

# RELATS

## NORMAS Y POLÍTICAS LABORALES Y SOCIALES

### COLOMBIA: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SECTORIAL O POR RAMA DE ACTIVIDAD

Miguel F. Canessa Montejo<sup>1</sup>

**Documento preparado para el Foro Negociación Colectiva por rama de actividad  
de la CUT, Central Unitaria de Trabajadores por pedido de OIT-ACTRAV**

**2015**

#### 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>2</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%)<sup>3</sup>.

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.

---

<sup>1</sup> Abogado y Sociólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de la Maestría de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Profesor Visitante de la Universidad Externado de Colombia.

<sup>2</sup> La densidad negocial es el indicador que mide la cobertura de la negociación colectiva entre los trabajadores asalariados.

<sup>3</sup> BENEYTO, Pere y ORSATTI, Álvaro (2013). “Análisis cuantitativos comparados”. En: *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y el Caribe*. Sao Paulo: Confederación Sindical de las Américas, p. 57.

Estos pobres resultados de las negociaciones colectivas en la región condujeron a la CSA postular como objetivo estratégico la promoción de la negociación colectiva sectorial o de rama entre sus organizaciones afiliadas:

Este es un aspecto central para modificar el cuadro general de la región, que presenta actualmente una amplia mayoría de casos nacionales con negociaciones limitadas al nivel de la empresa (...). Debería promoverse, atendiendo a las especificidades nacionales, una diversidad de ámbitos para la negociación, además de la empresa: nivel sectorial/ rama de actividad, intersectorial (bi o tripartita), territorial (provincial, regional y sus combinaciones, interprovincial, interregional) e interconfederal, llegando a acuerdos marco con participación estatal. Obviamente, este es un esquema de máxima, en la que el ámbito indispensable es el primero (sectorial). El convenio sectorial y el territorial deben ser el referente en la ordenación de la estructura de la negociación colectiva<sup>4</sup>.

Asimismo, las centrales sindicales nacionales han venido adoptando similar objetivo, ejemplo de ello es la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (en adelante, CUT) que lo viene postulando: “Tanto los dirigentes sindicales como los trabajadores sindicalizados manifiestan que la organización sindical debe fortalecerse a partir del sindicato de industria. Para tal efecto, el V Congreso de la CUT en el año 2006, propuso como política de la central obrera dar prioridad a la construcción de 17 sindicatos por rama de actividad, como uno de los principales objetivos de la organización sindical”<sup>5</sup>.

Sin embargo, 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 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 Estudio 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 estudio: evaluar la situación colombiana sobre esta materia dentro de una propuesta sindical que materialice la negociación colectiva de rama en el país.

Para ello el Estudio se estructura en dos secciones. En primer lugar, elaborar un marco teórico de la negociación colectiva sectorial o de rama de actividad que identifique el contenido esencial del derecho y sus elementos constitutivos, así nos sirve de parámetro jurídico para compararlo con la regulación nacional. En otras palabras, el marco teórico se convierte en el instrumento de validación del

---

<sup>4</sup> CONFEDERACIÓN SINDICAL DE LAS AMÉRICAS (2013). “CSA: propuesta estratégica”. En: *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y el Caribe*. Sao Paulo: Confederación Sindical de las Américas, p. 28.

<sup>5</sup> DE LA FONT DE LEÓN, Francisco Rafael Ostau (2011). *Modelo jurídico sindical colombiano*. Bogotá: Universidad Libre, p. 279.

ordenamiento en tanto sea acorde a él. En segundo lugar, analizar la regulación laboral colombiana sobre la negociación colectiva, en especial la de rama de actividad, planteando alternativas jurídicas y sindicales que permitan el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva en este nivel. En esta sección nos apoyaremos en las legislaciones de Argentina, Uruguay y Perú, en tanto son los países que han desarrollado normativamente esta materia, por lo que pueden aportar desde su regulación propuestas ante los eventuales vacíos o dificultades que se identifiquen en la legislación colombiana. Al final de esta sección presentamos las conclusiones del Estudio a manera de reflexión final.

Por su naturaleza el Estudio se centra en la negociación colectiva sectorial o de rama de actividad, por lo que los temas que se abordan están en función a este nivel de negociación dejando de lado otros aspectos generales del propio derecho de negociación colectiva. Asimismo, el Estudio se enfoca en los ítems normativos más que en la práctica sindical de las negociaciones. Finalmente, se utiliza indistintamente los términos negociación colectiva sectorial, o de rama de actividad, o de industria, para referirnos a nuestro objeto de investigación.

## **Primera Parte: El marco teórico de la negociación colectiva sectorial o de rama**

### **1. 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>6</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).

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<sup>7</sup>. 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–<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo en su numeral 2 inciso a) lo señala.

<sup>7</sup> Vid. MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y Joaquín GARCÍA MURCIA (2009). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 18ª. Edición, p. 337-338.

<sup>8</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (2012). *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*. Granada: Editorial Comares, p. 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.<sup>9</sup>

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<sup>10</sup>, mientras que la *libertad positiva* es la capacidad del individuo en dirigir su propia vida<sup>11</sup>. 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”<sup>12</sup>. 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

<sup>9</sup> Vid. GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y Horacio GUIDO (2000). *La Negociación Colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 23-24.

<sup>10</sup> Vid. BERLIN, Isaiah (2001). *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid: Alianza Editorial, trad. de Ángel Rivero Rodríguez, p. 54.

<sup>11</sup> Ídem, p. 60.

<sup>12</sup> Vid. BOBBIO, Norberto (1993). *Igualdad y Libertad*. Madrid: Editorial Paidós, trad. de Pedro Aragón Rincón, p. 97.

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<sup>13</sup>.

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”<sup>14</sup>.

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,

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, trad. de Ernesto Garzón Valdés, p. 226.

<sup>14</sup> BOBBIO (1993). Óp. Cit., p. 100-101.

mediante actos jurídicos potestativos<sup>15</sup>. 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”<sup>16</sup>.

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.

## **2. La estructura de la negociación colectiva**

La estructura de la negociación colectiva es la distribución de las unidades de negociación que delimitan el ámbito de aplicación de los convenios colectivos dentro de un sistema de relaciones laborales. Cuando la distribución es armonizada se efectúa en función a las normas de organización establecidas estatal o convencionalmente, resolviendo eventuales conflictos de concurrencia de convenios colectivos. Sin embargo, cabe que el sistema de relaciones laborales no establezca normas de organización con lo que nos encontramos ante una estructura de negociación colectiva anómica. A continuación se analizan los diversos aspectos de la estructura de la negociación colectiva.

### **2.1. La unidad de negociación**

La unidad de negociación es el ámbito de aplicación al que se extiende la eficacia del convenio colectivo<sup>17</sup>. La unidad de negociación es el espacio fijado por las partes negociadoras donde tiene efectos jurídicos el convenio colectivo suscrito por ellos.

La elección o fijación de la unidad de negociación se establece libremente por las partes, aunque la legislación puede exigir que las partes gocen de una legitimación para ejercerlo. Aquí se plasma el principio de negociación libre y voluntaria, es decir, no puede imponerse legislativamente a las partes la unidad de negociación. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (en

<sup>15</sup> Vid. FERRAJOLI, Luigi (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantenero Bandrés, p. 307.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (1992). “La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional”. En: *Relaciones Laborales*. Madrid: La Ley, N.º. 7, p. 3. Vid. SÁNCHEZ TORRES, Esther (1999). *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*. Madrid: Consejo Económico y Social, p. 310.

<sup>17</sup> Vid. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA (2009). Óp. Cit., p. 353.

adelante, CEACR) señala que en virtud del artículo 4 del Convenio 98 la negociación debe ser libre y voluntaria, y se debe respetar el principio de la autonomía de las partes<sup>18</sup>. El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (en adelante, el Comité de Libertad Sindical o CLS) subraya que la negociación voluntaria constituye un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical y no implica el recurso a medidas de coacción que alterarían el carácter voluntario de dicha negociación<sup>19</sup>. De este modo, la fijación de la unidad de negociación forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, por lo que no puede imponerse normativamente. Sin embargo, esto no impide reconocer que esta libertad tiene límites.

En primer lugar, si bien las partes pueden establecer la elección de la unidad de negociación, no es una libertad absoluta en tanto se encuentra limitada por el principio de igualdad. En efecto, las partes pueden decidir, por ejemplo, excluir de la aplicación del convenio colectivo a un grupo de trabajadores o un centro de labores de la empresa, dicha exclusión está sujeta a que no se configure una discriminación. Una sentencia del Tribunal Constitucional español traza un buen ejemplo de este límite. El Alto Tribunal ha razonado que si bien las partes libremente pueden excluir a un colectivo de trabajadores y que esto no es en sí mismo atentatorio al principio de igualdad, también señala que la exclusión debe estar fundamentada en argumentos objetivos y razonables. Así el grupo de trabajadores que goza con suficiente fuerza negociadora para celebrar un convenio colectivo que fije separadamente sus condiciones de trabajo respecto a los demás puede ser excluido válidamente. En cambio, los trabajadores que son precarios en sus empleos o por la temporalidad de sus contratos carecen de poder negociador, la exclusión configuraría una violación al principio de igualdad<sup>20</sup>. Para Valdés Dal-Ré: “cuando la separación o expulsión de unos trabajadores de la unidad contractual comporta una vía para la injustificada imposición de unas condiciones de trabajo peyorativas, se introduce en la elección de ese ámbito una diferenciación que puede resultar contraria a la exigencia de la igualdad”<sup>21</sup>.

En segundo lugar, esta libertad también se encuentra limitada por el poder de representación de las partes y por la decisión de la autonomía colectiva<sup>22</sup>. En el primer supuesto se produce cuando las partes carecen de la legitimación para fijar la unidad de negociación y el segundo supuesto se produce cuando se celebra un acuerdo colectivo previo que restringe la negociación en una determinada unidad, gozando de esta atribución.

## **2.2. Los niveles de la negociación colectiva**

La libertad de las partes en elegir las unidades de negociación permite que se constituyan una pluralidad de convenios colectivos en distintos ámbitos de aplicación. En el sistema de relaciones laborales estas negociaciones colectivas se suelen reagrupar de una manera organizada a través de normas de organización por medio

---

<sup>18</sup> Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012). *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, párrafo 200.

