

*Artículo*

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LA RAMA DE  
ACTIVIDAD EN COLOMBIA<sup>1</sup>

*Miguel F. Canessa Montejo*<sup>2</sup>

**Resumen**

El ejercicio de la negociación colectiva de industria o rama de actividad en Colombia es uno de los temas más controversiales de su ordenamiento. En general, existen dos posiciones jurídicas contrapuestas. Por un lado, los que sostienen que si bien se encuentra recogido en la Constitución el derecho de negociación colectiva, la falta de una regulación precisa en el Código Sustantivo de Trabajo impide que pueda ejercerse en este nivel de negociación. Mientras esa ausencia legal se mantenga no puede exigirse a los empleadores negociar a nivel de rama de actividad. Por otro lado, los que postulan que el derecho de negociación colectiva como un derecho fundamental, su dimensión derecho-libertad le garantiza que su ejercicio no esté condicionado a la ausencia legal de normas de organización de la negociación colectiva. El ensayo trata de dilucidar las fortalezas y las debilidades de ambas argumentaciones desde una reflexión jurídica apoyada en la jurisprudencia constitucional, los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, la legislación laboral comparada y la doctrina jurídica nacional e internacional.

**Palabras claves**

Negociación colectiva, rama de actividad, derecho fundamental, derecho-libertad, legitimidad convencional, deber de negociar.

**Abstract**

Industrial or activity branch collective bargaining is one of the most controversial topics in Colombian labor law. There are two opposite opinions. On the one side, some argue that even if it is true that the right to collective negotiation is held in the Constitution, the lack of a precise legal regulation prevents this type of bargaining. Thus, while this absence

---

<sup>1</sup> Este artículo es un fragmento del estudio que se realizó para la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT).

<sup>2</sup> Abogado y Sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor visitante de la Universidad Externado de Colombia. Consultor internacional (mcanessa@pucp.edu.pe).

of legal regulation persists, employers will not be able to bargain at branch activity level. On the other side, those who define collective bargain as a fundamental right argue that its *right-liberty* dimension guarantees its exercise, and thus it does not depend on the absence of legal rules defining the organization of collective bargaining. This paper provides an overview of the strengths and weaknesses of both argumentations based on a review of the relevant case law, the main rulings of the ILO's control mechanisms, comparative labor legislation, and national and international legal doctrine.

### **Key words**

Collective bargain, activity branch, fundamental right, right-liberty, conventional legitimacy, bargain duty.

## **I. Introducción**

Entre uno de los efectos negativos de la globalización de la economía es la reducción de la cobertura en la aplicación de los convenios colectivos de los trabajadores latinoamericanos. Conforme a las estadísticas publicadas por la Confederación Sindical de las Américas (en adelante, CSA) para el año 2010-2011, la densidad negocial<sup>3</sup> en la región es del 24%, pero esta cifra oculta la disparidad de resultados entre los distintos países al ser un promedio. Países como Brasil (58%), Argentina (52%) y Uruguay (50%) obtienen una cobertura muy por encima de la región frente a otros países que apenas la negociación colectiva tiene materialización como Colombia (3%), Perú (2%) y Ecuador (1%). (Beneyto & Orsati, 2013, 57).

La disparidad de resultados en la cobertura de la negociación colectiva se explica porque los países del Cono Sur tienen una negociación sectorial o de rama de actividad a diferencia del resto de países latinoamericanos que se centran en una negociación de empresa, por ello su cobertura en la aplicación del convenio colectivo es mayor en el número de trabajadores. Además, el diseño normativo del convenio colectivo de rama les permite aplicarlo en las nuevas empresas donde todavía la presencia sindical es leve o reciente.

En muchos casos, los ordenamientos nacionales establecen una regulación que entorpecen la constitución de organizaciones sindicales de rama o industria lo que impide una negociación a este nivel, o la exigencia de una representatividad excesiva de las organizaciones sindicales para entablar

---

<sup>3</sup> La densidad negocial es el indicador que mide la cobertura de la negociación colectiva entre los trabajadores asalariados.

una negociación sectorial, o el impedimento legal de que las organizaciones de nivel superior –las federaciones o las confederaciones– sean titulares de la negociación colectiva, etc., son algunas de sus causas. El resultado es que se impide en términos legales el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva de rama de actividad.

El presente ensayo aborda esta problemática tratando de responder a dos interrogantes centrales sobre la situación jurídica colombiana: ¿La legislación nacional permite la negociación colectiva sectorial o de rama?, ¿Cómo se encuentra legislado este derecho fundamental y cuál es la práctica de la negociación colectiva de rama en Colombia? El alcance de las respuestas nos va a permitir abordar el objetivo principal del ensayo: evaluar la situación colombiana sobre esta materia que materialice la negociación colectiva de rama en el país.

Lo que se debe dejar de lado son los planteamientos que niegan el ejercicio de la negociación colectiva de rama de actividad en Colombia, ya sea porque la regulación estatal no ofrece un tratamiento normativo al respecto, o por la ausencia real de convenciones colectivas a ese nivel. Respecto al primer cuestionamiento, el CST regula diversos aspectos de la negociación colectiva de industria o de rama<sup>4</sup>, aunque es cierto de manera incompleta, y en cuanto al segundo cuestionamiento, los acuerdos marco sectoriales suscritos en el sector eléctrico, las convenciones colectivas en el sector bananero y las negociaciones en el sector público que se permiten con el Decreto 160 de 2014, son ejemplos claros de una negociación colectiva a este nivel que viene ganando terreno.

## **II. El derecho fundamental de la negociación colectiva**

El derecho de la negociación colectiva se encuentra recogido en diversos instrumentos internacionales, especialmente los elaborados por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT). La OIT señala que el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva forma parte del listado de los principios y derechos fundamentales en el trabajo<sup>5</sup>. Asimismo, el derecho de la negociación colectiva es considerado expresamente un derecho humano en la Carta Social Europea (artículo 6) y la Carta Social Europea revisada de 1996 (artículo 22).

---

<sup>4</sup> El profesor Silva plantea una serie de argumentos que justifican la negociación colectiva de industria sobre la base de la regulación del CST. (Silva Romero, 1996, 4-10)

<sup>5</sup> La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo en su numeral 2 inciso a) lo señala.

El artículo 2 del Convenio N°. 154 de la OIT define la negociación colectiva como:

[T]odas las negociaciones que tienen un lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Esta definición de la negociación colectiva lo identifica como un método o procedimiento que le permite a los sujetos laborales adoptar reglas y decisiones de manera conjunta (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo & García Murcia, 2009, 337-338). Si bien conceptualmente la negociación colectiva pone el énfasis en las reglas y el procedimiento –lo que el profesor Valdés Dal-Ré identifica como el modelo dinámico–, lo cierto es que las normativas nacionales suelen enfocarse más en su resultado: el convenio colectivo –el modelo estático de la negociación colectiva–. (Valdés Dar-ré, 2012, 2)

El convenio colectivo o contrato colectivo es definido en la Recomendación N°. 91 de la OIT en los siguientes términos:

[C]omprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional.

Los órganos de control de la OIT han precisado que el contenido de los convenios colectivos sobre las condiciones de trabajo y de empleo se refieren a las condiciones tradicionales, como la jornada de trabajo, las horas extraordinarias, el descanso, los salarios, etc., así como a las que pertenecen a las condiciones de empleo, como las promociones, los traslados, las supresiones de puestos de labores, etc. (Gernigon, Odero, & Guido, 2000, 24-24)

El derecho de la negociación colectiva está recogido en la mayoría de las constituciones de los países latinoamericanos como un derecho fundamental, colocándolo en la cúspide normativa de sus ordenamientos.

Además, el derecho de negociación colectiva es uno de los componentes de la libertad sindical –también recogido en las constituciones nacionales–, por lo que forma parte de su contenido esencial. Finalmente, como consecuencia de ser un componente de la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva es un derecho-libertad otorgándole una profunda significancia en la protección de su ejercicio efectivo.

En efecto, al centrarnos en su dimensión de libertad, la negociación colectiva adquiere un amplio marco en su ejercicio que solo puede ser prohibido o restringido expresamente por la norma estatal siempre que no viole su contenido esencial. Esto es importante tenerlo presente en tanto representa el ámbito del ejercicio del derecho de negociación colectiva en relación a la normativa estatal.

