

COMENTARIOS PRELIMINARES DEL GRUPO DE LOS EMPLEADORES DE LA COMISIÓN DE CONCERTACIÓN DE POLÍTICAS LABORALES Y SALARIALES SOBRE LA AGENDA NORMATIVA DEL MINISTERIO DEL TRABAJO

En nuestra condición de representantes de los empleadores en la Comisión de Políticas Laborales, nos permitimos presentar los siguientes comentarios que serán objeto de ampliación dado que el ministerio ha presentado nuevas propuestas de reglamentación legal, en relación con la agenda normativa que se ha presentado en el marco de la Comisión.

I. Sobre La Agenda Regulatoria y las Prioridades De Los Empleadores

Desde enero del 2017, se ha presentado ante la Comisión una agenda regulatoria que pretende tener un largo alcance. Dicha agenda, además de los temas presentados, debe atender a las prioridades de los empleadores, de manera que la discusión de la política laboral se haga con perspectiva de los conceptos conjuntos de trabajo decente y empresa sostenible, así como la promoción de la competitividad y la generación de empleo. En este espíritu, desde el sector empleador estimamos que se deben discutir adicionalmente los siguientes temas:

A. Simplificación Laboral

En primer lugar, la definición de la política laboral debe hacerse con el objeto de promover la formalidad, el cumplimiento de normas y la vinculación sencilla de personal.

Así, es preciso establecer estructuras laborales más flexibles que se adapten al contexto actual de globalización y a la demanda comercial.

Igualmente, deben simplificarse las relaciones laborales, de manera que se facilite el cumplimiento de la reglamentación a todos los actores del mundo del trabajo y se promueva la facilidad para la generación de empleo, especialmente en el campo.

Además de una revisión de fondo sobre las estructuras de cumplimiento, esto incluye por lo menos los siguientes temas:

1. El aprovechamiento de los medios tecnológicos para facilitar la vinculación y afiliación de trabajadores al sistema general de seguridad social.
2. La adopción de un salario integral en el sector rural
3. La modificación del artículo 67 de la Ley 50 de 1990 para dar agilidad a la solicitud de licenciamiento colectivo de trabajadores.
4. La derogatoria de la figura de la Unidad de Empresa contenida en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo.

B. Derogatoria del concepto de Actividad Misional Permanente

La actividad misional permanente es un concepto jurídico que no se encuentra definido en ninguna parte del ordenamiento jurídico. Esta indeterminación ha llevado a confusiones y conflictos innecesarios.

En sana lógica, todas las actividades del empresario son inherentes a la actividad empresarial y están en función del desarrollo del negocio, de tal suerte que podría decirse que guardan relación directa con la producción del bien o servicio de la empresa. Las actividades extrañas al negocio, como mínimo, generan costos o gastos innecesarios que ningún empresario sensato contrataría. En consecuencia, se trata de un concepto innecesario que dificulta el desarrollo de las relaciones laborales y la generación de empleo.

Así, debe adoptarse un concepto que censure el uso indebido de la tercerización en toda actividad, sea misional permanente o no, al paso que permita el uso debido de la tercerización en toda actividad, sea misional permanente o no.

C. Estabilidad Reforzada

La Corte Constitucional ha señalado que, en el marco de las relaciones laborales, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección constitucional a aquellos sujetos que por su condición económica o de salud se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o indefensión (T-663 de 2011). En estos casos, los trabajadores son titulares del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, por lo cual les es dable exigir, por vía de una acción de tutela, que se declare la ineficacia de la terminación unilateral, que se ordene el reintegro y, según el caso, que se le cancelen las sumas indemnizatorias y los demás emolumentos laborales.

En el contexto de esta protección, requisitos administrativos han desalentado la inserción de las personas protegidas al mundo laboral. Como solución, se propone retomar el articulado del Proyecto de Ley 018 de 2015 Senado, presentado por el Partido de la U, presentando, de nuevo, el proyecto original, teniendo en cuenta que sería constitucionalmente admisible que el Congreso de la República elimine

el requisito de autorización administrativa para proceder con el despido justificado de un trabajador amparado con fuero de salud.

D. Multiafiliación y Carrusel Sindical

Por medio de la Sentencia C-567 de 2000 la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo que establecía que en una misma empresa no podían existir más de un sindicato; y posteriormente por medio de la Sentencia C-063 de 2008, la misma Corporación declaró inexecutable el apartado que indicaba que cuando en una misma empresa coexiste con un sindicato de base y uno de industria, la representación para todos los efectos sindicales correspondería al sindicato que agrupe la mayoría de afiliados. Desde ese momento cada sindicato está facultado para negociar y suscribir convenciones colectivas, convenciones que solo el mismo sindicato suscriptor puede denunciar.

La particularidad de la multiafiliación sindical ha derivado en la creación sucesiva e indefinida de organizaciones sindicales de poca operatividad y en la multiplicación de fueros, en ocasiones desproporcionados frente al número de trabajadores afiliados.

A pesar de que el Decreto 089 de 2014 dio un primer paso hacia una solución del problema, estableciendo que cuando en una misma empresa existan varios sindicatos, estos en ejercicio de la autonomía sindical, podrán decidir comparecer con un solo pliego e integrar conjuntamente la comisión negociadora.

No obstante, para evitar ejercicios abusivos de la garantía formal, es imperativo definir reglas apropiadas para la aplicación de los fueros en caso de multivinculación sindical. Por ello, los artículos 389 y 406 del C.S.T. deberían ser modificados con el objeto de evitar el amparo foral sucesivo *ad infinitum*, entendiendo la naturaleza de la institución como garantía para el ejercicio libre de la actividad sindical, y no como una novedosa forma de estabilidad individual reforzada en el empleo.

E. Modificación del IBC de Trabajadores dependientes e independientes

En muchas oportunidades, determinar el IBC en casos de trabajadores dependientes o independientes es difícil, lo que ha suscitado una serie de controversias innecesarias entre las empresas y la autoridad, así como dudas para el adecuado cumplimiento de las normas laborales.

En consecuencia, se propone, frente a trabajadores dependientes, modificar la interpretación que tiene la UGPP del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, con la finalidad de que el límite del 40% de esta norma se aplique sobre los pagos

acordados entre empleador y trabajador como no constitutivos de salario y no sobre aquellos que por su naturaleza son pagos no salariales. A su vez, frente a trabajadores independientes, modificar la norma actual que regula el IBC pues ha resultado inaplicable.

F. Calificación de árbitros Laborales

Los árbitros deben estar certificados en arbitramento colectivo. Las universidades podrían dictar los cursos de certificación. Eso posibilita que haya mayor rigor jurídico y que se merme el recurso de anulación.

G. Denuncia de la Convención Colectiva

De tiempo atrás se ha sostenido que si la convención colectiva es un negocio jurídico bilateral y que como tal, una y otra parte deberían tener la posibilidad de tener similar estatus negocial. En consecuencia la denuncia de la Convención debería estar también permitida al empleador.

H. Retiro de Pliegos Petitorios

No es infrecuente que, una vez adelantado el proceso de solución al conflicto, la organización de trabajadores decline el pliego para lograr la prórroga de la convención vigente.

Se trata de una práctica le resta seriedad y firmeza al proceso de negociación y lesiona el compromiso de los actores en el diálogo social.

Por ello, debe revisarse la posibilidad del retiro del pliego una vez presentado, de tal suerte que las negociaciones no se vayan a pique por el actuar potestativo de una parte en detrimento de los intereses de la otra.