<sup>19</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, párrafos 925-926.

<sup>20</sup> Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia 136/1987 de 22 de julio de 1987*.

<sup>21</sup> VALDÉS DAL-RÉ (2012). *Óp. Cit.*, p. 57.

<sup>22</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (2012). *Óp. Cit.*, p. 240-241.

de la conformación de niveles de negociación. La conjunción de los tipos y las áreas de las unidades de negociación constituyen el nivel de negociación colectiva.

Siguiendo al profesor Valdés Dal-Ré:

El tipo se construye sobre la base asociativa de la organización o grupo que interviene en el proceso de negociación en nombre y representación de los trabajadores, siendo posible reconducir la diversidad de tipos que pueden darse en la realidad a dos ideales. El primer tipo ideal toma en consideración la profesión o el oficio desempeñado por los trabajadores y, al entrecruzarse con un área, da lugar a los denominados niveles de negociación horizontales (*craft unit* o nivel de franja). El segundo, a su vez, adopta como base de organización no el oficio de los trabajadores sino la actividad económica en la que éstos ejecutan su trabajo, produciendo niveles negociales de carácter vertical (*comprehensive unit*, *niveaux branche*, *livello settoriale* o nivel sectorial). En la mayoría de los sistemas nacionales de relaciones laborales, la estructura de la negociación colectiva ha evolucionado de la horizontalidad a la verticalidad, mudanza ésta que, en verdad, no otra cosa hace que traducir un cambio semejante experimentado en la base asociativa de los sindicatos, que han dejado de ser sindicatos horizontales (*craft unión*, *syndicat du mètter*, sindicato de oficio) para convertirse en sindicatos verticales o de rama. (...) El «área» de negociación se edifica, a su vez, sobre la dimensión de la organización empresarial, pudiendo abarcar un espectro muy amplio y variado. Sin pretensión de agotar el listado de modalidades de áreas posibles, pueden citarse como más significativas las siguientes: una sección o departamento de un centro de trabajo (*department unit*), varias secciones o departamentos de un centro de trabajo (*multidepartment unit*), varios centros de trabajo de una misma empresa (*multiplant unit*), una empresa (*company unit*), varias empresas (*multiemployer unit*) y, en fin, todas las empresas de una industria o sector de la producción en diversos escalones territoriales, desde el local (*localwide industry*) hasta el nacional (*nationalwide industry*)<sup>23</sup>.

Las posibilidades de niveles de negociación están abiertas a esta conjunción de tipo y área de la unidad de negociación. Toda unidad de negociación se ubica en un nivel de negociación.

En general, se reconocen como los niveles de negociación colectiva predominantes: infraempresarial (centro de labores, unidades productivas), empresarial, supraempresarial (grupo de empresas, empresa-red), sectorial o de rama de actividad, e intersectorial o interprofesional en función a la dimensión de la organización empresarial. Asimismo, puede reconocer niveles de negociación desde una dimensión territorial: local, provincial, regional, nacional y supranacional. Esta distribución de los convenios colectivos dentro de los niveles da forma a la estructura de la negociación colectiva en el sistema de relaciones laborales.

A esta red de convenios, muchas veces conectados entre sí, se le conoce como el nombre de “estructura de la negociación colectiva”. La estructura de la negociación colectiva refleja la totalidad de segmentaciones horizontales y verticales en que se parcela el sistema productivo a efectos de elaboración y

---

<sup>23</sup> Ídem., p. 238-239.



aplicación de la regulación paccionada de las relaciones de trabajo; viene a ser una especie de mapa o radiografía de conjunto de la negociación colectiva de trabajo en un momento determinado, donde aparecen los acuerdos alcanzados y sus mutuas relaciones (jerarquía, complementariedad o articulación, interdependencia, etc.).<sup>24</sup>

En el plano internacional la Recomendación N°. 163 de la OIT señala en su párrafo 4: “1) En caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel de establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional”. Esta Recomendación plantea como ejemplos los niveles de negociación en términos funcionales: la empresa, la rama de actividad, la industria, y en términos territoriales: regional, nacional. Lo resaltante es que ni está prohibido por las normas internacionales del trabajo que se materialicen otros niveles de negociación ni que al interior de estos niveles pueda presentarse la concurrencia de convenios colectivos.

En consonancia con la libertad de las partes en fijar la unidad de negociación, esa libertad se extiende a la elección del nivel de negociación. Esto significa que tampoco se puede imponer a las partes el nivel de la negociación colectiva. La CEACR ha sido reiterativo en señalar que la legislación que fije imperativamente el nivel de negociación colectiva en un ámbito superior es incompatible con el Convenio 98, corresponde la elección del nivel de negociación a las propias partes<sup>25</sup>, y de igual modo, el CLS subraya que en base al principio de negociación libre y voluntaria la determinación del nivel de negociación debería depender esencialmente de la voluntad de las partes, por lo que no puede ser impuesto por la legislación, o una decisión administrativa<sup>26</sup>. Sin embargo, no debemos confundir la imposición normativa del nivel de negociación a las partes y la regulación de las normas de organización de la estructura de la negociación colectiva.

Con la distribución de las unidades de negociación en niveles, se puede dividir la estructura de la negociación colectiva en centralizada y descentralizada en función al número de convenios colectivos y su ámbito de aplicación sobre el número de empresas y trabajadores. La centralizada se materializa con un número reducido de convenios colectivos aplicado a un elevado número de empresas y trabajadores, mientras la descentralizada resulta lo opuesto, es decir, un alto número de convenios colectivos aplicado a un reducido número de empresas y trabajadores<sup>27</sup>. Bajo el modelo centralizado predominan los convenios colectivos sectoriales o de rama de actividad que cubren una mayor población de empresas y trabajadores, y en el modelo descentralizado predominan los convenios colectivos de empresa o de centros de labores que cubre una menor cantidad de trabajadores.

### **2.3. La concurrencia de convenios colectivos**

Esta distribución de unidades de negociación en los niveles de negociación colectiva resulta incompleta sino viene acompañada por normas de organización que permitan

<sup>24</sup> MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA (2009). Óp. Cit., p. 340.

<sup>25</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1994). *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, párrafo 249.

<sup>26</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). Óp. Cit., párrafo 988.

<sup>27</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús (2008). *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 460.

resolver posibles conflictos dada su pluralidad y eventual yuxtaposición en su aplicación. Lo que se denomina la concurrencia de convenios colectivos. Aunque como veremos cabe que el propio sistema de relaciones laborales no establezca esas normas de organización.

La concurrencia de convenios colectivos se produce cuando dos o más convenios de distintas unidades de negociación coinciden en sus ámbitos de aplicación. Esta concurrencia será conflictiva cuando el ámbito de aplicación de los convenios tiene una intersección parcial, regulando de manera opuesta y al mismo tiempo las relaciones jurídicas de un concreto grupo de trabajadores. La concurrencia no conflictiva se produce cuando no existe una regulación opuesta entre los convenios, por lo que se aplican simultáneamente al mismo ámbito de aplicación<sup>28</sup>.

La finalidad de las normas de organización consiste en elegir el convenio colectivo vinculante para un concreto grupo de trabajadores ante la eventualidad de la concurrencia de convenios colectivos. La premisa de las normas de organización es que la eficacia jurídica de los convenios colectivos se aplica a los trabajadores y los empresarios representados por las partes en la negociación. Sobre esta base se pueden dividir las normas de organización en dos modelos: piramidal y funcional<sup>29</sup>.

En el modelo piramidal se establecen vínculos entre los niveles de negociación de modo que la interacción entre ellos permite establecer la elección del convenio colectivo vinculante. Los niveles de negociación se constituyen tomando en cuenta la dimensión del ámbito de aplicación del convenio colectivo donde su base es el espacio más reducido y se eleva piramidalmente conforme el incremento de la extensión del ámbito de aplicación. Así en el nivel inferior se ubican los convenios colectivos de centros de labores o de unidades productivas y en el nivel superior se ubican los convenios colectivos intersectoriales o interprofesionales. Esta configuración de niveles de negociación es jerarquizada por la norma de organización ya sea estatal o convencional<sup>30</sup> estableciendo la prevalencia de un nivel sobre otro. Esta jerarquía puede inclinarse en favor del nivel inferior sobre el superior (por ejemplo, el convenio colectivo de empresa prevalece sobre el convenio colectivo de rama) o viceversa (el convenio colectivo de rama prevalece sobre el convenio de empresa). Ambas opciones son consideradas válidas en los sistemas nacionales.

En principio, el supuesto de la concurrencia de convenios colectivos en el mismo nivel resulta difícil en razón a la premisa señalada, los convenios colectivos se aplican a los trabajadores y empresarios representados por las partes en la negociación. Por ejemplo, si dos sindicatos negocian simultáneamente en la misma empresa, los convenios colectivos se aplican solo a los trabajadores afiliados a cada uno de los sindicatos con lo que no se produce la concurrencia. La situación solo se produciría si se permite que un trabajador pueda afiliarse simultáneamente a ambos sindicatos de la misma empresa, lo cual es poco probable en razón a que los estatutos de los sindicatos suelen prohibirlo. Sin embargo, como veremos posteriormente, el ordenamiento colombiano lo permite. Tampoco existe una concurrencia de convenios

<sup>28</sup> Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (2013). “La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva”. En: *El nuevo derecho de la negociación colectiva* de Juan Gorelli Hernández e Inmaculada Marín Alonso (Coordinadores). Madrid: Editorial Tecnos, p. 62-66.

<sup>29</sup> La doctrina jurídica ha elaborado una variedad de clasificaciones sobre esta materia.

<sup>30</sup> En algunos ordenamientos nacionales la norma estatal no regula la estructura de la negociación colectiva, por lo que son los representantes nacionales de los trabajadores y de los empresarios por medio de los acuerdos intersectoriales o los acuerdos marco que establecen las normas de organización.

colectivos cuando un convenio colectivo es reemplazado por otro celebrado entre las mismas partes, lo que se conoce como la sucesión de convenios colectivos.

