administrativa (sin incluir las dos sanciones impugnadas); y un caso fue resuelto mediante un acuerdo de negociación colectiva que sustituyó el pacto colectivo.

²⁰⁴ Escuela Nacional Sindical, “TLC, Plan de Acción Laboral y derechos de los trabajadores en Colombia: Cinco años esperando cambios reales” (17 de mayo de 2016), p. 22.

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), pp. 47-48.

²⁰⁷ *Ibíd.*, p. 17.

²⁰⁸ *Ibíd.*, p. 41.

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 19.

²¹⁰ Artículos 11 (protección del derecho a la vida), 38 (protección del derecho a la libre asociación) y 39 (establecimiento del derecho de sindicación) de la Constitución Política de la República de Colombia; Ley 599 de

derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva y los ha incorporado a la legislación interna.²¹¹

La OIT ha reconocido en repetidas ocasiones que el hecho de no abordar con eficacia y celeridad las amenazas y la violencia contra los activistas y dirigentes sindicales constituye una violación de la libertad de asociación. Tal como lo describe la OIT, los derechos de las organizaciones de trabajadores solo pueden ejercerse eficazmente en un clima libre de violencia, presión o amenazas contra los dirigentes y los miembros de dichas organizaciones.²¹² La OIT también señala que “la ausencia de sentencias contra los culpables crea en la práctica una situación de impunidad, que refuerza el clima de violencia e inseguridad, que es sumamente perjudicial para el ejercicio de los derechos sindicales.”²¹³ Según la OIT, cuando existe un clima de violencia, el poder judicial debe “esclarecer plenamente en el más breve plazo los hechos y las circunstancias en las que se produjeron tales actos [de violencia] y, en la medida de lo posible, determinar cuáles son las responsabilidades, sancionar a los culpables y prevenir la repetición de hechos similares.”²¹⁴

La ENS informó que los sindicatos le dieron parte a la Fiscalía de 113 casos de amenazas en 2015 y de 91 casos en agosto de 2016.²¹⁵ Aunque la Fiscalía indica haber asignado fiscales e investigadores a todos los casos de amenazas contra dirigentes y activistas sindicales,²¹⁶ los representantes de sindicatos y otras organizaciones de la sociedad civil informan que no han dado ningún resultado.²¹⁷ La Embajada de los EE.UU. en Bogotá recibió información de la Fiscalía referente a unos procesos judiciales por amenazas contra sindicalistas con fecha de 29 de abril de 2016, lo que indica que no se ha condenado a nadie desde 2009.²¹⁸

De 2001 a 2010, la ENS dio parte de un promedio de cerca de 100 homicidios de miembros sindicales por año. Desde la entrada en vigor del CTPA, la cifra se redujo a un promedio de 25 homicidios laborales por año. En 2015, se dio parte de 21 homicidios laborales. Hasta octubre de 2016, se han reportado ocho homicidios de este tipo.²¹⁹ Sin embargo, según la OCDE, “A pesar de los significativos progresos que se han hecho, la violencia continúa siendo un desafío y afecta considerablemente las actividades sindicales.”²²⁰ Aunque los números varían dependiendo de la

2000 (Código Penal), artículos 103 (penalización de los homicidios), 104(10) (imposición de penas más severas para los homicidios de los afiliados a sindicatos); 347 (penalización de las amenazas y aumento de las penas por amenazas contra miembros de sindicatos).

²¹¹ *Ibid.*, Artículo 53; Ley 26 de 1976; Ley 524 de 1999 (conjuntamente con la Ley 26 de 1976, que consagra los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva en la legislación colombiana).

²¹² Párrafo 44, 5ª edición (2006) de la Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical.

²¹³ *Ibid.*, párrafo 52.

²¹⁴ *Ibid.*, párrafo 48.

²¹⁵ Escuela Nacional Sindical, “Violaciones a la vida, libertad e integridad cometidas contra sindicalistas en Colombia, del 01 de enero de 2014 al 31 de agosto de 2016,” entregado a la OCDE en septiembre de 2016.