I. Conclusión

Como se denota anteriormente, los temas prioritarios de la agenda de regulación laboral son sustancialmente más extensos que aquellos que se han presentado y en todo caso deben ser abordados en su conjunto.

El éxito de la política laboral radica en la armonización de las distintas perspectivas que confluyen en el marco del diálogo social. En consecuencia, además de los elementos normativos que ya se han presentado a la Comisión, deben estudiarse y reglamentarse también los elementos prioritarios para los empleadores, que se describen en el presente documento.

II. SOBRE LOS PROYECTOS EN PARTICULAR

Adicional a lo anterior, tenemos los siguientes comentarios preliminares sobre los proyectos de reglamentación que hemos conocido por parte del Ministerio del Trabajo.

A. Sobre el Proyecto de Pactos Colectivos

Los gremios apoyamos la defensa y garantía de los derechos de los trabajadores relativos al trabajo decente y de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, tales como el derecho de asociación, asociación sindical y negociación colectiva. También alentamos que se extienda la protección y seguridad social, en armonía con los principios de universalidad y progresividad.

Si bien nuestra legislación interna contempla algunos mecanismos para efectivizar estos postulados, se requieren medidas más eficientes para materializarlos. Como su implementación a través de su reglamentación y consecuente seguimiento, lo que puede aportar al desarrollo y crecimiento económico del país.

Sin embargo, no compartimos la exposición de motivos del proyecto de Ley propuesto por el Ministerio del Trabajo que formula la eliminación de los pactos colectivos con trabajadores no sindicalizados, por las siguientes razones:

Primero, la propuesta normativa realiza una lectura sesgada no solo de la jurisprudencia sino también de la ley. Prueba de ello es la afirmación que realiza el Ministerio luego de referirse a una interpretación del Convenio 154 de la OIT, que establece lo siguiente:

“(…) la negociación colectiva comprende todas las negociaciones entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores por otra, con el fin de:

- a.) Fijar las condiciones de trabajo y empleo.
- b.) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores.
- c.) Regular las relaciones entre empleadores y una o varias organizaciones de trabajadores a su vez”.

En el siguiente renglón, el Ministerio de Trabajo consigna la siguiente interpretación:

“De la definición citada anteriormente se desprende, por una parte, que los sujetos de la negociación colectiva son por una parte el empleador (un empleador o varias organizaciones de empleadores) y por la otra

una o varias organizaciones de trabajadores. Lo cual claramente hace referencia a los sindicatos”

Esta interpretación del Ministerio limita la expresión “organizaciones de trabajadores”, solo a las que adoptan la forma sindical, desconociendo que la Constitución y la ley permiten que los trabajadores actúen colectivamente sin asumir personería jurídica sindical. En efecto, el hecho de asociarse o no a un sindicato no necesariamente impide el pleno ejercicio del derecho Constitucional de negociación colectiva. Así lo ha considerado reiteradamente la Corte Constitucional, por ejemplo, mediante Sentencia de Unificación SU 342 de 1995, en la que enfatizó:

"Pero además, estima la Sala que la libertad patronal para celebrar pactos colectivos que coexistan con convenciones colectivas, cuando ello es permitido según las precisiones anteriores, igualmente se encuentra limitada por las normas constitucionales. En efecto, la sumisión de los patronos a la Constitución no sólo se origina y fundamenta en los arts. 1o., 4o, inciso 2 y 95 de la Constitución, en cuanto los obligan a acatarla y le imponen como deberes respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, obrar conforme al principio de solidaridad social, defender los derechos humanos y propender al logro y mantenimiento de la paz, lo cual se logra con el establecimiento de relaciones laborales justas en todo sentido, sino en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores y de las organizaciones sindicales".

"Lo dicho antes permite a la Sala establecer como regla general que la libertad de los patronos para regular a través de pactos colectivos las relaciones de trabajo, cuando estos vayan a coexistir con convenciones colectivas en la empresa, se encuentra restringida o limitada por el conjunto de derechos, valores y principios que reconoce la Constitución. En otros términos, la aludida libertad queda incólume y goza de la protección constitucional y legal, pero no puede ejercerse o utilizarse por el patrono para afectar los derechos fundamentales de los trabajadores y de la organización sindical". (Subraya fuera del texto original)

También es necesario tener en cuenta que el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 481 considera validos los pactos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores no sindicalizados:

“ARTICULO 481. CELEBRACIÓN Y EFECTOS. Artículo modificado por el artículo 69 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: Los

pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas en los Títulos II y III, Capítulo I, Parte Segunda del Código Sustantivo del Trabajo, pero solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a él.”

Lo previsto en las normas citadas y en la jurisprudencia, responde a lo dispuesto en los Convenios Internacionales sobre la materia, en particular el Convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo que consagra la posibilidad que cada Estado reconozca el derecho a la negociación colectiva no solamente a organizaciones sindicales sino también a otros representantes de los trabajadores. Esto, tal y como lo establece el artículo 3 del mencionado instrumento internacional:

“**Artículo 3:** 1. Cuando la ley o la práctica nacionales reconozcan la existencia de representantes de trabajadores que respondan a la definición del apartado b) Del artículo 3 del Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971, la ley o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto la expresión negociación colectiva se extiende igualmente, a los fines del presente Convenio, a las negociaciones con dichos representantes.

2. Cuando en virtud del párrafo 1 de este artículo la expresión negociación colectiva incluya igualmente las negociaciones con los representantes de los trabajadores a que se refiere dicho párrafo, deberán adoptarse, si fuese necesario, medidas apropiadas para garantizar que la existencia de estos representantes no se utilice en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajadores interesadas.”

A partir de lo planteado, es posible afirmar **que no solamente es legal la celebración de pactos colectivos en Colombia, sino que la Constitución misma garantiza el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores no sindicalizados con su empleador.** Lo anterior bajo el cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación consagrados en la Carta Política, la Ley y derivados de las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia al ratificar los instrumentos de la OIT.

Segundo, la exposición de motivos del proyecto de Ley está fundamentada únicamente en lo formulado por la –OCDE– y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Estos organismos consideran que el derecho de asociación sindical está supeditado de manera exclusiva a la negociación colectiva. Sin embargo, esto solo tiene en cuenta una visión parcial del derecho de asociación sindical que contraría lo establecido por el artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 39 de la Constitución Política de Colombia. Pues el derecho de asociación sindical tiene 2 acepciones, una positiva que consiste en la posibilidad del trabajador de conformar un

sindicato o asociación sin intervención del Estado y una negativa según la cual los trabajadores pueden decidir libremente no formar ningún tipo de asociación.

Sobre este punto la Corte Constitucional ha desarrollado en diversas oportunidades la acepción negativa del derecho de asociación sindical; tal es el caso, por ejemplo, de la Sentencia C-597 de 2010, a través de la cual, se protegen a los trabajadores que NO deseen asociarse y la Sentencia C-621 de 2008, en la cual la Corte ratifica que la libertad sindical es un concepto bivalente, señalado para el efecto lo siguiente:

“La libertad sindical es un concepto bivalente, ya que de una parte es un derecho individual que comporta la facultad de trabajadores y empleadores para constituir los organismos que estime convenientes, afiliarse, desafiliarse o no afiliarse a ellos”.

Esta acepción negativa comprende también la prohibición de obligar a un trabajador a pertenecer a un sindicato en contra de su voluntad para satisfacer el goce de otros derechos. Así lo ha considerado, mediante sentencias de tutela T-441 de 1992 y T-136 de 1995:

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

(...)