Una situación diferente se produce cuando un sindicato más representativo goza del monopolio de la negociación colectiva en el nivel de negociación dispuesto por la norma estatal, impidiendo que un sindicato minoritario pueda entablar una negociación con su empleador o empleadores, o en el supuesto de que se extienda el convenio colectivo al conjunto de los trabajadores del nivel de negociación sin permitir con ello que existan más negociaciones colectivas siempre que el sindicato negociador sea representativo. En ambos supuestos tampoco se produce una concurrencia de convenios colectivos sino más bien se otorga un derecho preferencial al sindicato más representativo.

En el modelo funcional las normas de organización buscan articular los niveles de negociación por medio de una regulación que armonice la relación entre los convenios colectivos concurrentes.

El primer criterio es la distribución de materias del contenido del convenio colectivo entre los niveles de negociación. Esta distribución puede adquirir el carácter excluyente o preferencial. En el primer supuesto significa que solo la unidad de negociación del nivel predeterminado es competente para desarrollar ese contenido en la negociación colectiva, excluyendo que otros puedan implementarlo. En el segundo supuesto significa que la unidad de negociación de nivel predeterminado prevalece en caso de concurrencia conflictiva sobre las materias asignadas. Aquí no existe una restricción en la competencia de negociar estas específicas materias como en el primer supuesto. Por lo general, la asignación de competencias en materias de negociación entre los niveles se centra en los aspectos generales para los escalones más altos y los aspectos específicos para los escalones más bajo. Por ejemplo, el convenio colectivo de empresa es competente en la fijación de los salarios, el horario de trabajo, el pago de las horas extraordinarias, la distribución del personal en las categorías profesionales, y el convenio colectivo de rama es competente en la fijación de las condiciones de empleo, la subcontratación de personal, etc. Sin embargo, la distribución de materias puede tener otro tenor. Lo central es que la distribución de materias entre los niveles de negociación impide la concurrencia de convenios colectivos (competencia excluyente) o resuelve la concurrencia con la prevalencia de un convenio sobre otro (competencia preferencial).

A diferencia del anterior, el segundo criterio y el tercer criterio no distribuyen las materias entre los niveles de negociación, sino que conservan en cada uno de los niveles sin restricciones la competencia sobre los contenidos de los convenios colectivos. Se trata de una competencia compartida entre los niveles de negociación<sup>31</sup>.

El segundo criterio plantea una relación de complementariedad entre los niveles de negociación. El nivel superior regula parcialmente el contenido por lo que remite al nivel inferior que complete la regulación, de modo que hay una remisión entre los convenios colectivos para una aplicación conjunta sobre la materia. Por ejemplo, el convenio de rama establece el derecho de los trabajadores a una gratificación por años de servicios y el convenio de empresa establece el monto de la gratificación.

---

<sup>31</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ. Óp. Cit., p. 254.

El tercer criterio plantea una relación de complementariedad entre los niveles de negociación. El nivel superior regula de manera completa el contenido pero permite que el nivel inferior mejore la regulación, de manera que se establece un mínimo que puede ser mejorado. Ambas normas se aplican porque el convenio de nivel inferior absorbe al superior sin eliminarlo. Asimismo, el convenio de nivel inferior no puede menguar o compensar la regulación del convenio de nivel superior. Por ejemplo, el convenio de rama establece que el incremento salarial es  $x$  permitiendo que los convenios de empresa superen esta cifra ( $x + n$ ) pero ni disminuirla ni sustituirla.

Los ordenamientos suelen incorporar otras regulaciones dentro de las normas de organización que facilita la elección del convenio vinculante. Aquí señalamos algunos ejemplos. En primer lugar, la inalterabilidad del convenio colectivo vigente o prohibición de la concurrencia afectante. Esto consiste en que un convenio colectivo vigente no puede ser afectado por un convenio colectivo de ámbito distinto y posterior. Lo que Gorelli denomina la incorporación del principio *prior in tempore potior iure* a la estructura de la negociación colectiva (2013: 62-63). En segundo lugar, la inaplicación o descuelgue del convenio de nivel superior. Esto consiste en que ante una situación de grave crisis en la empresa se le permita por medio de un convenio colectivo de nivel inferior suspender o modificar la aplicación del convenio superior para coadyuvar a superar la situación.

Algunos sistemas de relaciones laborales no desarrollan ningún tipo de regulación estatal o convencional sobre la estructura de la negociación colectiva, de modo que entre los niveles de negociación no existe una coordinación o articulación. Lo que el maestro italiano Giugni denominó la *contratación no vinculada*<sup>32</sup>. Bajo esta situación, la yuxtaposición de los ámbitos de aplicación no es resuelta por la propia estructura de la negociación colectiva.

En todo caso, cualquiera de estos descritos modelos de las normas de organización de la estructura de la negociación colectiva son acordes con las normas internacionales del trabajo<sup>33</sup>. Como nos lo recuerdan Gernigon, Odero y Guido, la posición de los órganos de control de la OIT no considera estos modelos como violadores del Convenio 98:

Los órganos de control no han establecido criterios sobre la articulación entre convenios colectivos de distinto nivel (que pueden abarcar la economía en general, una rama de actividad o industria, o una empresa o un grupo de empresas, un establecimiento o una fábrica; y que puedan tener, según los casos, diferentes ámbitos geográficos). En principio, este tema debería poder depender de la voluntad de las partes; sin embargo, los órganos de control aceptan tanto los sistemas en los que dejan a los convenios colectivos determinar su coordinación (por ejemplo, estableciendo que un problema resuelto por un convenio no puede serlo por otros niveles) como los sistemas en que las normas legales distribuyen materias entre los convenios, dan primacía a un determinado nivel o adoptan el criterio de la norma más favorable al

---

<sup>32</sup> GIUGNI, Gino (1983). *Derecho Sindical*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, trad. de José Vida Soria y Jaime Montalvo Correa, p. 211.

<sup>33</sup> La Recomendación N.º 163 de la OIT sobre la negociación colectiva señala en su párrafo 4: “2) En los países en que la negociación colectiva se desarrolle en varios niveles, las partes negociadoras deberían velar por que exista coordinación entre ellos”.

trabajador o a los que no establecen criterios y dejan a la práctica estas cuestiones<sup>34</sup>.

En resumen, cada sistema de relaciones laborales puede adoptar su modelo de organización de la estructura de la negociación colectiva, privilegiando un criterio sobre otro o implementando una mixtura en su regulación. Sin embargo, reemplazar un sistema centralizado por un descentralizado o viceversa suele ser un empeño difícil dado el carácter conservador de la estructura de la negociación colectiva. Asimismo, trasladar la unidad de negociación a un nivel distinto al que las partes suelen negociar resulta intrincado en tanto se requiere la aceptación de ambas, pero este importante tema lo abordamos posteriormente.

### **3. La legitimación convencional de las partes negociadoras**

La titularidad del derecho de negociación colectiva le pertenece simultáneamente a los trabajadores y las organizaciones sindicales, así como a la empresa y a las organizaciones de los empleadores. El Convenio 98 de la OIT en su artículo 4 se refiere a los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra. Esto se repite en el artículo 2 del Convenio 154. El énfasis de las normas internacionales del trabajo en las organizaciones de los trabajadores haría pensar que la titularidad le corresponde solo a las organizaciones. Sin embargo, la Recomendación 91 en su definición de contratos colectivos señala que en ausencia de las organizaciones de trabajadores, los representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos pueden celebrar un convenio colectivo. Los órganos de control de la OIT han sido precisos en señalar que los trabajadores pueden negociar con su empleador por medio de sus representantes siempre que no exista una organización sindical en la unidad de negociación<sup>35</sup>. Esto significa que la organización de los trabajadores tiene una preferencia en la titularidad sobre los trabajadores en general, pero no debe interpretarse que carezcan de la titularidad como colectivo.

La capacidad convencional es la potestad otorgada para negociar y celebrar convenios colectivos. El profesor Ojeda Avilés lo define como la capacidad de negociar los convenios colectivos<sup>36</sup>. La legitimación convencional es la materialización de esa capacidad convencional en referencia a la unidad de negociación, es decir la legitimación estricta<sup>37</sup>. No basta la capacidad convencional que es una aptitud genérica para negociar en el plano colectivo, se exige un requisito adicional de vinculación de los sujetos colectivos con los miembros del grupo o grupos afectados por el convenio, que es la representatividad o implantación en la unidad de negociación concreta en la que pretende actuar<sup>38</sup>. Por ello, para gozar de esta legitimación las legislaciones nacionales exigen que los negociadores cumplan ciertos requisitos que evidencien su representatividad<sup>39</sup>.

Los trabajadores o sus organizaciones, por una parte, y la empresa o las organizaciones de empresarios, por otra parte, eligen a sus representantes para la negociación colectiva, con lo que se conforma la comisión negociadora gozando de la

<sup>34</sup> GERNIGON, ODERO y GUIDO (2000). Óp. Cit., p. 31-32.

<sup>35</sup> Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). Óp. Cit., párrafo 944.

<sup>36</sup> Vid. OJEDA AVILES, Antonio (2003). Óp. Cit., p. 729.

<sup>37</sup> Ídem., p. 740.

<sup>38</sup> MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO Y GARCÍA MURCIA (2009). Óp. Cit., p. 352.

<sup>39</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús, (2008). Óp. Cit., p. 448.

potestad de suscribir el convenio colectivo. De este modo, la legitimación convencional les corresponde a los representantes de los trabajadores y de los empresarios, respectivamente.

Los ordenamientos nacionales establecen el número y la conformación de la comisión negociadora como un mecanismo de fomentar la negociación colectiva, evitando que la multiplicidad de organizaciones sindicales o de gremios empresariales en la unidad de negociación o en el nivel se vuelva un impedimento para su ejercicio. La normativa exige una mayoría calificada de la representación de las partes cuando el convenio colectivo tiene una eficacia general o *erga omnes* en el nivel de negociación, es decir, cuando los efectos jurídicos del convenio colectivo se extiende más allá de las partes representadas en la negociación, se exige en el caso de los trabajadores que negocie el sindicato más representativo y en el caso de los empresarios que el gremio sea representativo en el nivel de negociación. Como resalta Cruz Villalón, la contrapartida a la eficacia general de los convenios, el legislador exige que los negociadores cumplan ciertos requisitos, que se plasman en la superación de ciertos niveles de representatividad<sup>40</sup>.