²¹⁶ Reunión entre un funcionario del Gobierno de los EE.UU. y demás con la Fiscalía General de la Nación (24 de agosto de 2016).

²¹⁷ Entrevista de un funcionario de la Embajada de los EE.UU. realizada por la OTLA (22 de diciembre de 2016).

²¹⁸ Fiscalía General de la Nación, Radicado N° 20161700028211 (29 de abril de 2016).

²¹⁹ Sistema de Información en Derechos Humanos (SINDERH) de la Escuela Nacional Sindical (indica que hubo 22 homicidios en 2012; 35 en 2013; 21 en 2014; 21 en 2015; y 8 a fecha de 31 de octubre de 2016).

²²⁰ OCDE, Estudios de la OCDE sobre el Mercado Laboral y las Políticas Sociales: Colombia 2016, Resumen Ejecutivo, Evaluación y Recomendaciones (2016), p. 97. Si bien ha habido una disminución constante de los índices de homicidio en todo el país, incluso para los sindicalistas y activistas laborales, el índice de homicidios en

fuentes y de los años examinados, un juez de la corte penal colombiana alegó que en los últimos 22 años solo se han dictado 105 condenas en 86 casos de homicidio de sindicalistas.²²¹ La CSI informa que en los últimos 20 años hubo 2.500 homicidios de sindicalistas.²²² Aunque tal impunidad en los homicidios laborales ha existido durante décadas, parece ser que continúa en casos recientes, cuyas pruebas son más recientes, debido a lo cual los enjuiciamientos deberían ser más exitosos y los posibles efectos disuasorios mayores. Según la Fiscalía, en los 152 avisos de homicidios laborales cometidos desde 2011, se han dictado 18 condenas, aunque en algunos casos de homicidio hay varios acusados y, por lo tanto, varias condenas.²²³ Con respecto a los sectores prioritarios del Plan de Acción, hubo dos asesinatos de sindicalistas en el sector azucarero (2012 y 2013), uno de los cuales se mencionó explícitamente en la Comunicación, y cuatro homicidios de miembros de la USO.²²⁴ Solo uno de esos seis casos ha procedido a la fase de juicio; el caso detallado en la Comunicación, así como los otros cuatro, continúan en investigación.²²⁵

En Colombia, la Fiscalía es la única entidad que puede procesar a individuos por delitos, excepto aquellos cometidos por menores, miembros del Congreso o miembros del ejército en el desempeño de sus funciones.²²⁶ La Fiscalía se divide en direcciones de fiscalía especializadas, entre ellas la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (DIH), la Dirección Nacional de Seccionales y de Seguridad Ciudadana, y la Dirección Nacional de Análisis y Contextos.²²⁷ Las tres direcciones se encargan de casos de violencia y amenazas contra sindicalistas.²²⁸ Sin embargo, la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y DIH cuenta con fiscales que poseen el conocimiento más especializado acerca de los delitos contra los defensores de los derechos humanos, incluidos los sindicalistas y activistas laborales.²²⁹

Colombia sigue siendo alto. Según la OCDE, “el índice de homicidios en Colombia se mantuvo en 30,8 por cada 100.000 personas en el 2012 (menor que el de 66,5 en el 2000), en comparación con un índice mundial de homicidios de 6 por cada 100.000 personas.”

²²¹ La FM Radio, “Más de 1300 procesos por crímenes contra sindicalistas están en el limbo” (29 de julio de 2016), <http://www.lafm.com.co/justicia/noticias/m%C3%A1s-de-1300-procesos-cr%C3%ADmenes-211409#ixzz4Lx2DZ21v>.

²²² Índice Global de los Derechos (2016) de la Confederación Sindical Internacional (CSI): Los diez peores países del mundo para los trabajadores, p. 24.

²²³ Reunión entre funcionarios del Gobierno de EE.UU. y la Fiscalía General de la Nación (28 de octubre de 2016). En el análisis de la OTLA de las condenas disponibles públicamente en casos de delitos contra sindicalistas se pueden verificar 10 casos en los que se dictaron condenas, aunque al menos en dos de los casos se dictaron más de una(a *saber*, hubo más de un acusado). Hay solo cinco casos con condenas desde la entrada en vigor del CTPA.