La libertad de asociación sindical comprende tres enfoques:

(...).

b- Libertad de sindicalización (o sindicación), ya que nadie puede ser obligado a afiliarse o a desafiliarse a un sindicato; en palabras del artículo 358 del Código Sustantivo de Trabajo, inciso 1º: "Los sindicatos son asociaciones de libre ingreso y de retiro de los trabajadores.

“Existe plena libertad para que los trabajadores se afilien o no al sindicato, o para que una vez sindicalizados abandonen la organización sindical, con fundamento en el art. 39 de la Constitución que garantiza el derecho de asociación sindical en sus aspectos positivo y negativo.”

(Subraya fuera del texto original)

Por tanto, el eliminar la posibilidad de celebrar pactos colectivos cercenaría la acepción negativa del derecho de asociación, debido a que esta prohibición sometería a los trabajadores que han decidido libremente no sindicalizarse en la necesidad de afiliarse a uno para poder negociar con el empleador. Lo que se considera es una condición contraria a la Ley y a la Constitución Política normas que son claras en proteger el derecho de asociación sindical tanto en su sentido positivo como en el negativo.

Tercero, consideramos resulta desproporcionada la restricción contenida en el proyecto lo que es contrario a nuestra Constitución que en el artículo 38 establece el derecho asociación como un derecho fundamental y no le impuso restricciones como las que aquí se proponen. Además, dispone su ejercicio “para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.

El pacto colectivo es el mecanismo que tienen los trabajadores no sindicalizados como instrumento de negociación utilizado para acordar mejorar condiciones laborales o poner fin a conflictos. También repercute en mejores condiciones laborales y un ambiente laboral más armónico así como en mayor productividad y un consecuente crecimiento económico.

A pesar de lo expuesto, la medida propuesta parte de una visión que estigmatiza los pactos colectivos al tildarlos de herramientas utilizadas para atentar contra el derecho de libertad sindical. Esto en consideración a que la Comisión de Expertos citada en la exposición de motivos del proyecto, afirma que la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones suficientemente representativas, puede atentar contra el principio de la promoción de la negociación colectiva establecida en el Convenio. Situación que con el proyecto de ley se convierte en la regla general. Sin embargo, esto no tiene en cuenta la realidad de Colombia frente a la materia donde salvo puntuales excepciones los pactos colectivos han permitido mejorar las condiciones laborales de muchos trabajadores, sustentados en el principio de buena fe y del derecho constitucional de “libre empresa”.

Además, nuestro ordenamiento jurídico, constitucional y laboral, ha instrumentado medidas que garantizan estos derechos. En cuanto a los pactos colectivos, se ha limitado la libertad del empleador para celebrar este tipo de acuerdos; de modo que no se atente contra la organización sindical en sí misma, ni contra el derecho fundamental a la asociación.

Entre los límites impuestos encontramos que el artículo 70 de la ley 50 de 1990 señala: “cuando el sindicato o sindicatos agrupen más de la tercera parte de los trabajadores de una empresa, esta no podrá suscribir pactos colectivos o prorrogar los que tenga vigentes”. Otro límite a la celebración de los pactos colectivos es la prohibición que señala que estos no pueden contener cláusulas que creen condiciones de trabajo para los trabajadores no sindicalizados diferentes a las previstas para los trabajadores sindicalizados si las circunstancias fácticas no justifican desde el punto de vista de su diferencia, racionalidad y finalidad un tratamiento distinto.

Cuarto, el Proyecto de Ley **no tiene en cuenta que el derecho de asociación sindical es voluntario y su ejercicio se fundamenta en la autodeterminación**

de las personas de unirse con otros individuos. Tal como lo dispone el artículo 358 del Código Sustantivo de Trabajo, inciso 1º: "Los sindicatos son asociaciones de libre ingreso y de retiro de los trabajadores". Asimismo, los sindicatos tienen como prohibición realizar cualquier acción orientada a obligar a personas a ingresar o retirarse. Dispone el artículo 379 del Código Sustantivo del Trabajo:

"ARTICULO 379. PROHIBICIONES. Es prohibido a los sindicatos de todo orden:

(...)

b) Compeler directa o indirectamente a los trabajadores a ingresar en el sindicato o a retirarse de él, salvo los casos de expulsión por causales previstas en los estatutos y plenamente comprobadas; (...)"

Sumado a lo anterior, el artículo 8 del Convenio 154 de la OIT, dispone: *"Las medidas previstas con objeto de fomentar la negociación colectiva no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva"*.

Así es como la libertad sindical se traduce en el libre ejercicio de la voluntad, por lo que limitar el derecho a la negociación colectiva de trabajadores no sindicalizados es ponerlos en una condición de desigualdad frente a los trabajadores sindicalizados. Lo cual en cierta medida constituiría un constreñimiento a la libertad de elegir voluntariamente, que modificaría la naturaleza legal y la esencia de la organización sindical.

Quinto, la motivación del proyecto de Ley establece que la negociación colectiva puede hacerse efectiva por una pluralidad de instrumentos y que estos instrumentos no se reducen a las convenciones y pactos colectivos, pero no consagra una figura alternativa y deja como única opción los convenios colectivos. Por tanto, invalida el ejercicio de negociación colectiva a los trabajadores no sindicalizados, al derogar las normas que establecen dicha posibilidad, sin establecer escenarios de concertación alternativos.

Por último, en la práctica, la norma podría tener el efecto negativo de estimular a que los empleadores se abstuvieran de dar beneficios a los trabajadores. Esto afectaría a los trabajadores de manera directa mediante el uso de mecanismos no jurídicos, es decir, los que no están establecidos en forma expresa para dichos fines, tales como una política interna de beneficios. Incluso podría llegarse al punto en donde el empleador, para evitar cualquier riesgo de creación de un sindicato, opte por no dar ningún tipo de beneficio extralegal.

En conclusión, consideramos que no hay necesidad de eliminar los pactos colectivos como medida de fortalecimiento del movimiento sindical. Lo anterior se atribuye a que el movimiento sindical a nivel normativo ya cuenta con las garantías

de protección suficientes y lo que en verdad necesita es fortalecer la confianza y la credibilidad de los trabajadores y su capacidad de liderazgo. Es posible, además, acudir a otras estrategias para fomentar la asociación sindical sin que se vean desprotegidos los trabajadores que libremente decidan no afiliarse.

Ahora, frente al articulado, los gremios han concluido que:

1. Artículo Segundo

Dispone el artículo *“Sólo se podrán celebrar Pactos Colectivos en las empresas donde no haya trabajadores afiliados a una organización sindical”*. Dicha norma, como se indicó anteriormente, restringe el derecho de asociación sindical negativo, es decir, impide el derecho a no sindicalizarse.

A su vez, parte de la premisa arbitraria de que los pactos colectivos atentan contra el derecho de asociación y/o generan discriminación o desigualdad. Lo anterior desconoce que nuestro ordenamiento laboral y penal contempla normas suficientemente protectoras y contundentes para amparar estos derechos. (Artículos 104 numeral 10, 198, 200 y 292 del Código Penal, así como los artículos 12, 59 numeral 4, y 353 a 358 del Código Sustantivo del Trabajo).

2. Artículo Tercero

El artículo tercero establece:

“REGLAS PARA CUANDO YA HABÍA PACTOS COLECTIVOS

A. En las empresas que se constituya una organización sindical o los trabajadores se afilien a un sindicato de industria, con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, el Pacto Colectivo mantendrá su vigencia solo hasta la suscripción de la Convención Colectiva.