La definición de sindicato más representativo varía en cada ordenamiento nacional, aunque el Comité de Libertad Sindical resalta que los criterios legales para determinarlos deben ser objetivos, precisos y previamente establecidos, sin dejarlos a discreción de los gobiernos<sup>41</sup>. En general, se le considera a la organización sindical más representativa la que tiene el mayor número de afiliados en el nivel de negociación, o por la elección general de los trabajadores para la conformación de los representantes de la negociación. En el caso de las asociaciones o gremios empresariales se les exige que gocen de un mínimo de representatividad en el sector o rama de actividad para entablar una negociación colectiva en ese nivel.

La preferencia legal por el sindicato más representativo en la negociación colectiva conduce a la discusión sobre el rol que cumplen los sindicatos minoritarios en el ejercicio de este derecho fundamental. En principio, si la legislación no lo prohíbe, los sindicatos minoritarios pueden negociar en representación de sus afiliados<sup>42</sup> con lo que se acepta la pluralidad de convenios colectivos en el mismo nivel de negociación pero en diferentes unidades de negociación. También cabe que el sindicato minoritario se incorpore a la comisión negociadora del nivel de negociación en representación de sus afiliados en proporción a su representatividad dentro del conjunto de los trabajadores. En todo caso, como señala el Comité de Libertad Sindical: “Las organizaciones sindicales minoritarias, a las cuales se les niegan los derechos de negociación colectiva, deben poder desempeñarse y tener por lo menos el derecho de hacerse portavoces de sus miembros y de representarlos en caso de reclamación individual”<sup>43</sup>.

Un tema central se produce con el cuestionamiento a la legitimación de las organizaciones sindicales de grado superior –las federaciones y las confederaciones– o los sindicatos de rama de actividad o industria para entablar negociaciones a nivel de empresa.

---

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). Óp. Cit., párrafo 347.

<sup>42</sup> Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012). Óp. Cit., párrafo 226.

<sup>43</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). Óp. Cit., párrafo 359.

Hay que tener presente dos aspectos centrales cuando se aborda esta temática. En primer lugar, las federaciones y las confederaciones como organizaciones de los trabajadores son titulares del derecho de negociación colectiva. El Comité de Libertad Sindical se ha pronunciado reiteradamente que estas organizaciones sindicales pueden concluir convenios colectivos<sup>44</sup>. En segundo lugar, la CEACR señala que no deben producirse injerencias dispuestas por la legislación para la intervención de las organizaciones de nivel superior en el proceso de negociación colectiva emprendido por las organizaciones de nivel inferior porque es incompatible con la autonomía que deben gozar las partes en la negociación<sup>45</sup>. Estas dos consideraciones enmarcan la participación de las organizaciones de grado superior en la negociación colectiva.

Respecto a la legitimación de las organizaciones de grado superior en una negociación de nivel inferior, al ser titulares del derecho de negociación colectiva no debería impedirseles entablar una negociación, lo que puede exigirse es que cuenten con la suficiente representatividad en el nivel de negociación sin que esto signifique obligar a la constitución de secciones sindicales en las empresas del nivel.

El Comité de Libertad Sindical en el *Caso 1845* abordó este tema en profundidad a partir de una queja contra el Perú:

En cuanto a la alegada exigencia de varias empresas del sector de la electricidad (EDEGEL S.A., Luz del Sur S.A., EDELNOR S.A. y ELECTROLIMA S.A.) de exigir la constitución de una sección sindical para que un sindicato de rama de actividad pueda negociar una convención colectiva a nivel de empresa, (...). El Comité estima que esta práctica constituye una injerencia inadmisibles en la organización y estructura interna de los sindicatos, contraria al principio de autonomía y libre funcionamiento de las organizaciones sindicales consagrado en el artículo 2 del Convenio núm. 87. El Comité considera que para que un sindicato de rama de actividad pueda negociar un convenio colectivo de empresa debería bastar la prueba de que dicho sindicato cuenta con suficiente representatividad a nivel de empresa. El Comité pide pues al Gobierno que tome medidas a nivel de la legislación y de la práctica para que a los sindicatos de rama de actividad que desean negociar colectivamente a nivel de empresa no se les obligue a constituir una sección sindical en la misma y puedan negociar si acreditan suficiente representatividad<sup>46</sup>.

Si bien no puede ponerse en tela de juicio la legitimación de las organizaciones de nivel superior que cuenten con la suficiente representatividad, la elección o variación del nivel de la unidad de negociación siempre le corresponde a una decisión conjunta de las partes. Podría interpretarse que si una federación o un sindicato de rama de actividad plantean una negociación colectiva a una empresa, ésta podría rechazarla amparada en el principio de la negociación libre y voluntaria. Sin embargo, parecería contradictorio que se rechace válidamente una petición de negociación colectiva aunque la parte trabajadora estuviese legitimada para ejercer el derecho. Por eso, los ordenamientos nacionales suelen reconocer el deber de negociar y el deber de negociar de buena fe en su regulación como forma de evitarlo. Esto nos conduce a la

---

<sup>44</sup> Ídem. párrafo 883.

<sup>45</sup> Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012). Óp. Cit., párrafo 205.

<sup>46</sup> Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1996). *Informe núm. 302, Caso 1845 (Perú)* del Comité de Libertad Sindical. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Marzo 1996, párrafo 516.

aparente contradicción entre el deber de negociar y la libertad de negociar con sus implicancias jurídicas<sup>47</sup>.

#### **4. El deber de negociar y el deber de negociar de buena fe en la negociación**

El deber de negociar consiste en la obligación de las partes en comparecer al inicio de la negociación ante la solicitud de una de ellas, siempre que se hayan cumplido con los requisitos legales exigidos para su ejercicio. Mientras el deber de negociar de buena fe consiste en la obligación de las partes a desempeñarse bajo un comportamiento de respeto y lealtad a lo largo del procedimiento de negociación. El deber de negociar se produce al inicio de la negociación colectiva y el deber de negociar de buena fe se desarrolla durante la propia negociación. La materia controversial es el contenido del deber de negociar.

Presentado el pliego de peticiones por la parte legitimada para entablar la negociación, el deber de negociar obliga a la contraparte a que comparezca, responda al pliego e instale la negociación, es decir, no se puede oponer o rechazar a la petición de iniciar una negociación colectiva. La profesora Sánchez Torres lo resume en estos términos:

El deber de negociar simplemente debe llevar a las partes a la mesa negociadora y establecer de forma general el método y la manera en la que la negociación colectiva debe organizarse y desarrollarse, como protección del ordenamiento público laboral, aunque con ello la ley no puede ir más allá, de forma que interfiera decisiva y sustancialmente la discusión libre y voluntaria entre las partes o invada el terreno del ejercicio legal de la autonomía privada<sup>48</sup>.

En efecto, las legislaciones reconocen el deber de negociar en su regulación sin que esto signifique imponer a las partes que suscriban un convenio colectivo. El deber de negociar es una obligación de medios, por lo que no puede interpretarse que como consecuencia de su cumplimiento surja la obligación de convenir, esto lo convertiría en una obligación de resultados. Esto explica que si bien los convenios de la OIT no establecen el deber de negociar, su reconocimiento legal no resulta violatorio del principio de la negociación libre y voluntaria<sup>49</sup>. Lo que sí está terminante prohibido es imponer la obligación de convenir a las partes de manera directa o indirecta.

Al deber de negociar se le puede considerar un mecanismo de fomento a la negociación colectiva cuando asegura el equilibrio entre la prohibición al rechazo fútil del pliego de peticiones y la libertad de negociar. Ese equilibrio se consigue cuando se tipifican los supuestos válidos de suspensión de la aplicación del deber de negociar, o lo que también se denomina las excepciones del deber de negociar.

En general, la doctrina reconoce cuatro excepciones al deber de negociar<sup>50</sup>. En primer lugar, no cabe el deber de negociar si las partes no gozan de la legitimación convencional para entablar la negociación. Sin la legitimación, la parte solicitante no puede presentar el pliego de peticiones al carecer de la facultad legal para hacerlo ni tampoco la parte receptora para negociar válidamente. Hay que tener presente que el

---

<sup>47</sup> El profesor Ojeda Avilés lo denomina la aporía entre deber y libertad de negociar. Vid. OJEDA AVILÉS, Antonio (2003). Óp. Cit., p. 765.

<sup>48</sup> Vid. SÁNCHEZ TORRES, Esther (1999). Óp. Cit., p. 43-44.

<sup>49</sup> Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). Óp. Cit., párrafos 928 y 929.

<sup>50</sup> Vid. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA (2009). Óp. Cit., p. 368. CRUZ VILLALÓN, Jesús (2008). Óp. Cit., p. 455. SÁNCHEZ TORRES, Esther (1999). Óp. Cit., p. 237 y ss.



titular del deber de negociar le corresponde tanto a la parte laboral como a la empresarial. En segundo lugar, si la distribución de materias entre las unidades de negociación o los niveles de la estructura de la negociación restringe o excluye competencias, no cabe una negociación colectiva que vaya en contra de ellas. En tercer lugar, si se pretende entablar una negociación sobre materias reguladas en un convenio colectivo vigente. En cuarto lugar, la constitución de una nueva unidad de negociación no existente previamente, o la modificación de una unidad de negociación preexistente. Esta última excepción merece analizarse con mayor profundidad.

Nos encontramos ante dos supuestos distintos. Por un lado, el planteamiento de un pliego de peticiones en una unidad de negociación inexistente; y, por otro lado, el planteamiento de un pliego que solicita la modificación de la unidad de negociación entre las mismas partes. A continuación nos centramos en cada uno de ellos.