²²⁴ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), p. 32.

²²⁵ Reunión entre funcionarios del Gobierno de EE.UU. y la Fiscalía General de la Nación (28 de octubre de 2016).

²²⁶ Artículos 249-253 de la Constitución Política de la República de Colombia; Preguntas y Respuestas Frecuentes, N° 26 del Ministerio de Justicia y del Derecho del Gobierno de Colombia, <http://www.minjusticia.gov.co/ServicioalCiudadano/PreguntasYRespuestasFrecuentes/tabid/359/Default.aspx?QuestionID=172&AFMID=1980>.

²²⁷ Véase Fiscalía General de la Nación, Estructura Fiscalía General de la Nación – Decreto 016 de 2014, <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/ORG4.pdf>.

²²⁸ Gobierno de Colombia, Respuesta a la OTLA (31 de octubre de 2016).

²²⁹ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OTLA (3 de enero 2017).

En la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y DIH, 22 fiscales se encargan de los delitos relacionados con el trabajo,²³⁰ 18 de los cuales se centran exclusivamente en casos de violencia contra sindicalistas y activistas laborales, incluso homicidios.²³¹ Los 22 son peritos en la investigación y el enjuiciamiento de tales delitos, incluidos aquellos en los que la animosidad antisindical pueda ser el motivo subyacente, y deben haber recibido capacitación especializada en estas áreas.²³² Estos fiscales están apostados en ocho oficinas de la Fiscalía por todo el país y elaboran sus casos con la ayuda de 83 investigadores de la policía judicial.²³³

En agosto de 2016 la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y DIH dio parte de 966 casos activos de homicidios de sindicalistas iniciados desde 1994 y repartidos entre los 22 fiscales.²³⁴ Sin embargo, estos 22 fiscales no se encargan de todos los casos de violencia contra sindicalistas. Muchos de estos casos, en cambio, son asignados a fiscales generales de la “Seguridad Ciudadana” ubicados en las oficinas regionales de la Fiscalía.²³⁵ Un caso de violencia contra un sindicalista se remite a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y DIH solo en virtud de una petición de la familia o del sindicato de la víctima aprobada por el Fiscal General,²³⁶ un proceso que puede ser oneroso y tomar más de un año.²³⁷ Esto tiene como consecuencia casos de violencia contra sindicalistas, incluso homicidios, que son investigados por fiscales que pueden no contar con la experiencia y pericia adecuadas en el manejo de delitos laborales, o por fiscales especializados que reciben los casos después de muchos meses, durante los cuales es posible que las pruebas importantes se hayan inutilizado, lo que dificulta considerablemente la investigación.

Algunos fiscales colombianos entienden que la ley exige que los fiscales dirijan, por escrito, las acciones de la policía judicial y de los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación, los cuales recolectan las pruebas en los casos de homicidios.²³⁸ Aunque las pruebas preliminares deben ser recopiladas en el lugar de los hechos, pueden transcurrir meses antes de que un fiscal ordene a la policía que le dé seguimiento a las pruebas.²³⁹ Lo mismo puede decirse de las declaraciones de los testigos y de las entrevistas con los miembros de la familia o con el sindicato de una víctima.²⁴⁰ El período de tiempo que transcurre entre la orden de seguimiento proferida por el

²³⁰ Fiscalía General de la Nación, *La Fiscalía del siglo XXI: un camino hacia la modernización*, 2016, http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe_Cuatrenio_corregido_2012-2016.pdf, page 93.

²³¹ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OTLA (3 de enero 2017).

²³² Fiscalía General de la Nación, *Informe de Gestión: 2014-2015*, 2015, <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/212419-Gesti%C3%B3n-2014-2015-final-11.pdf>, page 107.

²³³ Gobierno de Colombia, *Respuesta a la OTLA* (31 de octubre de 2016). Los 22 fiscales están distribuidos geográficamente de la siguiente manera: 8 en Bogotá, 4 en Medellín, 3 en Cali, 1 en Pasto, 1 en Barranquilla, 2 en Bucaramanga, 1 en Neiva, 1 en Villavicencio y 1 en Popayán. Fiscalía General de la Nación, *La Fiscalía del siglo XXI: un camino hacia la modernización*, 2016, http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe_Cuatrenio_corregido_2012-2016.pdf, page 93.