Recordemos la clásica definición de Berlin sobre la libertad dividida bajo dos conceptos: la libertad negativa y la libertad positiva. La *libertad negativa* es la ausencia de interferencia (Berlin, 2001, 54), mientras que la *libertad positiva* es la capacidad del individuo en dirigir su propia vida (Berlin, 60). Ambas nociones de libertad han merecido una serie de aportes y comentarios que deseamos destacar porque contribuyen al análisis del derecho de negociación colectiva. La *libertad negativa* entendida como la ausencia de interferencia ha sido interpretada por Bobbio, como “la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos”. (Bobbio, 1993, 97) Aquí se introduce un matiz, ya no solo es la ausencia de interferencia como elemento externo al sujeto lo que marca el concepto, sino se pone el acento en la libertad de decidir a actuar o no de una persona. Suele reconocerse que la materialización jurídica de la *libertad negativa* es recogida en el aforismo: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que ella no prohíbe”. Aunque el aforismo no alcanza a ser un derecho, se trata más bien de una libertad negativa permisiva, es decir, para el derecho de negociación colectiva significa que el sindicato o los trabajadores pueden actuar libremente dentro de ese marco en tanto la regulación jurídica lo permita pero sujeto a cualquier tipo de modificación. Sin embargo, específicas libertades negativas pueden alcanzar la calidad de derecho cuando son recogidas en términos de *derechos fundamentales de libertad* o *libertades iusfundamentales* dentro de los ordenamientos constitucionales. Ejemplos como la libertad ideológica, la libertad religiosa, la libertad de residencia, la libertad de expresión, la libertad de cátedra, la libertad de asociación, la libertad de empresa, la libertad de trabajo, la libertad sindical, etc., son muestra de ello. Se trata de libertades negativas frente al Estado, es decir, en derechos de protección que resultan siendo prohibiciones hacia el Estado para que no estorbe en el ejercicio de esas libertades iusfundamentales. Como sostiene Alexy:

El derecho a un no estorbamiento es un derecho a una acción negativa. A los derechos a acciones negativas corresponden prohibiciones de estas acciones. Las protecciones a través de prohibiciones serán llamadas “protecciones *negativas*”. Cuando se habla de los derechos fundamentales como “derechos de protección”, se hace referencia, la mayoría de las veces, a los derechos frente al Estado a acciones negativas que protegen libertades iusfundamentales. Estos derechos están vinculados con la *competencia* para hacer valer jurídicamente sus violaciones. Cuando se juntan estas tres posiciones, una *libertad* jurídica, un *derecho* a no estorbamiento por parte del Estado y una *competencia* para hacer valer judicialmente la violación de este derecho, se puede hablar de un derecho de libertad negativo perfecto frente al Estado. (Alexy, 1993, 226)

De este modo, la normativa estatal no debe entorpecer el ejercicio de la libertad sindical incluyendo la negociación colectiva. En otras palabras, su condición de derecho-libertad plantea que su ejercicio no requiere estar expresamente establecido para materializarlo, lo que sería la *libertad negativa* del derecho de negociación colectiva. Así, el ejercicio del derecho de negociación colectiva se ejercita sin dificultades mientras no se encuentre expresamente prohibido.

La *libertad positiva* entendida como el dominio personal sobre su capacidad de actuar, ha sido interpretada por Bobbio, como:

[L]a situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros. Esta forma de libertad se llama también “autodeterminación” o, de manera más apropiada, “autonomía” (...). Es positiva (...), porque indica (...), la presencia de algo, a saber, de un atributo específico de mi voluntad, que es precisamente la capacidad de moverse hacia un objetivo sin ser movido”. (Bobbio, 100-101)

A diferencia de la *libertad negativa*, la *libertad positiva* requiere un reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico. Ferrajoli los identifica con los *derechos fundamentales de autonomía* que consiste en la potestad de autodeterminarse (*potestates agendi*) dentro de la esfera privada e indirectamente en la esfera pública, mediante actos jurídicos potestativos (Ferrajoli, 2001, 307). Ejemplos como el derecho a contraer matrimonio, el derecho a contratar, el derecho a la libre disposición de los bienes, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a la participación en los

asuntos públicos, el derecho al voto, etc., son muestra de ello. Todo ello implica la protección jurídica de la actuación de los sujetos en el ejercicio de su autonomía.

Así, el derecho de negociación colectiva en su *libertad positiva* significa la protección jurídica de su ejercicio respecto del Estado y de terceros, especialmente, el empleador u otros trabajadores.

La identificación del derecho de negociación colectiva como un derecho-libertad tiene una significancia central para el reconocimiento efectivo de su ejercicio y de los límites que pueda señalar la normativa estatal. El profesor Rodríguez-Piñero lo resume en estos términos: “En cuanto derecho de libertad, los procesos de negociación colectiva y sus resultados no necesitan, para su efectivo ejercicio, una mediación legislativa; antes bien, suponen una limitación a las posibilidades de la regulación legal de la negociación colectiva y del convenio colectivo, así como del establecimiento de otras restricciones a uno y otro por parte de los poderes públicos”. (Rodríguez-Piñero & Bravo Ferrer, 1992, 3) (Sánchez Torres, 1999, 310)

En conclusión, el derecho de negociación colectiva como derecho-libertad significa no solo la ausencia de interferencia del Estado en su ejercicio, sino la posibilidad real de ejercitarlo dentro del marco establecido legalmente y el reconocimiento efectivo de que los sindicatos y/o los trabajadores – titulares del derecho– gozan de la capacidad de ejercitarlo.

### **III. El derecho de negociación colectiva en el ordenamiento constitucional colombiano**

El derecho de negociación colectiva –una de las dimensiones jurídicas de la libertad sindical– se encuentra recogido en el artículo 55 de la Constitución:

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

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

El derecho de negociación colectiva no está incluido en el capítulo I de los derechos fundamentales, sin embargo, esto no menoscaba ni su naturaleza constitucional –en la cúspide normativa– ni su exigibilidad en el ordenamiento nacional. Si bien la Constitución le otorga al legislador la definición de las excepciones su ejercicio por medio de una reserva legal, estas excepciones tienen por límite no violar el contenido esencial del derecho fundamental. Asimismo, se debe tener presente que el texto

constitucional establece como obligación del Estado promover la negociación colectiva, al igual que los demás medios de la solución pacífica de los conflictos laborales. Esta obligación establecida constitucionalmente significa que el Estado colombiano debe levantar los obstáculos legales o subsanar los vacíos legales que impiden el pleno ejercicio del derecho de negociación colectiva en el país.

El derecho a la negociación colectiva recogido en el artículo 55 del texto constitucional es interpretado por el Alto Tribunal como:

[E]l derecho de todos los trabajadores de negociar libre y voluntariamente con sus empleadores las condiciones derivadas en la relación laboral, constituye un elemento esencial de la libertad sindical, en la medida en que sirve de instrumento para alcanzar mejores condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan las organizaciones sindicales. (Corte Constitucional, 2002)

El reconocimiento constitucional del derecho de negociación colectiva colombiana se plasma en términos generales, sin alguna referencia específica a alguna modalidad, sea restrictiva o limitadora. En otras palabras, se puede afirmar que la negociación colectiva sectorial o de rama de actividad forma parte de su contenido.

También la Constitución colombiana establece en el cuarto párrafo del artículo 53 que: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”. De este modo, por mandato constitucional los convenios de la OIT ratificados se incorporan al ordenamiento nacional. Colombia ha ratificado cinco convenios internacionales del trabajo que versan sobre libertad sindical, aunque solo dos bajo el imperio de la Constitución de 1991: el Convenio N°. 11 sobre el derecho de asociación (agricultura) ratificado el 20 de junio de 1933; el Convenio N°. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación ratificado el 16 de noviembre de 1976; el Convenio N°. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva ratificado el 16 de noviembre de 1976; el Convenio N°. 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública ratificado el 8 de diciembre de 2000; y, el Convenio N°. 154 sobre la negociación colectiva ratificado el 8 de diciembre de 2000. A lo largo de estas normas internacionales del trabajo, la protección del ejercicio del derecho de negociación colectiva es uno de sus pilares.