El principio de negociación libre y voluntaria sustenta que solo las partes pueden libremente elegir o fijar su unidad de negociación, no cabe la imposición por la legislación. En estos términos, la aplicación del principio conduciría a justificar que una excepción al deber de negociar sea la situación en que una parte legitimada para entablar una negociación reciba el rechazo válido de la otra parte para entablar la negociación como manifestación de esta libertad. Sin embargo, esta interpretación ha recibido una serie de cuestionamientos.

Un primer argumento proviene de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT que reconocen como una excepción al principio que se implemente un arbitraje obligatorio ante el fracaso de una primera negociación. Así, la CEACR señala:

Si bien la Comisión estima que, por lo general, el arbitraje impuesto por las autoridades a solicitud de una de las partes es contrario al principio de la negociación voluntaria de los convenios colectivos, admite una excepción en el caso de las disposiciones por las que se autoriza a las organizaciones de trabajadores a entablar un procedimiento de ese tipo para la conclusión de un primer convenio colectivo. Dado que la experiencia demuestra que la conclusión de un convenio colectivo es a menudo una de las etapas más difíciles del establecimiento de relaciones laborales sanas, cabe considerar que las disposiciones de este tipo constituyen mecanismos y procedimientos destinados a promover la negociación colectiva<sup>51</sup>.

Aunque el supuesto sobre el que se pronuncia la CEACR es el fracaso de una primera negociación colectiva que puede resolverse excepcionalmente por medio de un arbitraje obligatorio. Cabría comprender dentro de este supuesto a la negociación que fracasa por el rechazo inicial del pliego de peticiones que se presenta en una primera negociación por formular una nueva unidad de negociación. Si bien el pronunciamiento no obliga a negociar sino solo admite la imposición del arbitraje obligatorio como mecanismo de solución, nada impide que el arbitraje solo se pronuncie sobre la obligación de negociar. Inclusive, el arbitraje atenuaría su carácter obligatorio al recuperar las partes su capacidad negociadora.

---

<sup>51</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012). Óp. Cit., párrafo 250.

Un segundo argumento proviene de la jurisprudencia nacional que ha interpretado que el deber de negociar resulta exigible cuando sea la primera negociación y se produzca en sectores donde no abunden normas convencionales. Por ejemplo, la jurisprudencia española señala que “existe el deber de negociar cuando no se pretende el cambio de la unidad de negociación sino la negociación por primera vez de un convenio de sector o rama de producción en un ámbito en el que sólo existen convenios de empresa y en el que se parecían «vacíos de regulación» (TS 3 de mayo de 2000)”<sup>52</sup>. Lo que se resalta en la sentencia española es la preferencia por una regulación convencional de las condiciones de trabajo y de empleo, de allí el respaldo en la aplicación del deber de negociar en esta primera negociación como medio para alcanzarlo.

Estos argumentos reconocen la dificultad inherente de la primera negociación, donde la vulnerabilidad de la parte legitimada para entablar la negociación es mayor. La aplicación del deber de negociar se convierte en un mecanismo de fomento a la negociación colectiva y no debería vulnerar la libertad de negociación porque la parte solicitante está legitimada para ejercerla. Además, admitir que se puede rechazar el pliego de peticiones a una parte legitimada que no viola las normas de organización de la estructura de la negociación colectiva otorgaría validez a una lesión de la libertad sindical<sup>53</sup>.

Respecto a la excepción del deber de negociar en el supuesto de modificación de una unidad de negociación preexistente entre las mismas partes negociadoras resulta más polémico. En respaldo a esta excepción nos encontramos que las reglas de la legitimación convencional y las normas de organización de la estructura de la negociación colectiva buscan evitar la concurrencia de convenios colectivos, se favorece el mantenimiento de las unidades de negociación ya existentes, de allí que se postula por la inexigibilidad del deber de negociar cuando se trata de modificar la unidad de negociación preestablecida<sup>54</sup>.

Se critica esta postura por considerarla pétrea. Sánchez Torres lo formula en estos términos:

[A]coger tal interpretación conforme a la cual el deber de negociar tan sólo se aplicaría para asegurar el mantenimiento de la misma unidad precedente, ocasiona una petrificación de la estructura vigente, favorable para el mantenimiento del «statu quo» pero que, si no va acompañada de otra serie de medidas articuladoras (...), no atribuye al deber de negociar un papel incisivo y transformador, de forma que la pretendida relación entre dicho deber y aquéllos preceptos no sólo no es efectiva, sino que inclusive deviene contradictoria<sup>55</sup>.

En mi opinión, modificar una unidad de negociación preexistente entre ambas partes requiere su aceptación. Si existe una voluntad expresada en el convenio colectivo preexistente en negociar dentro de dicha unidad, su modificación requeriría el acuerdo entre las partes y se justificaría el rechazo de entablar una negociación distinta.

Sin embargo, este supuesto no es equivalente al rechazo de una parte legitimada en un nivel de negociación distinto al del convenio colectivo precedente. Por ejemplo,

<sup>52</sup> Citado por MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA (2009). Óp. Cit., p. 368-369.

<sup>53</sup> Vid. SÁNCHEZ TORRES, Esther (1999). Óp. Cit., p. 67.

<sup>54</sup> Vid. MARTÍN VALVERDE, Z-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA (2009). Óp. Cit., p. 353.

<sup>55</sup> SÁNCHEZ TORRES, Esther (1999). Óp. Cit., p. 252.

una organización sindical de rama que negocia a este nivel con empresas que cuentan con convenios colectivos al interior de ellas. La aceptación legal de este rechazo iría en oposición al fomento de la negociación colectiva planteada por la Recomendación 163 de la OIT, donde se solicita a los Estados medidas adecuadas para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel<sup>56</sup>.

Lo cierto es que las excepciones al deber de negociar son resueltas por los ordenamientos nacionales que lo recogen en su regulación. De este modo, el debate doctrinal resumido sirve de pauta para su formulación normativa.

El contenido y la aplicación del deber de negociar de buena fe tienen menos controversias que el deber de negociar. La finalidad del deber de buena fe es asegurar una atmósfera en donde las partes tienen un comportamiento abierto y responsable con el objetivo de alcanzar un acuerdo de mutuo beneficio dentro de la negociación colectiva.

Este deber se encuentra recogido en el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, conforme lo resaltan los órganos de control de la OIT. Afirma la CEACR:

El principio de la negociación de buena fe, derivado del artículo 4 del Convenio, se traduce en la práctica en varias obligaciones para las partes interesadas, a saber: i) reconocer las organizaciones representativas; ii) procurar llegar a un acuerdo; iii) mantener negociaciones verdaderas y constructivas; iv) evitar demoras injustificadas en las negociaciones, y v) respetar mutuamente los compromisos adquiridos y los resultados obtenidos mediante la negociación. Por lo general, la apreciación del cumplimiento de la obligación de las partes de negociar de buena fe y de sus consecuencias suele confiarse a jurisdicciones especializadas, y diversas legislaciones establecen sanciones contra los empleadores que se niegan a reconocer los sindicatos representativos, actitud que puede considerarse como práctica desleal de trabajo<sup>57</sup>.

Se debe resaltar la exigencia en el reconocimiento de las organizaciones representativas como constituyente del contenido del deber de negociar de buena fe. Esta exigencia está estrechamente vinculada a la legitimación convencional de las partes y refuerza su exclusión como causal de excepción del deber de negociar. En otras palabras, se considera una flagrante violación a la libertad sindical cuando se busca desconocer la representatividad de las organizaciones con el objetivo de entorpecer la negociación colectiva. La misma CEACR lo precisa en estos términos:

En virtud del artículo 4 del Convenio, el derecho de negociación colectiva corresponde a las organizaciones de trabajadores y a los empleadores y sus organizaciones. Por tanto, el reconocimiento por el empleador de los principales sindicatos representados en la empresa o la unidad de negociación colectiva, o del más representativo de ellos, constituye la base misma de todo procedimiento de negociación colectiva a nivel de cada establecimiento. En consecuencia, *la negativa injustificada a reconocer las organizaciones más representativas, o la imposición del requisito de un porcentaje elevado de representatividad para el reconocimiento de un agente de negociación colectiva, puede dificultar la promoción y el desarrollo de una negociación colectiva libre y*

<sup>56</sup> Vid. La Recomendación N°. 163 sobre la negociación colectiva en su párrafo 4 numeral 1).

<sup>57</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012). Óp. Cit., párrafo 208.

*voluntaria en el sentido del Convenio*. La determinación de los criterios para designar a los agentes de negociación es, por lo tanto, una cuestión fundamental<sup>58</sup>

Este pronunciamiento muestra la relevancia en lograr anular dentro de los sistemas de relaciones laborales la negativa injustificada al reconocimiento de las organizaciones representativas para la negociación colectiva. Este reconocimiento forma parte del contenido esencial del derecho de negociación colectiva y así debe ser valorado en los ordenamientos jurídicos.

Existe un consenso doctrinal sobre las dificultades en sancionar adecuadamente el incumplimiento del deber de negociar y el deber de negociar de buena fe. Ambos deberes son obligaciones de hacer, por lo que su incumplimiento en el marco del Derecho Civil no permite forzar su ejecución, es decir, su coercibilidad resulta de difícil concreción ante su eventual incumplimiento<sup>59</sup>. Por ejemplo, si la parte laboral legitimada presenta su pliego de peticiones sin recibir una respuesta de la parte empleadora ni se instala la mesa de negociación, ¿Cómo se puede forzar a la empresa a cumplir con sus obligaciones? En principio, la sanción administrativa es lo que se suele establecer en los ordenamientos nacionales. Hay que tener presente que la imposición de una sanción administrativa no debe obstaculizar que los trabajadores afectados ejerciten el derecho de huelga ante la violación de la libertad sindical<sup>60</sup>.

## **5. La eficacia del convenio colectivo**

La eficacia vinculante del convenio colectivo significa que resulta obligatorio y exigible dentro de la unidad de negociación suscrita. La fundamentación de su eficacia vinculante proviene del reconocimiento constitucional que el convenio colectivo es una norma jurídica, componente de los ordenamientos nacionales. En efecto, la Constitución al reconocer el derecho de negociación colectiva le otorga potestad normativa a las partes negociadoras, de modo que es la propia fuente originaria de la estructura jurídica la que estipula su carácter normativo<sup>61</sup>.