²³⁴ Correo electrónico de un funcionario del Gobierno de Colombia a la OTLA (3 de enero 2017).

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ Reunión entre un funcionario del Gobierno de los EE.UU. y la Fiscalía General de la Nación (28 de julio de 2014).

²³⁷ Reunión entre el Departamento de Justicia de los EE.UU. y un funcionario de la Embajada de los EE.UU. (19 de agosto de 2016).

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ *Ibíd.*

fiscal a la policía y la recepción de una respuesta puede ser de ocho a 18 meses.²⁴¹ Esto demora considerablemente la investigación y permite que el tiempo crítico transcurra, lo que puede socavar la capacidad de los fiscales de demostrar sus casos y ocasionar que los casos se estanquen en la fase de investigación sin proseguir a un juicio.

La OCDE mencionó en su estudio sobre el mercado laboral y las políticas sociales de Colombia que, “En los últimos años, el Gobierno colombiano emprendió una serie de iniciativas para hacer frente a la impunidad en los casos de violencia contra sindicalistas.” Sin embargo, la OECD concluyó que, “Hasta el momento, los cambios en los procesos de investigación y judicialización criminal no han dado resultados significativos.”²⁴²

La historia de impunidad en casos de amenazas y violencia contra los sindicalistas, así como el continuo alto índice de impunidad en estas áreas, socavan el derecho a la libertad de asociación y plantea inquietudes acerca de la investigación y el procesamiento de la violencia y las amenazas contra los sindicalistas en Colombia.

Estas inquietudes incluyen el bajo número de fiscales, en particular en la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y DIH, las demoras que se crean dado que los fiscales entienden que tienen que solicitar por escrito a la policía judicial que recopile pruebas, y el bajo índice de condenas.

D. Aplicación del artículo 200 del Código Penal

El artículo 200 del Código Penal prevé sanciones penales contra los empleadores que socavan los derechos de los trabajadores a la libertad de asociación y la negociación colectiva.²⁴³ En la Comunicación se alega que el Gobierno de Colombia no aplicó efectivamente el artículo 200 del Código Penal con “una conducta generalizada del Gobierno de Colombia de no dar respuesta a los casos presentados por los sindicalistas en virtud del artículo 200 . . . a pesar de haber recibido 1.146 denuncias.”²⁴⁴ La Comunicación detalla, por ejemplo, el caso al amparo del artículo 200 presentado en 2013 por la USO contra Pacific Rubiales y sus contratistas por presuntas violaciones de la libertad de asociación de los trabajadores.²⁴⁵

En 2011 el Congreso colombiano reformó el artículo 200 del Código Penal, como se especifica en el Plan de Acción Laboral, para aumentar las sanciones penales contra los empleadores que socaven los derechos de los trabajadores a la asociación y a la negociación colectiva, y penalizar la utilización de pactos colectivos para ofrecer mejores condiciones a los trabajadores no sindicados.²⁴⁶ La reforma prevé multas y penas de privación de libertad para los infractores. Sin embargo, tres factores parecen haber afectado la aplicación del artículo 200.

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² OCDE, Estudios de la OCDE sobre el Mercado Laboral y las Políticas Sociales: Colombia 2016, Resumen Ejecutivo, Evaluación y Recomendaciones (2016), pp. 106-07.

²⁴³ Artículo 200 del Código Penal.

²⁴⁴ Comunicación a los EE.UU. 2016-02 (Colombia), p. 21.

²⁴⁵ *Ibíd.*, p. 16.

²⁴⁶ Artículo 26 de la Ley 1453 de 2011 (que contiene la modificación).