El lugar que ocupan en la pirámide normativa nacional está definida en el artículo 93 de la Constitución al señalar que:

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

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

Así, los referidos convenios internacionales del trabajo sobre libertad sindical ratificados por Colombia prevalecen sobre el orden interno. Como afirma la Corte Constitucional colombiana: “son normas jurídicas principales y obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional, sin necesidad de que una ley posterior los desarrolle en el derecho interno” (Corte Constitucional, 2005). Asimismo, la propia Corte ha precisado el carácter vinculante de las normas internacionales del trabajo y la obligatoriedad de los jueces colombianos en aplicar sus regulaciones en el ordenamiento. (Corte Constitucional, 1992)

La Corte Constitucional colombiana ha interpretado que los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical forman parte del *bloque de constitucionalidad*, con lo que los ubica en la cúspide normativa del ordenamiento colombiano (Corte Constitucional, 1999). A su vez, la Corte Constitucional se ha reservado el rol de identificar las normas internacionales que pertenecen al *bloque de constitucionalidad*, incluyendo a los convenios de la OIT que forman parte del bloque (Corte Constitucional, 2005). En su sentencia T-568 de 1999, el Alto Tribunal colombiano precisó que los Convenios 87 y 98 forman parte del *bloque de constitucionalidad en sentido estricto*, es decir, prevalecen sobre la legislación laboral colombiana, incluyendo el Código Sustantivo de Trabajo. En el caso del Convenio N°. 154 de la OIT sobre la negociación colectiva, la Corte Constitucional lo ubica en el *bloque de constitucionalidad en sentido lato* (Corte Constitucional, 2007, 2008). Respecto a los restantes Convenios Nos. 11 y 151 ratificados por Colombia que no han recibido un pronunciamiento al respecto, podría interpretarse —siguiendo a las sentencias de la Corte Constitucional— que formarían parte del *bloque de constitucionalidad*, en razón que su regulación aborda la libertad sindical.

En resumen, los Convenios 87 y 98 de la OIT gozan de rango constitucional por lo que complementan la regulación de la Constitución de 1991 en materia de libertad sindical, siendo parámetros jurídicos para identificar la inconstitucionalidad de las leyes en tanto forman parte del *bloque de constitucionalidad en sentido estricto*. Los Convenios 11, 151 y 154 de la

OIT se ubican en un rango constitucional al formar parte del *bloque de constitucionalidad en sentido lato*, sirviendo de pauta para la interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Tomando en consideración lo señalado, a lo largo de esta segunda parte nos referiremos constantemente a estos convenios de la OIT, por lo que se debe tener presente el lugar que ocupan en el ordenamiento colombiano, en especial cuando entran en conflicto con el Código Sustantivo de Trabajo (en adelante, CST) o las normas reglamentarias y cuando no exista una regulación estatal expresa sobre determinada materia.

#### **IV. La estructura sindical colombiana**

Aquí interesa conocer el tratamiento normativo colombiano sobre el derecho de constituir una organización sindical en razón a su importancia en el ejercicio del derecho de negociación colectiva, especialmente en la rama de actividad. En este acápite solo nos centramos en sus dimensiones sobre la titularidad de su derecho y el establecimiento el tipo de organización que desean constituir los trabajadores.

El derecho de asociación sindical se encuentra establecido en el artículo 39 de la Constitución dentro del listado de derechos fundamentales:

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

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

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

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

No gozan de derecho de asociación sindical los miembros de la fuerza pública.

La primera dimensión de la constitución de una organización sindical es la titularidad del derecho. El texto constitucional señala que los trabajadores gozan del derecho de constituir una organización sindical sin requerir de

una autorización previa del Estado o de su empleador para ejercitarlo. El artículo 2 del Convenio N°. 87 de la OIT lo recoge en estos términos:

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

De este modo, la norma internacional del trabajo establece que la titularidad del derecho le corresponde a la generalidad de los trabajadores sin ningún tipo de distinción, aunque el propio Convenio N°. 87 reconoce en su artículo 9 la potestad de la legislación nacional en determinar si a las fuerzas armadas y la policía se le aplican las garantías previstas por el Convenio.

El CST establece en su artículo 353 que: “1. (...) los empleadores y los trabajadores tienen el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos; (...) 2. (...) los trabajadores y empleadores, sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes (...)”<sup>6</sup>.

Conforme al artículo 39 de la Constitución y al artículo 353 del CST, todos los trabajadores colombianos tienen el derecho de constituir una organización sindical sin que exista ningún tipo de restricción para su ejercicio, con la salvedad de los miembros de la fuerza pública conforme a la regulación dispuesta por la Constitución.

La segunda dimensión jurídica del derecho de constitución de un sindicato es el ámbito objetivo, es decir el derecho de los trabajadores en establecer el tipo de organización sindical que desean constituir. El mencionado artículo 2 del Convenio N°. 87 lo establece al mencionar que los trabajadores tienen el derecho de constituir la organización sindical que estimen conveniente.

El texto original del artículo 357 del CST colombiano prohibió la existencia de dos o más sindicatos de base en una empresa plasmando la unicidad sindical, es decir, el Estado impone legislativamente que no cabe más que una organización sindical en un determinado ámbito. La Corte

---

<sup>6</sup> El texto original del CST señalaba que el Estado garantizaba el derecho de los trabajadores de asociarse libremente en defensa de sus intereses. Esta regulación sufrió dos modificaciones sustanciales, la primera por la Ley 50 de 1990 y la segunda con la Ley 584 de 2000, siendo esta última la que elimina el intervencionismo estatal en su formulación.

Constitucional declaró inexecutable la unicidad sindical del CST por considerar que:

[A]l continuar con la comparación del artículo 39 de la Constitución, en cuanto que garantiza a todos los trabajadores el derecho de constituir sindicatos, y de las disposiciones del Convenio 87 de la OIT, especialmente en el artículo 2, que dice que todos los trabajadores, sin ninguna distinción, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, se concluye que la prohibición legal de formar sindicatos de base en una misma empresa, cuando ya exista otro, resulta injustificada a la luz de la garantía expresa de la Constitución de 1991<sup>7</sup>. (Corte Constitucional, 2000)

La declaratoria de inconstitucionalidad de la unicidad sindical significa que en el ordenamiento colombiano se consagra la *pluralidad sindical*, es decir, los trabajadores pueden constituir voluntariamente una o más organizaciones sindicales en un determinado ámbito. Si bien la pluralidad sindical no está expresamente recogida en el CST –un vacío legal que debería ser subsanado–, esto no le impide a los trabajadores colombianos constituir un sindicato donde ya existe otro. Esto también significa que puede materializarse una pluralidad de negociaciones colectivas en el mismo nivel de negociación, en tanto cada organización sindical puede ejercitar el derecho, posteriormente esto se profundiza.

El artículo 356 del CST clasifica los sindicatos de trabajadores en:

- a) De empresa, si están formado por individuos de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución;
- b) De industria o por rama de actividad económica, si están formados por individuos que prestan sus servicios en varias empresas de la misma industria o rama de actividad económica;
- c) Gremiales, si están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad, y
- d) De oficios varios, si están formado por trabajadores de diversas profesiones, disimiles o inconexas. Estos últimos sólo pueden formarse en los lugares donde no haya trabajadores de una misma actividad, profesión u oficio en número mínimo requerido para formar uno gremial, y sólo mientras subsista esta circunstancia.

---

<sup>7</sup> Vale resaltar que la Comisión de Expertos de la OIT sostuvo reiteradamente en sus pronunciamientos previo a la sentencia constitucional que la unicidad sindical establecida por el CST era violatorio del artículo 2 del Convenio 87 de la OIT.

Esta clasificación de los tipos de sindicatos no debe ser asumido como taxativo, en tanto no puede impedirse que los trabajadores constituyan su organización sindical bajo otra forma, como un sindicato de grupo de empresa o un sindicato de una localidad geográfica. Los trabajadores son los que definen el tipo de sindicato que consideran conveniente constituir. Lo relevante es que el CST reconoce expresamente a los sindicatos de trabajadores de industria o de rama de actividad económica como una de las modalidades.

Hay que tener en consideración que el tipo de constitución de la organización sindical está estrechamente ligado a la legitimación de la representación en la negociación colectiva conforme a las normas estatales. Si bien no es una correlación mecánica, la organización sindical ejerce su actividad en el ámbito constituido, de modo que un sindicato de empresa se exhiba a nivel de empresa, o un sindicato sectorial lo hace a nivel de la rama de actividad, o un sindicato territorial lo hace a nivel geográfico. De ahí que las normas estatales suelen exigir que la legitimación sindical se materialice en el ámbito donde ejercen su actividad. Sin embargo, no es una correlación mecánica porque la estructura sindical piramidal permite a la organización actuar válidamente tanto en su nivel como en los inferiores, de modo que un sindicato de rama o una federación sindical tenga presencia a nivel de empresa, o un sindicato de empresa en los distintos centros de labores. Esto es fundamental para el ejercicio de la representación legítima en la negociación colectiva.