B. Los Pactos Colectivos que se encuentren suscritos en empresas donde existen organizaciones sindicales, al momento de la promulgación de esta Ley, mantendrán sus efectos hasta el término de su vigencia y no podrán ser prorrogados. Las modificaciones a los Pactos Colectivos vigentes en ningún caso implicarán la extensión del plazo.

Parágrafo para A y B. *En las empresas donde exista Pacto Colectivo vigente al momento de la constitución de una organización sindical o uno o más trabajadores se afilien a un sindicato de industria, la negociación colectiva tendrá como base los términos del Pacto Colectivo”.*

Se considera que la disposición citada presenta una asimetría frente a las vigencias de los pactos colectivos sin justificación razonable. Lo anterior, por cuanto dispone que para aquellas empresas donde ya existe organización sindical, el pacto finaliza el día en que se encuentra establecido en el acápite vigencia del pacto y, para las que no tienen, pero que les surja una afiliación sindical, el pacto finalizará cuando nazca la convención colectiva. Dicha asimetría se concreta en una injusticia o desigualdad de trato en razón de que para unos permite la vigencia temporal y para otros los suprime.

Adicionalmente, la norma contenida en el párrafo para A y B, claramente establece una discriminación para las organizaciones empresariales, debido a que fija un inicio o para las negociaciones colectivas que se celebren con posterioridad a la vigencia de la Ley. Situación que genera una inconveniencia, debido a que las prerrogativas a otorgar iniciarán con lo establecido en el pacto, situación que altera totalmente el equilibrio correcto y adecuado dentro de una negociación colectiva de dos partes que deberían estar en posición de igualdad.

3. Artículo Cuarto. Derechos derivados de los pactos colectivos.

Señala el artículo 4 que los derechos reconocidos por los pactos colectivos en favor de los trabajadores forman parte de su patrimonio y no podrá exigirse su devolución al momento de la constitución de una organización sindical y/o afiliación a la misma.

Dicha disposición vulnera abiertamente los términos de los acuerdos bilaterales, su naturaleza jurídica y varios principios del derecho como el enriquecimiento sin causa, la buena fe y la imposibilidad de que existan obligaciones irredimibles, los cuales se desconocerían al involucrar dentro del patrimonio de un trabajador un convenio temporal y/o limitado y/o restringido a una vigencia.

C. Proyecto sobre Negociación Colectiva por Rama de Actividad

El Proyecto de Negociación por Rama debe tramitarse a través de un proyecto de Ley porque tal como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-201 de 02, es al Legislador a quien le corresponde la determinación de los preceptos que constituyen la libertad sindical y la efectividad de su ejercicio, dentro de lo cual se encuentra el derecho de negociación colectiva. Incluso, en esa Sentencia la Corte manifestó:

“La Carta Política protege el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos sin intervención del Estado, pero con sujeción a un marco regulatorio general cuya expedición compete al Legislador.”

El artículo 39 de la Constitución Política indica que el derecho de asociación es un derecho fundamental, lo que en consonancia con el artículo 152 de la Norma Superior permite afirmar que la regulación de este derecho debe tramitarse como ley estatutaria.

Adicionalmente se considera que la propuesta de una negociación colectiva por industria no tiene en cuenta la realidad de Colombia, donde la mayoría de las empresas son pequeñas o medianas, como lo estableció la gran encuesta nacional PYMES realizada por la firma encuestadora Cifras y Conceptos S.A de la 1780 empresas encuestadas 1331 son pequeñas y 449 son medianas¹. Esto sustentado también por ² el informe de la secretaria técnica permanente de los Consejos Superiores de microempresa y de pyme donde se establece que del total de empresas existentes en Colombia 96,45 % son MIPYMES, es decir, de este total el 90.47 % son microempresa, el 4,74 % son pequeñas empresas y el 1,24% son medianas empresas.

Lo que conllevaría en caso de celebrarse las negociaciones por industria se impondría una serie de obligaciones adicionales para empresas que no tienen la capacidad de asumir mayores costos de producción que junto con la carga tributaria, implicaría en muchos casos incentivar la informalidad laboral.

Esto sumado a la vaguedad del concepto de “rama de actividad económica”, lo cual podría generar un sinnúmero de problemas en su implementación. Debido a la variedad y particularidad de las condiciones que se presentan en cada empresa y las condiciones generales que varían dependiendo del municipio o ciudad donde se encuentren, sin excluir las variaciones en el desarrollo de actividades productivas, especialmente cuando nos referimos al sector agropecuario.

Otro aspecto a tener en cuenta es que con este proyecto se eliminaría la función del Congreso de la República de proferir las leyes laborales y en particular el Código sustantivo del Trabajo, tal como lo establece la Constitución en el artículo 150 numeral 2. Puesto que lo decidido en la mesa de negociación tiene efectos para todos los trabajadores de las empresas que se encuentren en esa rama industrial.

Así lo dispone el artículo 2.2.2.10.1 referente al objeto y campo de aplicación, pues consagra que se aplicará lo acordado a todos los trabajadores pertenecientes a la respectiva rama. Dicha disposición podría entenderse como

¹ Gran Encuesta Nacional PYMES, realizada por Cifras y Conceptos S.A. Noviembre de 2016.

²Informe de secretaría técnica permanente de los consejos superior de microempresa y de pyme, septiembre de 2016

una eliminación de la facultad legislativa del Congreso de la República, puesto que ahora las normas del derecho laboral y los beneficios para los trabajadores serán determinados por unos pocos representantes de los sindicatos y de los empresarios, más no por los representantes del pueblo colombiano elegidos democráticamente.

También encontramos que el decreto en comento presenta serios vacíos legales, tales como:

1. No existe claridad frente a la forma en que se delimita la participación de las empresas. ¿Cómo opera el tema de la representación de los empleadores? Los gremios no representan a los empleadores.
2. En relación con trabajadores beneficiarios, la expresión trabajador es demasiado amplia (subordinados, solidarios, independientes, temporales), ¿a qué trabajadores se aplican, a todos ellos por el simple hecho de estar en el sector? ¿Cómo funciona?
3. ¿Qué prima: la negociación con sindicato de base mayoritario, o la de industria? Existe poca claridad sobre el tema de la representación sindical.
4. ¿Quién debe presentar el pliego de peticiones? ¿quiénes serán los intervinientes?

Traemos a consideración que el proyecto traería una serie de resultados altamente negativos como los que se plantean a continuación: i) limitación a la autonomía sindical; ii) aplicación extensiva de beneficios de las convenciones a personal de las industrias vinculado sin contrato de trabajo; iii) una obligatoriedad para todos los trabajadores de una rama o industria de ser beneficiarios del acuerdo aplicable al sector; iv) posibles afectaciones al derecho de libertad de empresa, pues todas las compañías de un sector tendrán que compartir sus esquemas colectivos de beneficios extralegales; v) una clasificación amplia de rama o industrias planteada por el DANE; vi) falta de reglamentación clara frente a la representatividad sindical, eventuales procesos de huelga por rama o industria, y tribunales de arbitramento de las mismas y; vii) una omisión en la regulación del manejo del fuero circunstancial para este tipo de negociación.

Otro problema que se podría presentar con respecto de la implementación de este Decreto es que el texto normativo en materia de representatividad se advierte inconstitucional teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la materia, en particular las sentencias C-567 de 2000 y C-063 de 2008 de la Corte Constitucional que abrieron la posibilidad de que en una misma empresa coexistan varias organizaciones sindicales y todas ellas puedan negociar de forma directa con el empleador condiciones laborales.