La eficacia del convenio colectivo se clasifica en general y limitado. El convenio colectivo de eficacia general o *erga omnes* extiende su aplicación a todos los trabajadores y empresarios dentro del nivel de negociación, incluyendo a los no representados en la mesa de negociaciones. El convenio colectivo de eficacia limitada extiende su aplicación solo a los trabajadores y empresarios representados en la mesa de negociaciones.

Los sistemas de relaciones nacionales establecen las exigencias para que un convenio colectivo goce de eficacia general, en razón que esta extensión de su aplicación solo es concedida por la norma estatal. En general, la exigencia para otorgarle esta eficacia general está vinculada a la amplia representatividad de las

---

<sup>58</sup> Ídem., párrafo 224.

<sup>59</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, Jesús (2008). Óp. Cit., p. 455. SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena (2013). “La tramitación de los convenios colectivos en el procedimiento de negociación y la información sobre el alcance y contenido”. En: *El nuevo derecho de la negociación colectiva* de Juan Gorelli Hernández e Inmaculada Marín Alonso (Coordinadores). Madrid: Editorial Tecnos, p. 154.

<sup>60</sup> El Comité de Libertad Sindical expresamente resalta: “La prohibición de realizar huelgas por motivos de problemas de reconocimiento (para negociar colectivamente) no están en conformidad con los principios de libertad sindical”. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). Óp. Cit., párrafo 536.

<sup>61</sup> En una visión opuesta, Valdés Dal-Ré sostiene que la Constitución no reconoce la potestad normativa primaria y extraterritorial a las partes sino más bien la autonomía negocial o libertad contractual, entendida como sistema de reglas de acción y de organización, de modo que lo protege frente a las eventuales interferencias o intervenciones estatales. Vid. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (2012). Óp. Cit., p. 96.

partes dentro del nivel de negociación, por eso la norma estatal suele vincularlo a un número o porcentaje de representación.

El Comité de Libertad Sindical ha resaltado que la extensión de un convenio colectivo a los trabajadores no afiliados a las empresas cubiertas por el convenio colectivo no es una contradicción con los principios de la libertad sindical, en la medida que haya sido la organización más representativa la que ha negociado a nombre de la totalidad de los trabajadores y que no se trata de empresas con una pluralidad de establecimientos o centros de labores. En este último supuesto se requiere que la decisión de extensión corresponda a las partes<sup>62</sup>.

También cabe la posibilidad que se extienda el convenio colectivo por una decisión administrativa excepcional cuando el convenio colectivo en vigor extiende su aplicación a un ámbito distinto a la unidad de negociación. Para ello se requiere que la extensión administrativa sea solicitada por los representantes legitimados para una negociación en dicho nivel sin necesidad del consenso con la otra parte, pero está impedido de materializarse por una decisión unilateral estatal y que no exista un convenio colectivo en esa unidad de negociación. Mayormente este supuesto se produce cuando solo una de las partes se encuentra legitimada y no cabe la posibilidad de encontrar una contraparte legitimada para entablar una negociación. El profesor Cruz Villalón muestra un buen ejemplo:

En ocasiones la debilidad de las partes sociales es tan acentuada que ni pueden celebrar un convenio colectivo (...). Además debe ser materialmente imposible que las partes firmen un convenio específico que atienda a ese vacío de cobertura; ello se concreta en la ausencia de partes legitimadas para negociar un convenio colectivo. En definitiva, la extensión solo se permite cuando no pueda constituirse la comisión negociadora del convenio, allí donde en un determinado sector productivo no exista asociación empresarial legitimada para negociar un convenio, de modo que la representación sindical no encuentre interlocutor al efecto<sup>63</sup>.

En la cuarta sección de la Recomendación 91 de la OIT sobre los contratos colectivos se regula la extensión de los convenios colectivos, señalando en su párrafo 5 numeral 2 que la legislación nacional podrá supeditar la extensión a las siguientes condiciones:

a) El contrato colectivo debería comprender desde un principio un número de empleadores y de trabajadores interesados que según la opinión de la autoridad competente, sea suficientemente representativo; b) la solicitud del contrato colectivo debería, por regla general, formularse por una o varias organizaciones de trabajadores o de empleadores que sean parte en el contrato colectivo; c) debería darse una oportunidad a los empleadores y a los trabajadores a quienes vaya a aplicarse el contrato colectivo para que presenten previamente sus observaciones.

La extensión de los convenios colectivos surge como una alternativa para que sea una norma convencional la que regule las relaciones de trabajo y de empleo en una unidad de negociación dada las circunstancias que le impida hacerlo directamente con sus representantes legitimados. Hay que tener presente que el fracaso de una

<sup>62</sup> Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). Óp. Cit., párrafo 1052.

<sup>63</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús (2008). Óp. Cit., p. 467.

negociación no es el supuesto habilitante sino la imposibilidad de implementar una negociación.

La eficacia normativa del convenio colectivo lo conduce a una interrelación con la normativa estatal y con la autonomía individual.

La relación entre el convenio colectivo y la norma estatal está definida por las reglas del ordenamiento normativo. Si bien ambas son reconocidas como fuentes de derecho, el propio ordenamiento las distribuye jerárquicamente ordenando la primacía de la norma estatal imperativa sobre la norma convencional. En algunos ordenamientos se otorga a los convenios colectivos el rango de ley, por lo que prevalece sobre las normas estatales infralegales, pero sometido a las normas estatales con rango de ley. En conclusión, se configura una relación de subordinación donde la norma convencional está sometida a la norma estatal.

Esta primacía conduce a que el intervencionismo estatal en la negociación colectiva resulte determinante para fijar la amplitud de la autonomía colectiva. En un sistema democrático de relaciones laborales, la normativa estatal cumple un rol de fomento a la negociación colectiva por lo que su regulación se centra en las normas de organización y en el otorgamiento de las garantías para su cumplimiento, sin invadir la definición de los contenidos del convenio colectivo. Asimismo, se señaló que el derecho de negociación colectiva es un derecho-libertad, por lo que si bien su marco de actuación está en estrecha relación al ámbito que la normativa estatal le defina, no requiere de un reconocimiento normativo para poder ser ejercitado. Por ejemplo, se puede entablar negociaciones colectivas en niveles de negociación que no están recogidos expresamente en las normas estatales.

El carácter normativo del convenio colectivo le permite imponerse sobre la autonomía individual. Se reproduce la relación de subordinación entre el contrato de trabajo y el convenio colectivo con las consecuencias descritas. Por un lado, el convenio colectivo regula la relación laboral entre los trabajadores y la empresa, sometiendo a la autonomía individual a dicha regulación. En otras palabras, el contrato de trabajo no puede contravenir lo estipulado por el convenio colectivo. La Recomendación 91 en su párrafo 3 es muy preciso al respecto: “Las disposiciones en tales contratos de trabajo contrarias al contrato colectivo deberían ser considerados como nulos y substituirse de oficio por las disposiciones correspondientes del contrato colectivo”. Por otro lado, el contrato de trabajo puede regular la relación laboral en aquello no estipulado por el convenio colectivo y aquellas materias reguladas siempre que respete su contenido. Así su ámbito de actuación son los espacios no regulados por el convenio y condiciones más beneficiosas que las otorgadas por éste, aunque en este último supuesto siempre condicionado a que no vulnere la autonomía colectiva. Por ejemplo, por el contrato de trabajo o por la decisión unilateral del empleador se busque socavar la negociación colectiva a través del otorgamiento de mejores derechos a los trabajadores no sindicalizados. Aquí caben dos pronunciamientos ilustradores de esta situación.

En primer lugar, el CLS se pronunció en un caso sobre el Perú, señalando que:

[C]uando en un proceso de negociación con el sindicato la empresa ofrece simultáneamente mejoras en las condiciones de trabajo a los trabajadores no sindicalizados a través de convenios individuales, existe un peligro serio de que

se menoscabe la capacidad negociadora del sindicato y de se produzcan situaciones discriminatorias que favorezcan al personal no sindicalizado; además ello puede promover la desafiliación de trabajadores sindicalizados<sup>64</sup>.

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional española lo señala en estos términos: “Los pactos individuales o las decisiones unilaterales del empresario que pretendan u ocasionen objetivamente la sustitución del régimen previsto en la norma colectiva por otro diferente o, en otras palabras, que eludan o soslayan la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíen sustancialmente el contenido efectivo del convenio”<sup>65</sup>.

Respecto a la sucesión de convenios colectivos en la misma unidad de negociación, el punto controversial se produce si el convenio posterior es peyorativo sobre el anterior. La doctrina se divide en dos posiciones opuestas. Por un lado, se sostiene que los derechos establecidos en el convenio colectivo ingresan al patrimonio jurídico de los trabajadores, con lo que la comisión negociadora no puede disponer de ellos. Asimismo, en respaldo a esta posición se sostiene la aplicación del principio de condición más beneficiosa para proteger esos derechos incorporados al patrimonio de los trabajadores. Por otro lado, se sostiene que los derechos establecidos en los convenios colectivos tienen un carácter disponible, por lo que la comisión negociadora cuenta con la capacidad de modificarlos de manera peyorativa. Al tratarse de derechos disponibles no se aplica el principio de condición más beneficiosa. Las legislaciones nacionales se inclinan por una u otra opción jurídica. En mi opinión, la primera posición si bien protege de manera completa los derechos laborales, peca de estática al cerrar las puertas que la negociación colectiva sea una herramienta jurídica apropiada para enfrentar eventuales crisis económicas que sufran las empresas, además desalienta a la parte empresarial en mejorar o establecer nuevos derechos porque ya no pueden modificarse ante una alteración de la situación económica.

A lo largo de este recorrido por diversas materias de la negociación colectiva se muestran las diversas posiciones que adopta la doctrina sobre ellas, no existe una lectura cerrada y el abanico de opciones permite a las legislaciones establecer las medidas que fomenten la negociación colectiva acorde a la realidad de su país. Asimismo, nos permite abordar el análisis de la legislación laboral colombiana sobre la negociación colectiva de rama de actividad sobre un parámetro jurídico preciso, identificando sus debilidades y las eventuales lagunas normativas, así como la elaboración de propuestas normativas coherentes.