Además como se resalta, el tipo de organización sindical que se constituye no está sujeta a la clasificación legal. Por ello, en Colombia los trabajadores pueden constituir un sindicato de grupo de empresas, aunque el artículo 356 del CST no mencione esta modalidad. El artículo 2 del Convenio 87 de la OIT que goza de rango constitucional lo señala claramente: los trabajadores tienen el derecho de constituir la organización sindical que estimen conveniente sin autorización previa.

En resumen, los trabajadores colombianos pueden constituir un sindicato de industria o rama de actividad con el requisito de estar conformado con una afiliación mínima de 25 trabajadores.

## **V. La legitimación convencional colombiana**

El artículo 467 del Código señala que la convención colectiva de trabajo es celebrada entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra. Se puede deducir en el caso de la negociación

colectiva de rama que la parte empleadora está representada por una asociación –o gremio– patronal del sector, o por varios empleadores de manera simultánea, en caso de no existir la asociación empresarial, y por la parte laboral está representada por el sindicato de industria o de rama de actividad, o por la federación sindical.

Originalmente el artículo 432 del CST estableció que los negociadores de los trabajadores fuesen tres (3) y debían cumplir una serie de requisitos para cumplir con su rol de negociadores: ser mayores de edad, laborar en la empresa o el establecimiento, contar con una antigüedad de seis meses en la empresa. La Corte Constitucional declaró inexecutable estas regulaciones porque son las propias organizaciones sindicales las que autónomamente deben determinar el número de delegados que los representan ante su empleador y las condiciones que deben reunir para formar parte de ella (Corte Constitucional, 2000). A partir de la sentencia constitucional se permite que las comisiones negociadoras puedan contar con un número suficiente de miembros que facilita su composición en negociaciones donde participa una pluralidad de organizaciones de trabajadores o asociaciones empresariales, esto es especialmente importante para las negociaciones en una rama de actividad o a nivel nacional, porque permite asegurar una amplia representación.

Lo que si exige el artículo 435 del CST es que los negociadores de los pliegos de peticiones cuenten con plenos poderes para celebrar y suscribir en representación de las partes los acuerdos a que lleguen en la etapa de arreglo directo, señalando que éstos no son susceptibles de replanteamientos o modificaciones en etapas posteriores del conflicto colectivo. Así, la regulación colombiana plantea que los representantes con plenos poderes de las partes son los que gozan de la legitimación convencional. Asimismo, el párrafo 2º del artículo 434 establece que los trabajadores pueden ser asesorados en la mesa de negociaciones por dos representantes de la federación o la confederación.

A pesar de lo señalado, un sector de la doctrina colombiana considera que no hay una precisión sobre la representación de la parte empresarial lo que entorpece cualquier negociación distinta a la que se ejercita a nivel de empresa. En palabras del profesor González Herazo:

Aquí la ley, contrario a lo ordenado con los delegados de los trabajadores (art. 432 del CST), no los menciona expresamente y solo el artículo 435, según se desprende de sus términos generales, se refiere a todos los negociadores, tanto a los representantes de los empleadores como a quienes lo hacen en representación de los trabajadores. No existe el problema si se lleva a cabo con un

sindicato de empresa, pues la representación en la negociación está a cargo de los delegados del empleador y son los designados por la respectiva empresa. Pero como en la legislación colombiana –en teoría porque en la práctica esto no sucede–, se permite la negociación entre uno o varios empleadores o asociaciones de empleadores, por una parte, y uno o varios sindicatos (CST. art. 467) o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, en el caso de negociaciones de sindicatos de industrias o por rama de actividad económica y gremiales, no existe disposición alguna que señale cómo están representados los empleadores de estas negociaciones. (...) Sobre la representación de los empleadores podría presentarse un problema más teórico que real, en el caso de que más de un empleador se encuentre involucrado en el conflicto, según la letra del art. 467 del CST. Como en la realidad, esto no se ha presentado aún, no existe solución ni en la ley, ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina de los autores nacionales, precisamente porque nunca ha sucedido. (González Herazo, 2010, 256-257).

En mi opinión, no existe una ausencia de regulación de la legitimación convencional de la parte empleadora en una negociación a nivel de rama, los artículos 435 y 467 son idóneos para una regulación básica. La interpretación que plantea el profesor González Herazo es que el artículo 467 no sería suficiente para identificar a la parte empleadora. Sin embargo, este tipo de regulación es muy similar en las legislaciones de la región que reconocen la negociación sectorial o de rama, donde la identificación de la parte empleadora es definida de manera muy similar a lo señalado por el CST colombiano.

En Uruguay, la Ley del Sistema de Negociación Colectiva (Ley N° 18.566) señala en su artículo 14: “Son sujetos legitimados para negociar y celebrar convenios colectivos un empleador, un grupo de empleadores, una organización o varias organizaciones representativas de empleadores, por una parte, y una o varias organizaciones representativas de los trabajadores, por otra. Cuando exista más de una organización que se atribuya la legitimidad para negociar y no medie acuerdo entre ellas, la legitimación para negociar se reconoce a la organización más representativa, en atención a los criterios de antigüedad, continuidad, independencia y número de afiliados de la organización. En la negociación colectiva de empresa, cuando no exista organización de los trabajadores, la legitimación para negociar recaerá en la organización más representativa de nivel superior”. La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (TUO-LRCT) peruana regula en su artículo 48 la representación de los empleadores en la negociación colectiva. En dicho artículo señala que para las convenciones de rama de actividad o de gremio, la legitimación recae en la organización

representativa de empleadores en la respectiva actividad económica y, de no existir ésta, de los representantes de los empleadores comprendidos. A esto se agrega, que la comisión designada por los empleadores no podrá ser superior en número a la que corresponde a los trabajadores.

La dificultad colombiana es que los gremios empresariales no se caracterizan por su conformación en todas las actividades económicas, de modo que puede producirse que en una rama de actividad económica no exista una asociación empresarial. Sin embargo, el propio artículo 467 resuelve ese supuesto cuando señala que la parte empresarial pueden ser “varios empleadores”, lo que significa que la parte laboral legitimada presenta su pliego de peticiones de manera simultánea a los empleadores del sector. La ausencia de una asociación empresarial de la rama de actividad económica no puede ser un obstáculo legal para el ejercicio de la negociación colectiva en ese nivel.

Un supuesto distinto se produce cuando los empleadores o la asociación empresarial reciben el pliego de peticiones de una negociación colectiva de rama y lo rechazan por considerar que no se encuentran legitimadas para representar a la parte empleadora. Esta controversia es resuelta por el artículo 433 numeral 2 del CST donde atribuye a la autoridad de trabajo la capacidad de sancionar administrativamente al empleador que se niega o eluda iniciar las negociaciones dentro del plazo legal, de este modo se puede evaluar si efectivamente el rechazo tenía una justificación legal. En todo caso, esto nos conduce a la siguiente materia: el deber de negociar en el ordenamiento colombiano.

Finalmente, sirva como ejemplo la legislación argentina que en el artículo 2 de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo (Ley N°. 14.250) señala que en caso de no existir la asociación de empleadores o que la existente no fuere representativa, la autoridad administrativa tiene la potestad de atribuir la representación del sector empleador a un grupo de aquellos.

#### **VI. El procedimiento de la negociación colectiva: el deber de negociar y el deber de negociar de buena fe**

La legislación colombiana regula el procedimiento de la negociación colectiva dentro de los conflictos colectivos de trabajo. La negociación se inicia con la presentación del pliego de peticiones dirigida al empleador, o varios empleadores, o a la asociación empresarial, por el sindicato, o por una delegación de trabajadores, o por una federación sindical.

El artículo 433 del CST establece la obligación de negociar al señalar que el empleador o su representante tienen la obligación de recibir a la delegación

de los trabajadores para iniciar la negociación dentro del día siguiente de la presentación del pliego de peticiones. El mismo artículo establece que el inicio de la negociación no puede diferirse por más de cinco días hábiles a la presentación del pliego. En el caso que el empleador se negase a iniciar el arreglo directo dentro del plazo prescrito será sancionado con una multa. Se trata de una sanción por la violación del deber de negociar. Sin embargo, la sanción debería venir acompañada expresamente con la orden de iniciar la negociación directamente, porque la mera sanción administrativa no resulta suficiente, más aún si el empleador puede recurrir a la vía judicial para oponerse a dicha sanción y prolongar la situación de entorpecimiento a la negociación colectiva.