En la Sentencia C-567 de 2000 la Corte Constitucional declaró inexecutable el numeral primero del artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo que establecía

“En una misma empresa no pueden coexistir dos o más sindicatos de base. Si por cualquier motivo llegaren a coexistir subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir al personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión”. En esta Sentencia la Corporación consideró que la disposición aludida limitaba de manera injustificada la garantía de libertad sindical y de sindicalización. Además afirmó: “De esta suerte, la norma acusada resulta, además, contraria a la propia filosofía que informa la Constitución Política de 1991, en cuanto ella, en su artículo 1º autodefine al Estado Colombiano como social de derecho, en el cual son principios esenciales una organización “democrática, participativa y pluralista, fundada en la dignidad humana”, principios éstos conforme a los cuales ha de interpretarse, también, el artículo 39 de la Carta en cuanto garantiza a los trabajadores a constituir sindicatos, lo cual desde luego ha de entenderse en el sentido de que éstos pueden obedecer a distintas orientaciones ideológicas, cuya existencia se garantiza por la propia Constitución”.

Con respecto a la Sentencia C-063/08 es relevante mencionar que declaró inexecutable el numeral 3 del mencionado artículo 357 del C.S.T que establecía que cuando en una misma empresa coexistiera un sindicato de base con uno gremial o de industria, la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la contratación colectiva, correspondería al sindicato que agrupara la mayoría de los trabajadores de dicha empresa. Tras considerar “siendo ello así, resulta violatorio del artículo 39 de la Carta imponerle por la Ley que esa representación deba necesariamente ejercerla ‘conjuntamente’ con otro u otros sindicatos si ninguno agrupa a la mayoría de los trabajadores de la empresa, pues eso menoscaba, de manera grave la autonomía sindical”.

Debido a que extender el efecto de una Convención negociada por un sindicato a otro, salvo en el caso de Confederaciones, atenta con la autonomía e independencia sindical. Añadiendo que la extensión gubernamental del pacto hacia un sindicato que no lo negoció puede constituir su injerencia, en la medida que no le corresponde al Gobierno determinar si el sindicato se debe acoger o no. Pues la premisa de la negociación colectiva, como indica el Convenio 98 de la OIT, es la voluntad entre las partes, que nace de la autonomía. Además, que la determinación de la representación sindical corresponde al mismo sindicato, lo que incluye, por ejemplo, quién se sienta en la mesa a negociar.

Por último, la norma desconoce la dificultad que generaría en la economía una medida encaminada a unificar en la nación los beneficios extralegales, mediante negociaciones por rama, sin tener en cuenta las condiciones socioeconómicas y de productividad de cada zona del país. Si bien el DANE posee información que permita establecer las condiciones generales de algunos sectores, no es suficiente para evidenciar las condiciones empresariales sobre las cuales se puedan obtener beneficios extralegales teniendo en **cuenta las diferencias en cada empresa y**

zona del país. Por eso habría considerar cuales son las características de cada una de las empresas al momento de realizar una negociación de este tipo y que determine hasta dónde puede negociar una empresa.

No obstante, hay que aclarar que todo lo expuesto no desestima la necesidad sentida y urgente de reglamentar de manera clara y puntual el ejercicio de la potestad de “unidad de negociación”, a fin de dar orden al conflicto colectivo, atendiendo la pluralidad de organizaciones sindicales que pueden coexistir al interior de las empresas.

D. Sobre el proyecto de representatividad sindical

Los gremios promovemos el respeto a los derechos fundamentales, dialogo social y cooperación tripartita, el respeto al derecho de asociación y la libertad sindical. Somos conscientes de las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano para su entrada a la OCDE y en la suscripción de los distintos tratados de libre comercio. Sin embargo, no deja de preocuparnos que, a fin de cumplir con estos compromisos, se establezcan medidas que lesionen derechos de algunos actores sociales y económicos como las establecidas en el proyecto de acto administrativo de organizaciones sindicales más representativas, así como las facultades que se le otorgan.

La normatividad que se propone establece que se entenderán como organizaciones sindicales más representativas las siguientes:

- a) Aquellas que sumadas agrupen la mitad más uno de los trabajadores de la empresa; o
- b) Las organizaciones sindicales que agrupen como mínimo el 15 % de los trabajadores de la empresa; o
- c) En los casos en que la organización sindical agrupe menos del 15 % de los trabajadores de la empresa, los más representativos serán aquellos que agrupen el mayor número de afiliados.

De acuerdo con lo anterior, estas organizaciones más representativas podrán:

- a) Fijas las condiciones de trabajo y empleo.
- b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores.
- c) Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajo, o lograr estos fines a la vez.

Sin embargo, este acto administrativo presentaría una serie de problemas. Las leyes aprobatorias de los tratados no incluyen disposiciones sobre reglamentación, por lo que el medio adecuado para tramitar esta propuesta de reglamentación **es por medio de una ley**. Como lo indica el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política la potestad reglamentaria del Presidente de la República ejercida en este caso a través de sus Ministerios debe desarrollar el contenido de la Ley, **pero no puede ampliar o restringir su sentido**, en caso de hacerlo, se estaría excediendo en sus atribuciones.

Si lo que se busca es asegurar un pleno y efectivo ejercicio de la negociación colectiva, se requiere de la participación de todos los trabajadores más no de un determinado número de personas. Así lo establece la Corte Constitucional en la sentencia C-063 de 2008:

“El impedimento absoluto a los sindicatos minoritarios, de negociar colectivamente, no atiende los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y vulnera no solo el derecho de negociación colectiva sino también el de libertad sindical, eje fundamental de los derechos de los trabajadores.

El derecho de negociación colectiva que debe ser posibilitado a toda clase de categorías de organizaciones sindicales, de conformidad con el Convenio 154 de la OIT, que radica en cabeza de los Estados partes el deber de adoptar medidas dirigidas a fomentar la negociación colectiva, y aunque no especifica cuales medidas, si deja una amplia libertad de configuración en cabeza de los órganos estatales responsables para el cumplimiento de dichos propósitos. La restricción a los sindicatos minoritarios del derecho a la negociación colectiva de manera irrazonable y desproporcionada no tiene justificación constitucional.”

Lo anterior implica una contradicción con el artículo 39 de la Norma Superior que establece el derecho que tienen los trabajadores y empleadores “*a constituir sindicatos y asociaciones, sin intervención del Estado*” y con el artículo 55 superior que “*garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales.*”

También consideramos que este Proyecto de Acto Administrativo debe tener en cuenta la Recomendación sobre la Negociación Colectiva Número 163 de 1981 de la OIT, que establece, que en los países en donde las autoridades competentes apliquen procedimientos de reconocimiento para determinar a cuáles organización ha de atribuirse el derecho de negociación colectiva, este reconocimiento debe basarse en criterios objetivos y previamente definidos, respecto del carácter representativo de esas organizaciones.

Siguiendo entonces la recomendación mencionada es importante aclarar que el criterio representativo de las asociaciones sindicales de la norma propuesta no podría alcanzar el umbral previsto en el artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo:

“Artículo 471.- EXTENSIÓN A TERCEROS. Modificado por el art. 38, Decreto 2351 de 1965. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados.

2. Lo dispuesto en este artículo se aplica también cuando el número de afiliados al sindicato llegare a exceder del límite indicado, con posterioridad a la firma de la convención.”

De aplicarse la norma en mención y teniendo en cuenta lo previsto en el proyecto de Acto Administrativo, los trabajadores que quieran obtener beneficios similares en caso de que el sindicato no tenga la mayoría prevista en el artículo 471 deberán afiliarse de manera obligatoria. Porque en caso de no hacerlo no podrían celebrar pactos colectivos, impidiendo el libre ejercicio de su derecho de asociación en el ámbito negativo.