Primero, la brevedad de la posible pena de privación de libertad y el hacinamiento de las prisiones de Colombia hacen muy probable que una multa sea la única pena que enfrente un empleador juzgado culpable.²⁴⁷ En segundo lugar, los casos al amparo del artículo 200 son “querellables,”²⁴⁸ lo que significa que, según la ley colombiana, la víctima tiene que presentar el caso (la querrela) directamente ante la Fiscalía para que así un fiscal investigue el posible delito. Los inspectores laborales que reciben e investigan denuncias civiles relacionadas con conductas que infringen el artículo 200 pueden enviar información a la Fiscalía para apoyar las investigaciones penales relacionadas, pero los fiscales no pueden tomar medidas en cuanto a la información a menos que las víctimas presenten cargos.²⁴⁹

Por último, la ley les exige a los fiscales que intenten conciliar cada caso al amparo del artículo 200 reuniendo al trabajador denunciante, o a los trabajadores denunciados, y al empleador contra quien se hizo la denuncia para que hablen acerca de la compensación y lleguen a un acuerdo respecto a la misma, si es posible, antes de presentar el caso ante un juez.²⁵⁰ Si la conciliación conduce a un acuerdo entre el trabajador, o los trabajadores, y el empleador para resolver el caso, ese acuerdo se considera vinculante y el caso no procede a la corte.²⁵¹ Actualmente la Fiscalía registra una considerable demora en los casos al amparo del artículo 200. Hay 628 casos activos al amparo de este artículo que se han presentado desde 2011; 432 de ellos aguardan ser conciliados y 196 están en la fase de investigación.²⁵² Desde el año 2015, la Fiscalía ha trabajado con la OIT para dar prioridad a los casos que tienen mayores posibilidades de ser procesados por el sistema judicial con relativa rapidez, incluido el caso presentado por la USO en 2013.²⁵³ Aun si la OIT presta ayuda, a este ritmo, podrían tardar años en superar la demora.

Desde 2011 se ha conciliado un total de 82 casos al amparo del artículo 200,²⁵⁴ de los más de 1.000 casos que han presentado los sindicatos. Al llevar a cabo su examen, la OIT no encontró ni recibió información de una sola condena en virtud del artículo 200. Como resultado de las cuestiones señaladas previamente, la OIT tiene inquietudes constantes sobre la aplicación del artículo 200 por parte del Gobierno de Colombia.

IV. Conclusiones

La OIT tiene inquietudes con respecto a la protección de los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva. Estas inquietudes se fundamentan en un examen de la información proporcionada por los peticionarios, el Gobierno de Colombia y demás con

²⁴⁷ Reunión entre un funcionario del Gobierno de los EE.UU. y demás con la Fiscalía General de la Nación (30 de enero de 2014).

²⁴⁸ Artículo 74 de la Ley 906 de 2004; artículo 108 de la Ley 1453 de 2011.

²⁴⁹ Quince fiscales de la Dirección Nacional de Seccionales y de Seguridad Ciudadana trabajan principalmente, aunque no exclusivamente, en los 628 casos activos al amparo del artículo 200. La Fiscalía ha recibido un total de 1.769 casos al amparo del artículo 200 entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de agosto de 2016. De estos, 628 aparecen como casos activos y 1.141 como inactivos. Se han *archivado* 649 de los casos inactivos. Los demás casos inactivos se encuentran en ese estado por un número de razones. Gobierno de Colombia, Respuesta a la OIT (31 de octubre de 2016).

²⁵⁰ Artículo 522 de la Ley 906 de 2004.

²⁵¹ Véase Ley 640 de 2001.

²⁵² Gobierno de Colombia, Respuesta a la OIT (31 de octubre de 2016).

²⁵³ *Ibíd.*

²⁵⁴ *Ibíd.*

conocimiento directo de los temas relevantes, así como en los conocimientos de la OTLA sobre el derecho y la práctica laborales en Colombia.