## **Segunda Parte: La negociación colectiva de rama de actividad en Colombia**

La primera parte muestra los aspectos centrales de la negociación colectiva, de modo que con este parámetro jurídico se puede analizar debidamente la negociación colectiva de rama de actividad en la normativa colombiana. Para ello vamos a tomar la estructura de la primera parte como guía de la investigación, aunque siempre en referencia a la propia normativa colombiana, la jurisprudencia y las convenciones colectivas materializadas en el país. Hay que tener presente que esta segunda parte

---

<sup>64</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1996). *Informe núm. 306, Caso 1845 (Perú)* del Comité de Libertad Sindical. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Marzo 1996, párrafo 517.

<sup>65</sup> Citado por VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (2012). *Óp. Cit.*, p. 51.

se centra en nuestro objeto de estudio: la negociación de rama de actividad, por lo que se dejan de lado materias generales de la negociación colectiva que siendo importantes no son sustanciales para la investigación.

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>66</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.

Este análisis lo iniciamos con el reconocimiento del derecho de negociación colectiva en la Constitución colombiana.

## **1. 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

---

<sup>66</sup> El profesor Silva plantea una serie de argumentos que justifican la negociación colectiva de industria sobre la base de la regulación del CST. Vid. SILVA ROMERO, Marcel (1996). “La juridicidad de la negociación de los sindicatos de industria”. En: *Revista Actualidad Laboral*. Bogotá: Editorial Legis, Mayo-Junio, N°. 75, p. 4-10.



instrumento para alcanzar mejores condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan las organizaciones sindicales<sup>67</sup>.

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”<sup>68</sup>. 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<sup>69</sup>.

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<sup>70</sup>. 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

<sup>67</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-201 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

<sup>68</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-401 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

<sup>69</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-562 de 1992. Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein.

<sup>70</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-568 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Cfr. RAMÍREZ ARAQUE, Fanny. *Utilización NIT en decisiones judiciales*. Bogotá, Oficina Internacional del Trabajo, 2010, p. 29 y ss.

forman parte del bloque<sup>71</sup>. 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*<sup>72</sup>. 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.

## **2. 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, el establecimiento el tipo de organización que desean constituir los trabajadores y el número de trabajadores exigidos para constituir un sindicato en el país.

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.

<sup>71</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-401 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>72</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-280 de 2007. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Puerto. Cfr. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. Sentencia C-466 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

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>73</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 Constitucional declaró inexecutable la unicidad sindical del CST por considerar que:

[A] 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

---

<sup>73</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.

ya exista otro, resulta injustificada a la luz de la garantía expresa de la Constitución de 1991<sup>74</sup>.

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.

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 explaya 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

---

<sup>74</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-567 de 2000. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. 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.

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.

Finalmente, los ordenamientos nacionales exigen un número mínimo de afiliados para constituir un sindicato. La normativa colombiana no es ajena a este requisito. El artículo 359 del CST establece que: “Todo sindicato de trabajadores necesita para constituirse o subsistir un número no inferior a veinticinco (25) afiliados; y todo sindicato patronal no menos de cinco (5) empleadores entre sí”.

La exigencia de veinticinco afiliados para constituir o subsistir un sindicato colombiano no ha recibido el cuestionamiento de los órganos de control de la OIT –la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical–. La Corte Constitucional señala que esta exigencia numérica dispuesta por el CST es constitucional, porque es necesario y proporcionado a la estructura y organización del sindicato<sup>75</sup>.

Si bien el número mínimo exigido por el CST para constituir un sindicato de industria o de oficio no resulta desproporcionado para impedir su conformación, una situación sustancialmente distinta se presenta en el caso del sindicato de empresa. En efecto, la regulación y la jurisprudencia constitucional con los pronunciamientos de los órganos de control dejan de lado un dato primordial del mundo laboral colombiano: la mayoría de las unidades productivas del país cuentan con una plantilla inferior a los veinticinco trabajadores, por lo que en términos formales se impide a la mayoría de los trabajadores colombianos poder sindicalizarse a nivel de empresa. Esto lo resalta Vásquez Fernández, al señalar que el 80% de la población ocupada colombiana laboran en empresas con diez o menos de trabajadores en su plantilla<sup>76</sup>. Por ello, se requiere una modificación del artículo 359 del CST adecuando la exigencia del número mínimo de trabajadores para constituir un sindicato de empresa de acuerdo al escenario laboral colombiano.

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. En una estructura empresarial donde la mayoría de las unidades productivas cuentan con poco personal y donde el número mínimo de afiliados se vuelve en un impedimento legal, la conformación de sindicatos de industria se vuelve en la mejor modalidad sindical.

### **3. La titularidad del derecho de negociación colectiva**

La Corte Constitucional interpretando el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT concluye que la titularidad del derecho de negociación colectiva les corresponde simultáneamente a ambos actores sociales –empleadores y trabajadores–, siendo

<sup>75</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-201 de 2000. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

<sup>76</sup> Vid. VÁSQUEZ FERNÁNDEZ, Héctor (2013). “La negociación colectiva en Colombia”. En: *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y el Caribe*. Sao Paulo: Confederación Sindical de las Américas, p. 269.

equivocado postular que el titular sea una sola de las partes<sup>77</sup>. Aquí, a diferencia de otros sistemas de relaciones laborales, no se menciona la titularidad de las organizaciones sindicales y gremiales, con lo que abre la puerta en Colombia que los trabajadores no sindicalizados puedan implementar una negociación colectiva que culmina con los pactos colectivos.

Se puede sostener que la titularidad del derecho de negociación colectiva no tiene restricciones en Colombia, como el propio Alto Tribunal sostiene. Sin embargo, el artículo 416 del CST lo limita porque los empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas:

Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones de tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga.

Inicialmente la jurisprudencia interpretó que este artículo solo restringía el derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, apoyándose en la propia lectura del artículo 55 de la Constitución<sup>78</sup>. Esta interpretación descrita se modifica con la ratificación de los Convenios Nos. 151 y 154 por Colombia. En su competencia sobre definir la constitucionalidad de los tratados internacionales (artículo 241 numeral 10), el Alto Tribunal se pronuncia sobre la constitucionalidad de ambas normas internacionales del trabajo, evaluando también el referido artículo 416 del CST.

En el primer caso se produce con la sentencia C-377 de 1998, donde establece la constitucionalidad de los artículos 7 y 8 del Convenio N°. 151 de la OIT<sup>79</sup>. En el segundo caso se produce con la sentencia C-161 de 2000, donde el Alto Tribunal reitera el mismo argumento reseñado al evaluar el artículo 1 del Convenio N°. 154 de la OIT, considerando que los empleados públicos tienen el derecho a la negociación colectiva<sup>80</sup>. Posteriormente, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del artículo 416 del CST y sobre el derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos en otras sentencias, evidenciando una evolución para otorgar una mayor plenitud en el ejercicio del derecho.

El impacto de la sentencia constitucional, los pronunciamientos de la Comisión de Expertos y el debate internacional sobre las graves violaciones a la libertad sindical obligaron al gobierno a que adoptase el Decreto 535 de 2009. Posteriormente, fue reemplazado por el Decreto 1092 de 2012 con sustanciales modificaciones, aunque mantenía serias limitaciones. Finalmente, con el Decreto 160 de 2014 se da un avance hacia el estándar establecido por el Convenio 151 de la OIT<sup>81</sup>. Es importante resaltar el Decreto 160 porque aborda una serie de temas troncales de la negociación colectiva, destacando su diseño normativo sobre una negociación colectiva articulada al interior del sector público.

<sup>77</sup> Vid. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1050 de 2001. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

<sup>78</sup> La Comisión de Expertos de la OIT criticó durante un largo período de tiempo en los noventa y principios de este siglo que al amparo del Convenio 98 de la OIT debía reconocerse el derecho de negociación a los empleados públicos, refiriéndose especialmente a aquellos que no ejercen actividades propias de la administración del Estado. Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2002). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte IA)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 90°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, p. 388.

<sup>79</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-377 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>80</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-161 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>81</sup> Vid. VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. *Negociación colectiva y sindicatos de empleados públicos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 5ª. Edición, 2014, p. 233-234.

El Decreto 160 precisa que las partes en la negociación son una o varias entidades y autoridades públicas competentes y una o varias organizaciones sindicales, con lo que se elimina cualquier restricción sobre la titularidad del derecho de negociación colectiva. Esto se plasma en la regulación de que “en caso de pluralidad de organizaciones sindicales de empleados públicos, éstas deberán realizar previamente actividades de coordinación para la integración de solicitudes, con el fin de concurrir en unidad de pliego y en unidad de integración de las comisiones negociadoras y asesoras” (artículo 8 numeral 1). El propio Decreto define el grado de representatividad sindical y la conformación de la comisión negociadora, donde se pone el énfasis en el número de afiliados como un criterio objetivo pero que no excluye la representatividad de los sindicatos minoritarios. Asimismo, en el ámbito de la negociación se establece dos niveles. El primero de ámbito general o de contenido común la negociación se realiza entre las confederaciones o federaciones sindicales de empleados públicos y los representantes de las autoridades públicas competentes. El segundo de ámbito singular o de contenido particular por entidad o por distrito, departamento o municipio. Así la negociación colectiva de los empleados públicos se materializa de manera articulada entre diversos niveles de negociación. Se trata de una regulación modernizadora de las relaciones laborales respondiendo a la complejidad del empleo público y un parámetro al que puede recurrirse como modelo para la negociación colectiva en el sector privado.