Además, los nuevos criterios para fijar la representatividad de los sindicatos no establecen si los porcentajes se aplican de igual forma cuando se esté enfrente de una negociación por rama de actividad para escoger la representación de la negociación en ese caso en particular.

En conclusión el Acto Administrativo de Representatividad Sindical se considera inconveniente pues debe realizarse a través de una ley y en caso de implementarse limitaría el ejercicio del derecho a la libertad sindical para los gremios minoritarios. Además de presentar una serie de problemas en su implementación, al no cumplir con el umbral mínimo para la representación mínima necesaria para la extensión de terceros según el artículo 471 CST y de no establecer el umbral cuando se esté en frente de una negociación por rama de actividad para escoger la representación de la negociación en ese caso en particular.

E. Proyecto del Sistema de Inspección Vigilancia y Control (SIVICO)

En primer lugar, se advierte que la norma tiene un alcance sustancialmente mayor a aquel de la página 32 del Acuerdo Final. De la lectura del acuerdo final parecería que si bien existe un compromiso del Estado en desarrollar este punto,

este se encuentra limitado a su implementación en las áreas rurales, donde la inspección laboral presenta mayores alternativas de mejora.

Debe recordarse que en Sentencias C-699 de 2016 y C-160 de 2017, la Corte Constitucional advirtió que el mecanismo especial era especial, excepcional y transitorio y que los proyectos que por esa vía se tramitaran debían atender a ello, demostrando tener conexidad, finalidad y necesidad estrictas en relación con el contenido del Acuerdo. Por ello, elementos del proyecto de ley como la creación de un Sistema Nacional de Inspección, un Registro de Empleadores, un Procedimiento Administrativo modificado y la facultad otorgada al Ministerio del Trabajo para interponer demandas por cuenta de los trabajadores, van sustancialmente más allá de lo ya referido en el Acuerdo y, como tal, su trámite por la vía especial no es posible desde el punto de vista jurídico.

En efecto, la norma desarrolla muchos más elementos que aquellos contenidos en el Acuerdo Final e incluso, supone importantes modificaciones a la naturaleza del Ministerio del Trabajo como garante del dialogo social, como se procede a exponer.

1. Registro de Información Laboral

Los artículos 13 a 16 del proyecto crean un registro en el cual los empleadores con activos superiores a 100.000 SMLMV y 51 trabajadores deben inscribirse y presentar información periódica, para efectos de realizar un “control general de cumplimiento de normas laborales”.

Sobre los requisitos de información que se piden, se estima que la pluralidad de información requerida puede dificultar tanto la operación de las empresas, como aquella de los inspectores del trabajo. Ello es así, cuando se tiene en cuenta que el Estado y en especial, el Ministerio del Trabajo ya cuentan con la mayoría de la información del Registro, como se evidencia:

Información	Reporte Existente	Periodicidad
Sector Económico	Ante la Cámara de Comercio	Anual
Tamaño	Ante la Cámara de Comercio	Anual
Tipo de Actividad	Ante la Cámara de Comercio	Anual
Horas Extra	El Ministerio tiene registro de los permisos que otorga	Siempre que se solicita al Ministerio
Organizaciones Sindicales	El Ministerio del Trabajo ya tiene esta información vía el Registro Sindical	Cada vez que se constituye un sindicato
Número de trabajadores sindicalizados	El Ministerio del Trabajo ya tiene esta información vía el Registro Sindical	Cada vez que se constituye un sindicato
Beneficios Convencionales	La Convención debe	Siempre que se

	depositarse ante el Ministerio del Trabajo	firmen, se deben depositar
Trabajadores menores de edad contratados	El Ministerio tiene registro de los permisos que otorga	Siempre que se solicita al Ministerio
Vacantes y Contrataciones	Reporte al Servicio Público de Empleo	Cada vez que se crea la vacante

En todo caso, debe advertirse que no es razonable que una empresa tenga que reportar su información comercial, protegida, sobre sus contratistas y proveedores al Ministerio del Trabajo. A modo de ejemplo, no parece ser competencia del Ministerio del Trabajo la determinación sobre qué empresa provee la materia prima o los insumos de papelería para otra.

2. Defensoría de los Trabajadores

Por último, el artículo 76 y siguientes, establecen que el Ministerio del Trabajo podrá interponer demandas en contra de los empleadores, en nombre y por cuenta de los trabajadores, dentro de los 20 días siguientes a que se interponga una sanción administrativa. Esta inserción genera sorpresa en un proyecto de ley de inspección laboral, de acuerdo con el concepto constitucional de unidad de materia.

Al respecto, debe recordarse que la función constitucional del Ministerio del Trabajo, al igual que su función en el marco de la Comisión de Concertación, es actuar como mediador y promotor del diálogo social, en conjunto con trabajadores y empleadores. En este contexto, es innecesario que el Ministerio sacrifique su imparcialidad con esta disposición y especialmente, si se tiene en cuenta que en la actualidad existe una pluralidad de mecanismos a los que los trabajadores pueden acudir gratuitamente para defender sus derechos, como lo son los siguientes:

1. **Consultorios jurídicos:** la Ley 583 de 2000 indica que los consultorios jurídicos pueden litigar gratuitamente por pretensiones menores a 20 salarios mínimos.
2. **Amparo de pobreza:** el artículo 151 del Código General del Proceso indica que quienes no puedan pagar por un proceso podrán acogerse al amparo de pobreza y se les asignará un abogado de oficio. Igualmente, en Sentencia C-102 de 2003, la Corte Constitucional recordó que este amparo es perfectamente aplicable en materia laboral.
3. **Defensoría del Pueblo:** la Defensoría del Pueblo litiga como apoderado en causa ajena laboral, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 24 de 1992.

4. Procuraduría General de la Nación: la Procuraduría también lo hace, especialmente en la protección de derechos individuales y colectivos de los trabajadores según el artículo 48 del Decreto 262 de 2000.

F. Sobre el proyecto de Negociación Colectiva de Trabajadores Independientes

Este proyecto de norma, que si bien se restringe a la negociación de los contratistas independientes en el sector público, presenta grandes incongruencias al aparejar el contrato de naturaleza civil o comercial de un contratista prestador de servicios con el contrato de un trabajador bajo subordinación, de naturaleza laboral.

Si lo que existe es una nómina de contratistas independientes, que deberían ser vinculados laboralmente en el sector público, el camino no es otorgarles la posibilidad de negociar colectivamente, que es una característica propia y exclusiva de los trabajadores, sino más bien sanear esas nominas contratando directamente a las personas vinculadas bajo subordinación.

Vemos con preocupación que la desnaturalización del contrato civil o comercial en el sector público tendría efectos sin lugar a dudas en el sector privado y en la configuración normativa del contrato laboral en general.

G. Proyecto sobre Servicios Esenciales y Huelga

Si bien es una norma que parece interesante, sobre todo porque abre el espectro de lo que puede ser servicio esencial. Sin embargo, al ser una comisión de garantía la que define posibles servicios esenciales adicionales a los enumerados, se corre el riesgo de vulnerar la reserva de ley sobre la definición de servicios esenciales, de acuerdo con lo que ha indicado la Corte Constitucional.

En todo caso, a la norma le falta incluir los actuales literales a), sobre la prestación del servicio de justicia, d), establecimientos de asistencia social y h), distribución y explotación de hidrocarburos. Su inclusión es esencial para el adecuado funcionamiento del Estado, el sector productivo y particularmente, la garantía de los derechos fundamentales de los colombianos.