Algunos autores consideran que esta regulación no materializa el deber de negociar. Por ejemplo, el profesor Gnecco sostiene: “No existe ninguna norma legal que específicamente trate de la obligación de negociar de buena fe y de la obligación de las partes de proporcionar información. Con todo, importa anotar que las organizaciones sindicales disponen de mecanismos generales, como el derecho de petición, a través de los cuales pueden lograr alguna información”. (Gnecco Mendoza, 2015, 204)

El deber de negociar es la obligación de la parte empleadora a que comparezca, responda al pliego e instale la negociación, justamente lo regulado por el mencionado artículo 433 del CST. Asimismo, el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT incluye en su regulación el deber de negociar de buena fe durante la negociación colectiva. Lo que si se debe destacar es que la legislación colombiana no señala que el sindicato o la delegación de los trabajadores no sindicalizados gozan del derecho a la información previa sobre la situación económica de la empresa o de la unidad de negociación. Esta información previa les permitiría elaborar un pliego de peticiones sustentado a la situación real de la empresa facilitando la propia negociación. Una regulación al respecto sería un adecuado fomento a la negociación colectiva en el país.

Merece tenerse presente que el rechazo del pliego de peticiones por la parte empleadora alegando falta de legitimidad convencional por la parte laboral con el objetivo de entorpecer la negociación colectiva, además de materializar un incumplimiento al deber de negociar, constituye una violación de la libertad sindical. Basta recordar los pronunciamientos de los órganos de control al respecto. El Comité de Libertad Sindical precisan que en las negociaciones colectiva de rama: “Los empleadores deberían reconocer a las organizaciones representativas de trabajadores en una industria determinada a los fines de la negociación colectiva”. (Organización Internacional del Trabajo, 2006, 954)

Conforme al artículo 434 del CST la duración de la etapa del arreglo directo es de veinte días calendario pudiéndose prorrogar dicho plazo por otros veinte días adicionales. Al concluir este período sin que las partes hayan arribado a un acuerdo, la norma señala que se debe suscribir un acta final que registre los acuerdos y diferencias existentes. De igual modo, si se arriba a un acuerdo total o parcial, éste se suscribe en una convención colectiva en el caso del sindicato y en un pacto colectivo en el caso de la delegación de trabajadores no sindicalizados (artículo 435). Una copia del acta final se entrega al Ministerio de Trabajo.

El Código Sustantivo de Trabajo contaba con un capítulo sobre Mediación al cual se recurría como un mecanismo alternativo de solución ante el fracaso del arreglo directo. Esta regulación fue derogada por el artículo 116 de la Ley 50 de 1990.

Ante el fracaso de la negociación directa del pliego de peticiones, el primer párrafo del artículo 444 del CST establece que los trabajadores puedan optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

## **VII. La estructura de la negociación colectiva colombiana**

Existe un consenso doctrinario que la mayor debilidad de la normativa colombiana es la falta de normas de organización para estructurar la negociación colectiva (De la Font de León, 2011, 266; Gnecco Mendoza, 2015, 201), más aún con la pluralidad sindical del sistemas de relaciones laborales colombiana y la conformación de una multiplicidad de convenciones colectivas de trabajo concurrentes en distintos niveles. Esta ausencia de normas de organización dificulta el ejercicio de la negociación colectiva, en especial la negociación colectiva de rama.

El artículo 357 del CST declarado inconstitucional por las sentencias C-567/00 y C063/08, respectivamente, prohibía la coexistencia de dos o más sindicatos en la misma empresa (numeral 1); así como la preferencia del sindicato más representativo en la negociación colectiva de empresa ante la concurrencia de un sindicato de empresa con un sindicato gremial o de industria (numeral 2); y en el supuesto de ausencia de un sindicato que agrupe a la mayoría de los trabajadores, la representación le correspondía a todos ellos (numeral 3). La derogada norma estableció la unicidad sindical, el sindicato más representativo en función al mayor número de afiliados, la preferencia de la negociación colectiva a nivel de empresa sobre las demás.

La inconstitucionalidad del artículo 357 supuso la derogación de la unicidad sindical y su reemplazo por la pluralidad sindical. De este modo,

puede existir una multiplicidad de organizaciones sindicales en la misma empresa, en la misma rama de actividad, etc., donde cada una de ellas puede presentar su pliego de peticiones y si culminan con un acuerdo la posibilidad de la concurrencia de convenciones colectivas en el mismo nivel. Lo señala claramente el profesor Gnecco en estos términos:

En materia de negociación colectiva, existe plena autonomía porque todo sindicato de trabajadores, independientemente de su naturaleza y del número de afiliados que tenga, está facultado para presentar un pliego de peticiones, adelantar el proceso de negociación y, en consecuencia, suscribir una convención colectiva de trabajo. Anteriormente, cuando en una empresa hubiere un sindicato mayoritario tenía la representación de los demás para efectos de la negociación colectiva, pero las normas legales que así lo disponían fueron expulsadas del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional, por ir en contra de la Constitución Política (Gnecco Mendoza, 2015, 202)

Si bien es clara la derogación del artículo 357, se sostiene que su reglamentación establecida en el Decreto 904 de 1951 se mantiene vigente, muestra de ello es que en distintas ediciones que compilan el CST y sus normas reglamentarias se le sigue incluyendo (Gamboa Jiménez, 2014, 715). El referido Decreto 904 establece en su primer artículo que: “No pueden existir más de una convención colectiva de trabajo en cada empresa. Si de hecho existieren varias vigentes, se entenderá que la fecha de la primera es la de la convención única para todos los efectos legales. Las posteriores convenciones que se hubieren firmado se considerarán incorporadas en la primera, salvo estipulación en contrario”. En abono a la interpretación de que el referido Decreto está vigente se recurre a la propia sentencia C063-08 que deroga el numeral 2 del artículo 357, porque el Alto Tribunal analiza el Decreto sin mencionar en su parte resolutive la derogación (Corte Constitucional, 2008). Sin embargo, este argumento conduciría a postular que la inconstitucionalidad de la norma principal no conduce a la derogatoria de su reglamento. Asimismo, dejaría de lado uno de los argumentos principales de la propia sentencia:

Cabe recordar, que si bien el derecho de sindicación y el de negociación colectiva son cuestiones diferenciadas, pudiendo admitir éste último restricciones, de conformidad con lo previsto en la Constitución, art. 55 y el Convenio 98 de la OIT., 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.

En mi opinión, la sentencia constitucional que declara inexecutable el artículo 357 numeral 2 del CST trae como consecuencia la derogación tácita del Decreto 904 de 1951, con lo que no puede considerarse como una norma de organización de la estructura de la negociación colectiva colombiana.

Recientemente se ha dictado el Decreto 089 de 2014 que reglamenta los numerales 2 y 3 del artículo 374 del CST, donde se estipula la presentación de pliego de peticiones. Conforme al artículo 1 del Decreto 089:

Cuando en una misma empresa existan varios sindicatos, éstos, en ejercicio del principio de la autonomía sindical, podrán decidir, comparecer a la negociación colectiva con un solo pliego de peticiones, e integrar conjuntamente la comisión negociadora sindical.

Si no hubiere acuerdo, la comisión negociadora sindical se entenderá integrada en forma objetivamente proporcional al número de sus afiliados y los diversos pliegos se negociarán en una sola mesa de negociaciones para la solución del conflicto, estando todos los sindicatos representados en el procedimiento de negociación y en la suscripción de la convención colectiva. Los sindicatos con menor grado de representatividad proporcional al número de sus afiliados, tendrán representación y formarán parte de la comisión negociadora.

El Decreto 089 de 2014 puede resultar controversial en algunos aspectos de su regulación. En primer lugar, la norma parte de reconocer que cada organización sindical está legitimada para emprender una negociación colectiva en la misma empresa, lo que ahonda sobre la derogación del Decreto 904 que lo prohibía. En segundo lugar, es una norma dispositiva que señala la regla de representatividad de las organizaciones sindicales que implementen una negociación conjunta con su empleador. Esto significa que las organizaciones sindicales gozan de la autonomía en decidir si implementan la negociación de manera conjunta. Esto ni viene impuesta por el Decreto ni justifica que el empleador rechace la concurrencia de pliego de peticiones. En tercer lugar, ante la falta de acuerdo entre las organizaciones sindicales sobre su distribución en la comisión negociadora, el Decreto señala que estará integrada proporcionalmente al número de afiliados, asegurando que los sindicatos minoritarios tienen asegurada su representación en la comisión negociadora. El tema controversial es que se podría interpretar por la redacción del Decreto que la falta de acuerdo se refiere a la implementación de una negociación conjunta, por lo que la

norma reglamentaria lo impone. Sin embargo, esta interpretación sería contradictoria por lo formulado en las sentencias constitucionales reseñadas, extralimitaría lo establecido en el CST luego de la derogación del artículo 357 y estaría en oposición a la redacción del primer párrafo del artículo donde reconoce la titularidad del derecho de negociación colectiva a todas las organizaciones sindicales. Una negociación conjunta impuesta por el Decreto violaría el derecho de negociación colectiva.