En lo que respecta al sistema civil de inspección laboral, la OTLA tiene preocupaciones significativas en torno al sistema del Gobierno de Colombia para proteger los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva. En concreto, la OTLA tiene inquietudes en lo que respecta a: (1) la falta de capacidad del organismo de inspección laboral, especialmente en lo que toca a la dificultad que representa para los inspectores viajar a zonas rurales, la rotación alta de personal, la falta de una estrategia nacional consistente, y la no aplicación de un sistema nacional de gestión de casos; (2) las demoras en el proceso de inspección del Ministerio del Trabajo; y (3) los cobros demorados y la falta de cobrar sistemáticamente ciertas multas con relación a los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva. El examen de la OTLA también planteó preguntas con relación a la imposición y a la aplicación de multas. Estas cuestiones afectan negativamente a la aplicación por parte del Gobierno de Colombia de las leyes laborales que se relacionan con los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva.

Además, la OTLA tiene preocupaciones significativas en lo que respecta a la protección de los trabajadores de la subcontratación abusiva. La OTLA también tiene inquietudes constantes relacionadas con la aplicación de las prohibiciones del Código Sustantivo del Trabajo contra la utilización de pactos colectivos que socavan el ejercicio de los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva, y también relacionadas con la aplicación del Artículo 200 por el Gobierno de Colombia.

La OTLA también ve con inquietud la idoneidad de la investigación penal y del procesamiento judicial de casos relativos a amenazas y violencia antisindicales, incluso la baja cantidad de fiscales, particularmente en la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario; las demoras que se derivan del entendimiento de los fiscales que deben hacer una petición por escrito a la policía judicial para reunir pruebas; y la baja tasa de sentencias condenatorias.

Los problemas señalados previamente evidencian un sistema que enfrenta graves desafíos relacionados con la protección del ejercicio por los trabajadores de sus derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva.

V. Recomendaciones y próximos pasos

Teniendo en cuenta lo anterior, la OTLA presenta al Gobierno de Colombia las siguientes recomendaciones para ayudar a guiar el compromiso ulterior entre el Gobierno de los EE.UU. y el Gobierno de Colombia destinado a abordar las preguntas e inquietudes identificadas durante el examen:

- 1. Mejorar el sistema de inspección de la ley laboral para garantizar que las inspecciones cumplan con los procedimientos y los plazos legales, y se lleven a cabo de conformidad con una estrategia de inspección nacional dirigida a los sectores en riesgo.**

- Asegurar que los inspectores utilicen efectivamente las herramientas de inspección elaboradas por la OIT.
 - Asegurar que todos los inspectores reciban una capacitación adecuada sobre los requisitos de procedimiento para las investigaciones, sigan esos procedimientos y no excedan los plazos legales para concluirlos.
 - Una vez concluida la puesta en marcha del sistema electrónico de gestión de casos diseñado por la OIT, exigir que los inspectores y supervisores lo utilicen.
 - Dar seguimiento a las investigaciones a través del sistema electrónico de gestión de casos y publicar un informe resumido periódico de las investigaciones iniciadas a nivel nacional, incluidos los datos desagregados por sector.
 - Asegurar que las inspecciones preventivas no se utilicen como sustituto de las sanciones administrativas y que el Ministerio del Trabajo imponga multas por las infracciones identificadas.
 - Adoptar medidas para combatir la rotación alta de personal de la inspección laboral.
 - Crear, aplicar e incluir en el plan estratégico del Ministerio del Trabajo una estrategia nacional de inspección para llevar a cabo inspecciones de oficio en zonas donde las infracciones son más comunes, como las zonas rurales y los cinco sectores prioritarios identificados en el Plan de Acción, e incluir plazos para llevar a cabo las mismas.
 - Proporcionar fondos suficientes y otros recursos, incluso para transporte y viáticos, que permitan que los inspectores realicen las inspecciones en el lugar de trabajo, incluso en áreas rurales y los sectores prioritarios identificados.
- 2. Mejorar la aplicación y el cobro de multas para asegurar que los empleadores que infringen las leyes laborales sean sancionados y que las multas aplicadas se cobren de manera oportuna.**
- Publicar plazos para los cobros persuasivos y coactivos de multas y asegurar que los responsables del cobro de multas cumplan con estos plazos, lo cual incluye impartir la capacitación apropiada, según sea necesario.
 - Vincular el sistema de cobro de multas del SENA con el sistema de inspección del Ministerio del Trabajo para asegurar la remisión fluida de los casos de este ministerio al SENA, en los que se impone una multa, y permitir que el Ministerio del Trabajo le dé seguimiento a los cobros de multas de estos casos por parte del SENA.
 - Asegurar que el SENA puede ejecutar los cobros de multas de manera efectiva y oportuna e incluso eliminar la redundancia en el cobro de multas del SENA que resultan frecuentemente en demoras.
- 3. Adoptar medidas adicionales eficaces para combatir la subcontratación abusiva y los pactos colectivos, incluida la mejora de la aplicación de las leyes vigentes y la adopción y aplicación de instrumentos jurídicos nuevos cuando sea necesario.**
- Investigar y sancionar metódicamente todas las formas de subcontratación abusiva en virtud del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, en particular en los cinco sectores prioritarios identificados, y en virtud de las regulaciones aplicables que limitan la utilización de la subcontratación; y dar prioridad a tal aplicación de la legislación laboral dentro de la estrategia nacional de inspección.