H. Sobre el proyecto de fomento a la economía solidaria (ECOSOL)

El artículo 3º del proyecto indica que se adoptará un Plan Nacional de Fomento, el cual está contenido en un anexo técnico del Decreto.

Sobre el particular, debe advertirse que el referido anexo técnico no fue publicado en la página web del Ministerio para acompañar el análisis que del Decreto

podiere hacerse. Lo anterior dificulta la participación ciudadana y los aportes constructivos que la sociedad civil puede realizar con ocasión de la creación de las normas. Por ello, es que el Decreto 1081 de 2015, modificado por el Decreto 270 de 2017, indica en su artículo 2.1.2.1.14, parágrafo 2º, que los actos sujetos a la firma del Presidente de la República deben ser publicados en compañía de un Soporte Técnico, que debe incluir estos elementos.

En todo caso, se debe precisar que si el objeto del proyecto de Decreto Ley es aquel de adoptar el mismo Plan Nacional de Fomento, no parece razonable que esté ausente del cuerpo de la norma que le promulga sino que se trate de un simple anexo de la misma. Debe recordarse que, de acuerdo con el derecho público administrativo de nuestro país, las autoridades del Estado expresan su voluntad, vinculante para los particulares, a través de leyes y actos administrativos y no a través de anexos a los mismos, especialmente cuando estos anexos son el objeto mismo de la Ley que se expide.

Esta incertidumbre dificulta la interpretación de la norma, genera inseguridad jurídica y reduce las posibilidades de los ciudadanos de participar y controlar el ejercicio del poder público. En efecto, no es claro el alcance vinculante de dicho anexo, en la medida que no es parte de la Ley, que es la que obliga a los particulares. En el mismo sentido, al no tratarse de la misma Ley, no es claro si la competencia para su revisión constitucional recaería en la Corte Constitucional o no.

Por lo anterior, en lugar de establecer el Plan de Fomento que se adopta como anexo del Decreto Ley, éste debe integrarse claramente dentro del texto vinculante del proyecto. Igualmente, solicita que dicho anexo se haga conocer a la ciudadanía, en los términos del artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, para su estudio y la emisión de comentarios adicionales.

De igual manera, los artículos 4º a 6º del proyecto modifican normas de carácter general, cuya procedencia por el mecanismo de las facultades extraordinarias no es claro.

El acuerdo final para terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, en su capítulo de reforma rural integral, página 28, indica que el Gobierno deberá expedir el Plan Nacional de Fomento a la economía solidaria y cooperativa rural.

Así, de la lectura del acuerdo final parecería que si bien existe un compromiso del Estado en desarrollar este punto, este se encuentra limitado a su implementación en las áreas rurales. De manera especial, se encuentra que el Acuerdo indica criterios que debe contener el Plan, como la asistencia técnica, el fortalecimiento

de las capacidades productivas y la implementación de medidas diferenciales para su participación en proyectos de infraestructura y equipamiento. De este modo, se encuentra que, al desarrollar el contenido del plan, el Acuerdo Final, que lo limitó a un plan de fomento para el sector rural, no contempla la necesidad de cambiar el marco normativo existente.

Al respecto, en Sentencia C-699 de 2016, la Corte Constitucional indicó que el mecanismo legislativo especial es una herramienta “*especial, excepcional y transitoria*” para la producción de normas jurídicas. Igualmente, en Sentencia C-160 de 2017, la Corporación indicó que, además de tener conexidad, finalidad y necesidad estrictas en relación con el contenido del Acuerdo. En este sentido, el trámite expedito se reserva únicamente para aquellos elementos íntimamente relacionados con la implementación del Acuerdo, como indica el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2016.

En consecuencia, el contenido de una norma que pretenda desarrollar el acuerdo final a través de este trámite debería ser igualmente especial y de uso excepcional en cuanto a su conexidad, finalidad y necesidad en relación con el Acuerdo, es decir, debe circunscribirse al contenido de lo pactado en el Acuerdo. Por ello, los cambios normativos contenidos en el proyecto, no tienen conexidad con el Acuerdo y en todo caso, no se ve la necesidad estricta de modificar normas generales a través del mecanismo excepcional.

Por lo anterior, se debe eliminar este capítulo.

I. Sobre el proyecto de Pisos de Protección Social

Sea lo primero advertir que una norma que modifique aspectos generales del sistema de seguridad social debe ser lo suficientemente discutida y analizada con los diferentes actores con el fin de garantizar la sostenibilidad y viabilidad del sistema; por ello, la presente comunicación presenta aspectos generales del procedimiento que debería seguir una norma de tal naturaleza y algunos comentarios particulares sobre el proyecto de norma.

Después de analizar el proyecto de norma, estimamos que no se trata de un proyecto susceptible de ser tramitado por la vía del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz. En efecto, en Sentencia C-699 de 2016, la Corte Constitucional indicó que dicho mecanismo es un procedimiento que se caracteriza por ser “especial, excepcional y transitorio”. En este contexto, debe ser la herramienta que se utiliza solo por excepción, para el desarrollo de aquellos temas que sean necesarios para la implementación del Acuerdo Final. En el mismo sentido, en Sentencia C-379 de 2016 la Corte concluyó que el Acuerdo Final era una decisión política de contenido programático, expresión del derecho a

la paz, pero que no puede confundirse con este. En consecuencia, no todo elemento que contribuya al derecho a la paz será un desarrollo necesario del Acuerdo Final, a pesar de que, en algunos casos concretos, puedan confundirse.

De igual forma, en Sentencia C- 160 de 2017 la Corte Constitucional recordó que el uso de las Facultades Presidenciales para la Paz está supeditado a que se acrediten tres supuestos: i) competencia Material, que consiste en que el Presidente tenga la competencia, dada por la vigencia del Acto Legislativo, para usar Facultades Especiales, ii) conexidad, entre las medidas adoptadas y la implementación del Acuerdo, iii) necesidad, pues no basta con argumentar cualquier urgencia, debe haber una necesidad estricta de tramitar una iniciativa por esta vía extraordinaria.

En el caso particular, encontramos que si bien el Acuerdo Final hace referencia al compromiso del Gobierno Nacional de fortalecer al máximo el sistema de protección y seguridad social de la población rural, con el propósito de garantizar el trabajo digno y los derechos de los trabajadores y trabajadoras del campo, y su protección social, el Acuerdo no hace referencia al sistema de seguridad social integral, ni a la modificación general del régimen de salud contributivo y subsidiado.

En ese sentido, en criterio de los empleadores, es preciso medir el impacto de las modificaciones que se proponen a los diferentes regímenes del sistema de seguridad social de manera detallada y haciendo amplias consultas a los diferentes actores del sistema.

Lo anterior implica, además, que se realice una discusión amplia y suficiente en materia del sistema de seguridad social integral que le compete al Congreso de la República como el máximo órgano representativo en un sistema democrático.

Por otra parte, el proyecto de Decreto Ley publicado por el Ministerio de Trabajo indica que hasta el 3% del total de la cotización del Sistema de Riesgos Laborales estará destinado a financiar el seguro inclusivo; sin embargo, no se tiene en cuenta que la Ley 1562 de 2012 indica, en su artículo 11, numeral tercero, que dicho monto deberá ser fijado previo estudio técnico y financiero que sustente la variación del 1%, que se aplica actualmente y se destina al Fondo de Riesgos Laborales, al 3%.