Lo sustancial del Decreto 089 de 2014 es que formula normas de organización dispositivas de la estructura de negociación colectiva a nivel de empresa, donde el número de afiliados es un criterio objetivo para determinar al sindicato más representativo, aunque esto no significa que se le otorgue preferencia en la negociación ni se impida la negociación de los sindicatos minoritarios, con la excepción de los artículos 471 y 472 del CST, que posteriormente se analiza.

En todo caso, lo sustancial es que ante la concurrencia de convenciones colectivas de trabajo a nivel de empresa se desprende, conforme a la regulación del CST, que la convención se aplica en la unidad de negociación dispuesta por ella y a los trabajadores representados en la comisión negociadora. De modo que cada sindicato de empresa con su convención colectiva de trabajo suscrita con el empleador le resulta aplicable a sus afiliados.

El problema jurídico se produce cuando el trabajador se encuentra afiliado simultáneamente a sindicatos de la misma empresa que tienen convenciones colectivas de trabajo vigente. Tengamos presente que el artículo 360 del CST que prohibía a un trabajador ser miembro a la vez de varios sindicatos de la misma clase o actividad fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional (2000), de modo que existe dicha posibilidad legal.

Esta situación jurídica fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia en el caso de un trabajador de ECOPETROL en los siguientes términos:

Por tanto, aun cuando es viable jurídicamente que un trabajador puede ser parte de varios sindicatos, en caso de que existan diversas convenciones colectivas suscritas por las organizaciones que integra, y de las cuales un mismo trabajador sea beneficiario de todas ellas, ello no significa que pueda aprovecharse simultáneamente de cada una, pues la libertad sindical debe entenderse para tales efectos, como que el asalariado debe escoger entre los distintos convenios aquel que mejor le convenga a sus intereses económicos, ello con el

fin de evitar que el trabajador reciba duplicidad o más beneficios convencionales. (Corte Suprema de Justicia, 2009)

Si bien la sentencia de la Corte Suprema de Justicia solo es obligatoria para el caso, asienta un criterio desde el Organismo Judicial colombiano para similares procesos: el trabajador debe seleccionar la convención colectiva de trabajo que se le aplica, debemos entender que el íntegro de la norma convencional y no solo una de sus regulaciones.

El CST no regula la eventualidad de una concurrencia de convenciones colectivas de trabajo proveniente de distintos niveles, justamente una de las materiales centrales del Estudio.

La primera interrogante es si el vacío legislativo impide el ejercicio de la negociación colectiva en niveles superiores a la empresa. Esto es importante tenerlo presente porque desde ciertos sectores se apunta que ante la falta de regulación no es posible ejercerlo<sup>8</sup>.

En principio, el artículo 5 del Convenio 154 de la OIT señala que “la negociación no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas”, con lo que la premisa es que la falta de regulación no puede ser un obstáculo para el ejercicio de la negociación colectiva. En el mismo artículo 5 del Convenio otorga potestad a las partes para el establecimiento de reglas de procedimiento en tanto sean convenidas por las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de trabajadores como un medio de fomento a la negociación colectiva. Por ello, las organizaciones sindicales y los gremios empresariales colombianos pueden establecer las normas de organización que resuelvan la concurrencia conflictiva de convenciones colectivas de trabajo mientras el legislador colombiano subsana este vacío en el CST. Aunque esto requiere la voluntad de ambas partes para alcanzarlo, mientras esto no se logre el vacío legal se mantiene.

El Decreto 160 de 2014 que regula la negociación colectiva en el sector público establece una serie de normas de organización que articula los acuerdos colectivos. Se trata de una pauta que puede ser adoptada en el sector privado.

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, Luis Carlos Villegas Echeverri, como presidente de la Asociación Nacional de Industriales (ANDI) sostuvo en la revista institucional que existen razones de conveniencia y jurídicas para objetar la negociación de industria. (González Herazo, 2010, 269).

La legislación laboral comparada puede servir de pauta para la solución de esta controversia. El artículo 15 de la Ley de Sistema de Negociación Colectiva uruguaya lo resuelve de este modo: “Las partes podrán negociar por rama o sector de actividad, empresa, establecimiento o cualquier otro nivel que estimen oportuno. La negociación en los niveles inferiores no podrá disminuir los mínimos adoptados en los convenios colectivos de nivel superior, salvo lo dispuesto en el Consejo de Salarios respectivo”. La legislación uruguaya recoge una articulación donde el convenio colectivo de nivel superior establece el mínimo de derechos que puede ser mejorado de manera suplementaria por el convenio de nivel inferior. Esto significa que no hay una distribución de materias entre las unidades de negociación, ni tampoco está prohibido que el convenio de nivel inferior desarrolle cualquier materia siempre que su regulación supere al convenio de nivel superior, en caso contrario prevalece el convenio de nivel superior.

El modelo argentino es más complejo en la articulación de los convenios colectivos. En la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo se establece en los dos primeros párrafos de su artículo 18 que: “Los convenios colectivos de ámbito mayor podrán establecer formas de articulación entre unidades de negociación de ámbitos diferentes, ajustándose las partes a sus respectivas facultades de representación. Dichos convenios podrán determinar sus materias propias y hacer remisión expresa en las materias a negociar en los convenios del ámbito menor”. La opción del legislador argentino es otorgar la potestad a que las propias partes que celebran el convenio colectivo de nivel superior estipulen la regulación de su articulación con los convenios de nivel inferior. Asimismo, pueden distribuir las materias negociables entre los niveles y eventualmente una relación complementaria entre los convenios. En el mismo artículo 18 se establece que: “Los convenios de ámbito menor, en caso de existir un convenio de ámbito mayor que los comprenda, podrán considerar: a) Materias delegadas por el convenio de ámbito mayor. b) Materias no tratadas por el de ámbito mayor. c) Materias propias de la organización de la empresa. d) Condiciones más favorables al trabajador”. Esta regulación se plantea en el supuesto que no exista una regulación establecida desde el convenio de nivel superior sobre su articulación con los convenios de nivel inferior. Finalmente, el artículo 19 señala: “Queda establecido el siguiente orden de prelación de normas: a) Un convenio colectivo posterior puede modificar a un convenio colectivo anterior de igual ámbito. b) Un convenio posterior de ámbito distinto, mayor o menor, modifica al convenio anterior en tanto establezca condiciones más favorables para el trabajador. A tal fin, la comparación de ambos convenios deberá ser efectuada por instituciones”. La ley argentina establece una jerarquía entre los diversos niveles de la estructura de negociación colectiva, de modo que las normas de organización señaladas

en el artículo 19 resuelven las concurrencias conflictivas de convenios colectivos.

En el caso peruano, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo resuelve la concurrencia de convenios colectivos de distintos niveles en los últimos dos párrafos del artículo 45: “Las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una. En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad. Podrán negociarse a nivel de empresa las materias no tratadas en una convención a nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa”. El legislador peruano señala que las partes pueden distribuir las materias que son competencia o reparto competencial entre los niveles de negociación. En caso que no exista esa distribución, opta por la aplicación del principio de norma más favorable en el caso de concurrencia conflictiva de convenios colectivos. Finalmente, el convenio colectivo de empresa puede regular todo aquello no desarrollado en el convenio de nivel superior, así como reglamentar lo establecido, dando forma a una relación de complementariedad.

Estas opciones legislativas son criterios que puede recurrir el legislador colombiano o las partes laboral y empresarial en la convención colectiva de nivel de rama para articular la concurrencia de las normas convencionales. En los sistemas de relaciones laborales que no disponen de normas de organización se identifican como estructuras anómicas de negociación colectiva, este es el caso colombiano. El profesor Valdés Dal-Ré lo describe de este modo:

En el modelo anómico o de «contratación no vinculada», los niveles de negociación ni son interdependientes ni están coordinados entre sí. Cada unidad de contratación actúa como un centro de producción jurídica encerrado en sí mismo, practica fórmulas de «autismo» contractual, erigiéndose en un microcosmos normativo «autosuficiente». Los niveles de negociación inferiores no integran o complementan los contenidos establecidos en el superior. Y tampoco aceptan como propios el reparto de materias operado por éste, pudiendo convenir libremente sobre todas las cuestiones, incluidas las que ya han sido tratadas en los escalones más elevados (Valdés Dar-ré, 2012, 254-255).