- Asegurar que todos los requisitos legales para los acuerdos de formalización se cumplan y que se dé seguimiento a los acuerdos para verificar el cumplimiento continuo.
 - Investigar de manera oportuna y sancionar de acuerdo con la legislación colombiana el uso ilícito de pactos colectivos que socavan la libertad de asociación.
 - Abordar el uso, en los lugares de trabajo donde haya un sindicato, de pactos colectivos que socavan los derechos a la libertad de asociación y la negociación colectiva, tal como lo recomiendan la OIT y la OCDE.
- 4. Mejorar la investigación y el procesamiento de casos de violencia y amenazas contra sindicalistas, al priorizar casos recientes, y asegurar la pronta resolución de casos relacionados con el artículo 200 del Código Penal.**
- Aclarar, incluso mediante la modificación de los reglamentos y según proceda, que los casos al amparo del artículo 200 deben ser siempre investigados por la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y DIH.
 - Establecer y asegurar que los casos de violencia contra sindicalistas, incluso los homicidios, sean remitidos a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y DIH e investigados por esta, según proceda, y que la policía judicial notifique a la dirección de homicidios sindicales dentro de las 48 horas posteriores al hallazgo o a la denuncia de los delitos.
 - Enmendar los procedimientos existentes, según sea necesario, para permitir a los fiscales dirigir verbalmente, y no solo formalmente por escrito, las acciones de la policía judicial y de los investigadores técnicos para recopilar las pruebas del delito, y las declaraciones y entrevistas de los testigos.
 - Asegurar que la Fiscalía investigue y enjuicie, según proceda, los casos al amparo del artículo 200 y los casos de amenazas y violencia contra sindicalistas, incluso los homicidios, particularmente, proporcionando a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y DIH recursos y capacidad suficientes, incluso personal y capacitación especializada adicionales, según sea necesario.

Próximos pasos

La OTLA recomienda al Secretario de Trabajo la iniciación, por parte del Gobierno de los Estados Unidos, de consultas con los puntos de contacto designados en el artículo 17.5 del capítulo de Asuntos Laborales del CTPA.

La OTLA seguirá observando las cuestiones planteadas en la Comunicación, incluso cualquier progreso que el Gobierno de Colombia logre en lo que respecta a abordar las inquietudes identificadas en el presente informe. La OTLA, en coordinación con la USTR y el Departamento de Estado, se reunirá con el Gobierno de Colombia lo antes posible para iniciar consultas con los puntos de contacto para tratar las preguntas e inquietudes identificadas en este examen y determinar los próximos pasos para poner en práctica las recomendaciones anteriores o medidas similares. La OTLA pedirá a las partes interesadas pertinentes de la sociedad civil que aporten su opinión con respecto a las consultas con los puntos de contacto.

La OTLA, en consulta con la USTR y el Departamento de Estado, aprovechará el progreso hacia la aplicación de estas recomendaciones o medidas similares, para determinar cuáles serán los próximos pasos apropiados relativos al compromiso con el Gobierno de Colombia, y evaluará todo avance en tal sentido dentro de un plazo de nueve meses y posteriormente, según corresponda.