Por lo anterior, es preciso que el Ministerio de Trabajo adelante los estudios técnicos y financieros para determinar la pertinencia de incrementar el porcentaje que se destina al Fondo de Riesgos Laborales.

De otro lado, no es posible entender el por qué se presenta una diferencia entre las Administradoras de Riesgos Laborales privadas y la pública para incrementar el valor de la cotización destinado al Fondo de Riesgos Laborales, pues, según el proyecto de norma, la Administradora de Riesgos Laborales de naturaleza pública solo le será efectiva esta modificación una vez se establezcan los mecanismos por parte del Gobierno para garantizar la distribución de los riesgos al interior del sistema.

De igual forma, no es posible entender cuáles son las razones que sustentan la afirmación contenida en el proyecto de Decreto Ley, según la cual, hay una “concentración de riesgos del sistema” en la administradora de naturaleza pública.

No existen en la actualidad estudios o análisis que demuestren la existencia de una concentración de riesgos en una Administradora de Riesgos Laborales y en ese sentido no hay justificación para tener un trato diferenciado entre las diferentes administradoras.

Ahora, frente a la inclusión de la figura del Afiliado Rural, será importante que se controle la evasión de aportes al sistema mediante las siguientes acciones:

- a) Criterios Objetivos fácilmente controlables por el sistema de la Compensación Familiar para determinar cuando una persona “reside” en la zona rural.
- b) Mediante la reglamentación de acceso a los beneficios, para que se evite la migración de lo urbano a lo rural.

Teniendo en cuenta que dentro del piso de protección social se encuentran los *beneficiarios del régimen contributivo*, ésta población podría tener una doble calidad dentro del sistema del subsidio familiar, esto es: miembros del grupo familiar en calidad de beneficiario y afiliado a la Caja propiamente dicho. En esta medida, es importante determinar criterios para definir cuál calidad aplicar cuando el afiliado tenga esa doble calidad, teniendo en cuenta que tal situación tiene un impacto sobre los beneficios entregados por la Caja en cada una de las calidades.

Es importante que una vez se realice una discusión amplia y suficiente ante el Congreso de la República se tenga en cuenta lo relativo al subsidio de vivienda para la población objeto de la norma en materia de pisos de protección social.

Mientras el subsidio de vivienda rural asciende a 55 smlmv, los aportes realizados por esta población serán del 0.6%, lo cual podría impactar en la suficiencia de recursos en las Cajas para atender con una menor cotización, un mayor número de beneficiarios.

J. Sobre el proyecto de Juntas de Calificación de Invalidez

Al igual que en el proyecto anterior, estimamos que una norma que modifique aspectos generales del sistema de seguridad social del orden nacional, es especial, aspectos contemplados por la Ley 100 de 1993, debe ser lo suficientemente discutida y analizada con los diferentes actores, por ello la presente comunicación presenta aspectos generales del procedimiento que debería seguir una norma de tal naturaleza y algunos comentarios particulares sobre el proyecto de norma.

Después de analizar el proyecto de norma, estimamos que no se trata de un proyecto susceptible de ser tramitado por la vía del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz. En efecto, en Sentencia C-699 de 2016, la Corte Constitucional indicó que dicho mecanismo es un procedimiento que se caracteriza por ser “especial, excepcional y transitorio”. En este contexto, debe ser la herramienta que se utiliza solo por excepción, para el desarrollo de aquellos temas que sean necesarios para la implementación del Acuerdo Final. En el mismo sentido, en Sentencia C-379 de 2016 la Corte concluyó que el Acuerdo Final era una decisión política de contenido programático, expresión del derecho a la paz, pero que no puede confundirse con este. En consecuencia, no todo elemento que contribuya al derecho a la paz será un desarrollo necesario del Acuerdo Final, a pesar de que, en algunos casos concretos, puedan confundirse.

De igual forma, en Sentencia C- 160 de 2017 la Corte Constitucional recordó que el uso de las Facultades Presidenciales para la Paz está supeditado a que se acrediten tres supuestos: i) competencia Material, que consiste en que el Presidente tenga la competencia, dada por la vigencia del Acto Legislativo, para usar Facultades Especiales, ii) conexidad, entre las medidas adoptadas y la implementación del Acuerdo, iii) necesidad, pues no basta con argumentar cualquier urgencia, debe haber una necesidad estricta de tramitar una iniciativa por esta vía extraordinaria.

En el caso particular, encontramos que si bien el Acuerdo Final hace referencia al compromiso del Gobierno Nacional de fortalecer al máximo el sistema de protección y seguridad social de la población rural, en especial de las personas con discapacidad, la interpretación de lo acordado entre el Gobierno y las Farc debe circunscribirse al sector rural, de hecho, el tema en discusión se desarrolla en el capítulo denominado “Hacia un Nuevo Campo Colombiano: Reforma Rural Integral”, tal interpretación no puede extenderse a la modificación de las normas generales que rigen el sistema de seguridad social, incluyendo la Juntas de Calificación de Invalidez como organismos del Sistema de la Seguridad Social Integral del orden nacional.

En ese sentido, en criterio de los empleadores, es preciso que sea el Congreso de la República, como el máximo órgano representativo en un sistema democrático, quien analice si es pertinente o no la modificación general de la conformación, integración y administración de las juntas de calificación de invalidez.

Dicha modificación no es urgente y adicionalmente no tiene una conexidad directa con la implementación del Acuerdo suscrito con las FARC, por tanto debe seguir el trámite ordinario para la promulgación de leyes en Colombia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las Juntas de Calificación de Invalidez evalúan la pérdida de capacidad laboral de un trabajador dependiente o independiente, consideramos de la mayor importancia que se tenga en cuenta, dentro de los profesionales que conforman las Juntas, la participación de los Higienistas Ocupacionales, habida cuenta de los profundos vacíos que tienen las otras disciplinas en la interpretación de los datos asociados a exposición ocupacional.

Por otro lado, de la lectura del proyecto de Decreto Ley no es posible inferir cuáles serían las diferencias y alcances de los dos tipos de Junta Regional. El proyecto de norma solo indica que serán tipo A y B pero no detalla las finalidades de cada una.

Por último, El proyecto de Decreto Ley radica en cabeza del Ministerio de Trabajo la función de vigilancia y control de las Juntas de Calificación de Invalidez, indicando que dicha entidad se encargará posteriormente de la reglamentación de estos aspectos.

Para los empleadores, es preciso fortalecer los esquemas de vigilancia y control sobre las Juntas de Calificación de Invalidez y los dictámenes que emiten en materia de pérdidas de capacidad laboral, así como sobre la gestión de las incapacidades de larga duración, en ese sentido, consideramos pertinente extender la participación del tribunal de ética médica para que vele por el correcto funcionamiento del sistema.

Algunas líneas de acción que se proponen en materia de vigilancia y control para las Juntas de Calificación de Invalidez y para el seguimiento de incapacidades médicas de larga duración son:

- Vincular al tribunal de ética médica en la vigilancia del actuar médico en la generación de incapacidades.

- Incorporar a los procedimientos de solicitudes que se tramitan ante el Ministerio de trabajo una guía médica que les permita a los inspectores de trabajo decidir de forma objetiva la solicitud.
- Permitir a todos los actores que intervienen en el Sistema de Seguridad Social tengan la facultad de verificar el cumplimiento de las incapacidades y recomendaciones médicas, tanto en el ámbito laboral como extra-laboral.
- Vincular al tribunal de ética médica, contraloría y procuraduría en la vigilancia del actuar de las juntas de calificación de invalidez.

Abril 6 de 2017