Debemos resaltar que estas estructuras no impiden la negociación colectiva en distintos niveles sino que en caso de concurrencia conflictiva de las convenciones colectivas de trabajo le corresponde al organismo judicial dilucidarlo, en tanto no se materialice las normas de organización de la

estructura de la negociación colectiva. Inclusive, el juez colombiano puede apoyarse en una integración analógica<sup>9</sup> del Decreto 160 de 2014 para resolver la concurrencia conflictiva de convenciones colectivas en el sector privado.

Hay que tener presente que el derecho de negociación colectiva colombiano es un derecho-libertad, por lo que al no existir ninguna prohibición normativa sobre el ejercicio de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad económica o industria, no puede impedirse su ejercicio. Inclusive, cualquier prohibición de este tipo o entorpecimiento –ya sea de la autoridad estatal o de alguna de las partes de la negociación– sería una violación del contenido esencial del derecho de negociación colectiva.

### **VIII. La extensión de la convención colectiva colombiana**

Los efectos de la convención colectiva aluden a las consecuencias que provocan sus cláusulas sobre las relaciones de trabajo dentro de su ámbito de aplicación. La Recomendación N°. 91 de la OIT sobre los contratos colectivos<sup>10</sup> le reconoce en su tercera disposición los siguientes efectos. En primer lugar, el contrato colectivo obliga a los firmantes, a las personas en cuyo nombre se celebra, por lo que los empleadores y los trabajadores no deben estipular en los contratos de trabajo disposiciones contrarias a las del contrato colectivo. En segundo lugar, las disposiciones de los contratos de trabajo contrarios a los contratos colectivos deben ser consideradas como nulas y deben sustituirse de oficio por las disposiciones correspondientes del contrato colectivo. En tercer lugar, las disposiciones de los contratos de trabajo que sean más favorables para los trabajadores que las previstas por el contrato colectivo no deberían considerarse contrarias al contrato colectivo.

La Corte Constitucional reconoce que la convención colectiva tiene dos elementos: normativo y obligacional. El elemento normativo consiste en la vocación de permanencia de sus disposiciones al estar instituidas para regular las relaciones de trabajo individual en la empresa, es decir regular los contratos individuales de trabajo. Estas cláusulas constituyen derecho objetivo, se incorporan al contenido mismo de los contratos de trabajo, por

---

<sup>9</sup> “La analogía es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que se considere el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia”. (Rubio Correa, 2009, 264)

<sup>10</sup> Debe entenderse que cuando la Recomendación 91 se refiere a los contratos colectivos debe extenderse a la denominación nacional que utilice la legislación nacional. En el caso colombiano son las convenciones colectivas de trabajo.

lo que contienen las obligaciones concretas del empleador frente a cada trabajador y a la generalidad de los trabajadores. Por ejemplo, las que fijan la jornada de trabajo, los descansos, los salarios, las prestaciones sociales, etc. El elemento obligacional está compuesto por las cláusulas que señalan deberes u obligaciones recíprocas entre las partes con la finalidad de asegurar su efectividad. Por ejemplo, las cláusulas que establecen las comisiones o tribunales de conciliación y arbitraje, las sanciones por las violación de las estipulaciones que constituyen la parte normativa, los mecanismos para garantizar la libertad sindical. (Corte Constitucional, 2003)

Los artículos 470, 471 y 472 del CST regulan el ámbito de aplicación y la extensión de la convención colectiva de trabajo. Su ámbito de aplicación cubre a los miembros del sindicato que lo haya celebrado y a quienes se adhieran a la convención colectiva o ingresen posteriormente al sindicato. Si el número de afiliados del sindicato que celebra la convención colectiva supera a la tercera parte del total de trabajadores de la empresa, la convención se extiende a ellos aunque no se encuentren sindicalizados. También la extensión se produce cuando el número de afiliados al sindicato llega a superar la tercera parte de los trabajadores con posterioridad a la firma de la Convención. Finalmente, el Gobierno puede extender una convención colectiva cuando comprenda más de las dos terceras partes de una rama industrial en una determinada región económica a las demás empresas de la misma industria de esa región, que sean de igual o semejante capacidad técnica y económica. Esta extensión por acto gubernamental se produce siempre que en dichas empresas no existan convenciones que consagren mejores condiciones para los trabajadores. Esta regulación revela el interés del sistema de relaciones laborales colombiano por asegurar que la mayoría de los trabajadores vean reguladas sus condiciones de trabajo y de empleo por medio de una norma convencional.

La jurisprudencia laboral ha precisado estas regulaciones en sus sentencias. Así la Corte Suprema interpreta que la ley autoriza la no aplicación de la convención colectiva de trabajo a dependientes de una misma empresa cuando las condiciones económicas de la zona no son similares entre la principal y la filial o subsidiaria, aún dentro del territorio nacional (Corte Suprema de Justicia, 2000). De igual modo, sostiene que las partes en una convención colectiva tienen libertad para negociar libremente a cuáles personas se va aplicar el mismo. Pueden las partes pactar la exclusión de algún tipo de trabajador sin que con ello se esté violando las normas sobre extensión de la convención a terceros ya que dicha exclusión proviene de la voluntad expresa de las partes (Corte Suprema de Justicia, 1999). Asimismo, las convenciones colectivas se

extienden a todos los trabajadores, independientemente que sean o no sindicalizados, salvo que alguno o algunos no sindicalizados hubiesen renunciado expresamente a los beneficios del acuerdo (Corte Suprema de Justicia, 2004).

Lo que se cuestionó de la regulación del CST es el parámetro de superar la tercera parte de los trabajadores de la empresa para aplicar la convención colectiva al íntegro del personal. La Corte Constitucional declaró exequible el artículo 470 del CST sosteniendo que con ello se protege la libertad sindical negativa, es decir el derecho de no afiliación de los trabajadores. Según el Alto Tribunal, si la mayoría de los trabajadores de una empresa no ha decidido sindicalizarse, ese derecho debe protegerse y una de sus protecciones consiste que el acuerdo suscrito entre el empleador y el sindicato no se les aplique. Además, los trabajadores no sindicalizados cuentan con un mecanismo de negociación para regir las relaciones de trabajo con su empleador que es el pacto colectivo. Finalmente, argumenta la Corte, que extender la convención colectiva significa desconocer que la mayoría de los trabajadores no son sindicalizados, por lo que sus intereses no son representados por el sindicato negociador del acuerdo (Corte Constitucional, 1996).

Aunque los argumentos de la Corte son plausibles para defender el parámetro establecido por la ley. Sin embargo, su interpretación conduciría a sostener que no cabe la extensión de la convención colectiva mientras el sindicato negociador no representase a la mayoría de los trabajadores de la unidad de negociación, por lo que el parámetro de superar la tercera parte de los trabajadores inclusive estaría por debajo de su criterio.

#### **IX. Las convenciones colectivas de trabajo a nivel de rama en Colombia**

A pesar de las deficiencias normativas identificadas para el ejercicio de la negociación colectiva de rama de actividad en Colombia, los actores sociales han logrado convenciones colectivas en ese nivel, lo que resulta siendo el mejor ejemplo de su viabilidad en el país, aunque esto no debe restar la importancia que el legislador colombiano enfrente la obligación de fomentar la negociación colectiva como le exige el texto constitucional y los Convenios de la OIT ratificados por el país.

En cuatro sectores se han alcanzado convenciones colectivas de rama de actividad: educación pública, bananero, eléctrico y la administración pública.

En el caso de la educación pública, la Federación Colombiana de Trabajadores de la Educación Colombiana (FECODE) y el gobierno central celebran acuerdos colectivos que regulan las condiciones de trabajo y de empleo para los docentes nacionales. Un buen ejemplo es el último acuerdo celebrado el 7 de mayo de 2015.

El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Agropecuaria (SINTRAINAGRO) negocia regularmente con el gremio de los productores bananeros logrando convenciones colectivas de trabajo para el sector, sin que se ponga en cuestión la legitimidad convencional de la parte laboral y empresarial en el proceso de negociación.

El Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia (SINTRAELECOL) celebra desde 1992 los acuerdos marco sectoriales —es la denominación de las convenciones colectivas de trabajo en el sector eléctrico— con las empresas públicas y privadas del sector.

Finalmente, en el sector público se ha iniciado un proceso de negociaciones colectivas en distintas esferas estatales respaldadas por las normas dictadas en los últimos años, en especial con el mencionado Decreto 160 de 2014.

Estos cuatro ejemplos resumidos retratan la negociación colectiva de rama de actividad colombiana, si bien son pocos, evidencian que no existe un impedimento normativo que impide su materialización. Los ejemplos se reproducen tanto en la actividad privada como en el sector público.

## **X. Conclusiones**

El derecho de negociación colectiva colombiano se encuentra recogido en la Constitución y en Convenios de la OIT sobre libertad sindical ratificados por el país que forman parte del *bloque de constitucionalidad*. No hay ninguna restricción constitucional o internacional al ejercicio de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad, por el contrario existe la obligación del Estado colombiano en fomentar la negociación colectiva.

El derecho de negociación colectiva es un derecho-libertad con lo que su ejercicio no requiere de una norma estatal para implementarlo, solo existe la obligación de respetar el ordenamiento colombiano que no signifique la violación del contenido esencial del derecho constitucional. Si bien las lagunas normativas no impiden su ejercicio, lo entorpecen ante la ausencia de garantías, más aún en relaciones laborales donde los actores sociales se caracterizan por judicializar sus conflictos. Esto se traduce en un escenario paralizante donde se afirma que la ausencia de norma estatal significa la

inexistencia del derecho, negando en la práctica su naturaleza de derecho-libertad.

La estructura de la negociación colectiva colombiana se caracteriza por carecer de normas de organización que resuelvan la concurrencia de convenciones colectivas de trabajo provenientes de distintos niveles, constituyendo una estructura anómica que le otorga un protagonismo central al organismo judicial en vez de las propias partes laboral y empresarial. Les corresponde a los jueces resolver los eventuales conflictos que se presenten por la concurrencia de las convenciones colectivas. Tanto el texto constitucional y las normas internacionales del trabajo vinculantes le permiten a los actores sociales definir la estructura de la negociación colectiva. Sin embargo, la resistencia de la parte empresarial colombiana vienen impidiendo materializar esa potestad, prefiriendo mantener la laguna normativa que entorpece la negociación a nivel de rama y de este modo socavar su ejercicio.

La Corte Constitucional declara inconstitucional la unicidad sindical impuesta por el CST, con lo que la pluralidad sindical rige las relaciones laborales del país. Esto asegura que los trabajadores constituyan las organizaciones sindicales que estimen conveniente dentro de las empresas, los sectores económicos, etc. Esto unido a que el CST exige un número mínimo de 25 trabajadores para constituir un sindicato de industria, permitiendo que esta modalidad sindical se vuelva la predominante dada las ventajas de cobertura que goza ante la atomización de las unidades empresariales colombianas.

La titularidad del derecho de negociación colectiva le corresponde tanto a los trabajadores y sus organizaciones de la parte laboral, como a la empresa y las organizaciones empresariales de la parte empresarial. La legitimidad convencional les corresponde a los representantes de las partes laboral y empresarial que gocen de la potestad de suscribir la convención colectiva. Es errónea el planteamiento que considera que la normativa vigente impide establecer la representación de la parte empleadora a nivel de rama de actividad, la norma internacional del trabajo y el CST lo atribuyen a las asociaciones empresariales, ante su inexistencia a “varios empleadores”, es decir al colectivo de empresarios del sector.

La legitimación convencional de la parte laboral significa que la asociación de empleadores o del colectivo de empleadores no puede rechazar el pliego de peticiones o entorpecer la instalación de la mesa de negociación, conforme lo regula el CST. Un rechazo que entorpezca la negociación aludiendo a la falta de representación de la parte laboral significa una violación al deber de negociar dispuesto en la normativa colombiana e

inclusive se considera una violación a la libertad sindical, según los órganos de control de la OIT.

La mencionada pluralidad sindical y su plasmación en el ámbito de la negociación colectiva trae como consecuencia que cada organización sindical goza del derecho de presentar su pliego de peticiones al empleador, aunque esto signifique que se materialicen más de una convención colectiva a nivel de empresa o de rama. Lo que la normativa colombiana privilegia en el sector privado es la conformación de comisiones de negociación integrada proporcionalmente por los representantes de los distintos sindicatos de la empresa conforme a su número de afiliados. Sin embargo, no impone que el sindicato minoritario negocie singularmente con su empleador su propia convención.

Una de las pocas normas de organización de la estructura de la negociación colectiva colombiana existente resuelve la concurrencia de convenciones colectivas a nivel de empresa, señalando que se aplica la convención a los trabajadores que son representados en la mesa de negociación. En el caso de un trabajador que se encuentra afiliado a varios sindicatos de la misma empresa que tienen convenciones vigentes, la Corte Suprema ha resuelto que el trabajador debe seleccionar la convención colectiva de trabajo que se le aplica.

La extensión de la convención colectiva a nivel de empresa cuando la parte laboral representa más de la tercera parte de los trabajadores no significa que están impedidos de negociar el sindicato minoritario en ese nivel. La extensión solo se produciría sobre los trabajadores no sindicalizados o si el sindicato minoritario no ejercita su derecho a la negociación colectiva. Cabe también la adhesión del convenio establecido por el CST. En cambio la extensión administrativa de la convención colectiva a nivel de rama dispuesto por el CST, en el caso que la parte laboral represente a 2/3 de los trabajadores, debería ser solicitado por una de las partes.

Dada la ausencia de una norma de organización que resuelva la concurrencia de convenciones colectivas de distinto nivel, se recomendaría que la convención colectiva de rama estableciese la regulación, ya sea optando por una negociación articulada que distribuye las materias entre los niveles de negociación, o comparta entre los niveles el contenido de las materias que se negocian (relación de complementariedad), o que la convención de empresa pueda otorgar mejores derechos a los mínimos establecidos en el convenio de rama (relación de suplementariedad). Otra opción es adoptar las normas de organización dispuesta por el Decreto 160 de 2014 para el sector público.

La breve reseña de las convenciones colectivas de la FECODE y SINTRAINAGRO, los acuerdos marco sectoriales de SINTRAELECOL y los acuerdos colectivos que se vienen suscribiendo en el sector público, son la mejor evidencia de la viabilidad de las negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad, aunque esto no debe ocultar las dificultades legales existentes para su pleno ejercicio. El Estado colombiano tiene la obligación constitucional e internacional de fomentar la negociación colectiva, por lo que el legislador colombiano debe implementar una reforma al CST que permita superar los obstáculos mencionados.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Ed.) Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Beneyto, P., & Orsati, Á. (2013). Análisis cuantitativos coparados. En *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación en América Latina y el Caribe* (pág. 57). Sao Paulo, Brasil: Confederación Sindical de las Américas.
- Silva Romero, M. (1996). La juricidad de la negociación de los sindicatos de industria. *Revista Atualidad Laboral* (75), 4-10.
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., & García Murcia, J. (2009). Derecho al trabajo. Madrid, España: Tecnos.
- Valdés Dar-ré, F. (2012). *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*. Granada, España: Comares.
- Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. (2000). *La negociación colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Berlin, I. (2001). *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. (Á. Rivero Rodríguez, Trad.) Madrid, España: Alianza.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. (P. A. Rincón, Trad.) Madrid, España: Tecnos.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Ed.) Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. (A. R. Perfecto Adnés Ibañez, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- Rodríguez-Piñero, & Bravo-Ferrer, M. (1992). La negociación colectiva como derecho de libertad y garantía institucional. *Relaciones laborales* (7), 3.
- González Herazo, E. R. (2010). *La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia*. Bogotá: Doctrina y ley.
- Gnecco Mendoza, G. (2015). Las relaciones colectivas del trabajo en

- Colombia. En C. Mangarelli, T. Sala Franco, & F. Tapia Guerrero, *Las relaciones laborales colectivas en América Latina y España* (pág. 204). Valencia, España: Tirani lo Blanch.
- Organización Internacional del Trabajo. (2006). *La libertad sindical. Recopliación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de la OIT*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- De la Font de León, F. (2011). *Modelo jurídico sindical colombiano*. Bogotá: Universidad Libre.
- Rubio Correa, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sánchez Torres, E. (1999). *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*. Madrid, España: Consejo Económico y Social.