La Comisión de Expertos ha valorado positivamente la promulgación del Decreto 160 de 2014, especialmente que su elaboración ha contado con la participación de las organizaciones sindicales, aunque observa que el Decreto excluye el tema de las pensiones como materia que pueda abordarse en la negociación ni tampoco prevé el recurso al arbitraje voluntario como mecanismo de solución<sup>82</sup> Hay que tener presente que se reformó el artículo 48 de la Constitución sobre el derecho de seguridad social, agregándose en el Párrafo 2° la prohibición que por medio de pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudo o acto jurídico alguno puedan establecerse condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

Con esta nueva regulación sobre la negociación colectiva de los empleados públicos se levantan las restricciones en la titularidad del derecho en Colombia, siendo más armonioso con las obligaciones que se desprenden de los convenios de la OIT ratificados. Sin embargo, la solución legal planteada resuelve sólo parcialmente la situación en tanto el acuerdo colectivo siempre está sujeto al acto administrativo que le otorgue validez. En realidad, cuando la Constitución colombiana atribuye a determinadas autoridades públicas la decisión unilateral de las condiciones de empleo de este grupo de trabajadores estaría colisionando con la regulación de las normas internacionales del trabajo que privilegian el acuerdo bilateral.

#### **4. 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

---

<sup>82</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2015). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte IA)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 104°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, p. 65-67.

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<sup>83</sup>. 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 2° 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

---

<sup>83</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-797 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.



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<sup>84</sup>.

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.

---

<sup>84</sup> GONZÁLEZ HERAZO, Edgardo Rafael (2010). *La difícil libertad sindical y las relaciones de conflicto en Colombia*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., p. 256-257.

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.

## **5. 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”<sup>85</sup>.

En la primera parte establecimos que 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,

---

<sup>85</sup> GNECCO MENDOZA, Gustavo (2015). “Las relaciones colectivas del trabajo en Colombia”. En: *Las relaciones laborales colectivas en América Latina y España* de Cristina Mangarelli, Tomás Sala Franco y Francisco J. Tapia Guerrero (Coordinadores). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 204.

concluimos que 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, como se señala en la primera parte de la investigación, 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. Ya mencionamos lo establecido por la CEACR<sup>86</sup> y el CLS precisa en las negociaciones colectiva de rama que: “Los empleadores deberían reconocer a las organizaciones representativas de trabajadores en una industria determinada a los fines de la negociación colectiva”<sup>87</sup>.

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.

## **6. El contenido de la convención colectiva**

El artículo 2 del Convenio N°. 154 de la OIT define el contenido de la negociación colectiva en fijar las condiciones de trabajo y de empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores y sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos sus fines a la vez, Así, la norma internacional del trabajo es lo suficientemente amplia para abordar las más diversas materias que se producen en las relaciones laborales. Esto no ha impedido en reconocer que determinadas materias como el número de personal, el poder de dirección o el propio funcionamiento de los asuntos de gobierno se encuentren fuera del alcance de la negociación colectiva<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Vid. Nota 58.

<sup>87</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). Óp. Cit., párrafo 954.

<sup>88</sup> Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). Óp. Cit., párrafo 921.

En el caso colombiano el artículo 468 del CST define el contenido de las convenciones colectivas refiriéndose a cualquier estipulación que acuerden las partes sobre las condiciones generales de trabajo. En las negociaciones colectivas de empleados públicos el Decreto 160 de 2014 excluye una serie de materias de la negociación colectiva: la estructura general del Estado, la competencia constitucional y legal de las autoridades públicas, la carrera administrativa, el poder disciplinario, etc., materias similares a las aceptadas por los órganos de control de la OIT.

La dificultad se produce con el mencionado artículo 4 constitucional que prohíbe modificar las pensiones por medio de la negociación colectiva. Esta materia es abordada por la Corte Constitucional estableciendo que ni existe una vulneración de los derechos fundamentales ni tampoco representa un desconocimiento de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical<sup>89</sup>. En el caso de la vulneración de los derechos fundamentales, la Corte sostiene que la reforma constitucional respeta los derechos adquiridos como las expectativas legítimas del acceso a la pensión de jubilación contenida en el pacto o la convención colectiva. En el caso de las dos recomendaciones de la OIT, la Corte afirma que la reforma es compatible con ellas porque considera la vigencia de las convenciones colectivas hasta su vencimiento y respecto a las convenciones posteriores a la fecha de entrada de vigencia de la reforma no se encuentran protegidas por los derechos adquiridos y por ende sometidos a la aplicación de la reforma<sup>90</sup>.

No obstante la sentencia constitucional, la Comisión de Expertos le recuerda al Gobierno colombiano que

[E]l establecimiento por la ley de un sistema general y obligatorio de pensiones es compatible con la negociación colectiva a través de un sistema complementario. En estas condiciones, la Comisión pide al Gobierno que, en consulta con los interlocutores sociales representativos, tome las medidas necesarias para que no se prohíba que las partes en la negociación colectiva puedan, tanto en el sector privado como público, mejorar las pensiones a través de prestaciones complementarias, cuando ello sea posible desde el punto de vista presupuestario para las empresas e instituciones públicas<sup>91</sup>.

El fundamento del pronunciamiento de la Comisión de Expertos es el artículo 5, 2 b) del Convenio 154 donde las medidas nacionales que deben adoptarse para fomentar la negociación colectiva tienen por objetivo que la negociación colectiva se extienda a todas las materias señaladas en la norma internacional del trabajo. La reforma constitucional significa un retroceso en tanto las pensiones era una materia que se abordaba en las convenciones colectivas antes de su implementación.

---

<sup>89</sup> La Corte Constitucional colombiana alude al *Caso 2434* donde las organizaciones sindicales colombianas presentaron una queja ante el Comité de Libertad Sindical por la violación a la negociación libre y voluntaria que comete la reforma del artículo 48 de la Constitución. El CLS recomienda: “i) en cuanto a las convenciones celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación, pide una vez más al Gobierno que adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento; ii) en cuanto a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del acto legislativo núm. 01, pide una vez más al Gobierno que teniendo en cuenta las circunstancias particulares de este caso, y con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realice de nuevo consultas detalladas dirigidas exclusivamente a los interlocutores sociales acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución negociada aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia, en particular asegurando que las partes en la negociación colectiva puedan mejorar las prestaciones legales sobre pensiones y esquemas de pensiones por mutuo acuerdo”.

<sup>90</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-555 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Pretelt Chaljub.

<sup>91</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2015). Óp. Cit., p. 67.

## 7. 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<sup>92</sup>, 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<sup>93</sup>.

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<sup>94</sup>. 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

<sup>92</sup> Vid. DE LA FONT DE LEÓN, Francisco Rafael Ostau (2011). Óp. Cit., p. 266 y ss. GNECCO MENDOZA, Gustavo (2015). Óp. Cit., p. 201 y ss.

<sup>93</sup> GNECCO MENDOZA, Gustavo (2015). Óp. Cit., p. 202.

<sup>94</sup> Vid. GAMBOA JIMÉNEZ, Jorge (2014). *Código Laboral sustantivo del trabajo y procedimiento laboral*. Bogotá: Leyer Editorial, 33ª. Edición, p. 715.

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<sup>95</sup>. 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<sup>96</sup>.

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

---

<sup>95</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C063 de 2008. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

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<sup>97</sup>, 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 ECOPELROL 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,

---

<sup>97</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-797 de 2000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

ello con el fin de evitar que el trabajador reciba duplicidad o más beneficios convencionales<sup>98</sup>.

Si bien la sentencia de la Corte Suprema de Justicia no es una jurisprudencia obligatoria, asienta un criterio desde el Organismo Judicial colombiano para similares casos: 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>99</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, como resaltamos, 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.

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

---

<sup>98</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia de 3 de junio de 2009. Magistrado Ponente: Luis Javier Osorio López.

<sup>99</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. Citado por GONZÁLEZ HERAZO, Edgardo Rafael (2010). Óp. Cit., p. 269.



regulación supere al convenio de nivel superior, en caso contrario prevale 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 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. 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 la primera parte señalamos que 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<sup>100</sup>.

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>101</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, como hemos concluido en la primera parte de la investigación, 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.

## **8. 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.º 91 de la OIT sobre los contratos colectivos<sup>102</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.

<sup>100</sup> VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (2012). Óp. Cit., p. 254-255.

<sup>101</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, Marcial (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 10ª. Edición aumentada, p. 264.

<sup>102</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.

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 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<sup>103</sup>.

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<sup>104</sup>. 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<sup>105</sup>. Asimismo, las convenciones colectivas se extienden a todos los trabajadores, independientemente

---

<sup>103</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-902 de 2003. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>104</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia de 1 de marzo de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader.

<sup>105</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia de 22 de julio de 1999. Magistrado Ponente: Luis Toro Correa.

que sean o no sindicalizados, salvo que alguno o algunos no sindicalizados hubiesen renunciado expresamente a los beneficios del acuerdo<sup>106</sup>.

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<sup>107</sup>.

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.

## **9. La vigencia de la convención colectiva**

La vigencia de la convención colectiva tiene la duración que establezcan las partes en el acuerdo. En el caso que no esté definida, el artículo 477 señala que se presume celebrada por términos sucesivos de seis meses en seis meses. A su vez, si ninguna de las partes manifiesta una voluntad de dar por terminada su vigencia dentro de los sesenta días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis en seis meses que se contarán desde la fecha señalada para su terminación (artículo 478).

La pérdida de vigencia de una convención colectiva de trabajo se manifiesta con su denuncia. Conforme al artículo 479 del CST, la denuncia es válida cuando se manifiesta por escrito dar por terminada la convención, ya sea por una de las partes o por ambas separadamente. Formulada la denuncia, ésta continuará vigente hasta no se acuerde una nueva convención.

La Corte Constitucional declaró exequible tanto la prórroga automática (artículo 478) y la denuncia de la convención colectiva (artículo 479)<sup>108</sup>.

## **10. Los pactos colectivos**

El tema más controversial de la negociación colectiva colombiana se produce con los pactos colectivos. Éstos son los acuerdos que celebran el empleador y los trabajadores no sindicalizados por medio de una delegación negociadora. El pacto colectivo sólo es aplicable a quienes lo suscriben o se adhieran posteriormente a ellos

---

<sup>106</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL. Sentencia de 11 de agosto de 2004. Magistrado Ponente: Gustavo Gnecco Mendoza.

<sup>107</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-710 de 1996. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

<sup>108</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-902 de 2003. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

señala el artículo 481 del CST. Sin embargo, este instrumento que debería permitir a los trabajadores no sindicalizados o sin la posibilidad de constituir un sindicato definir con su empleador sus condiciones de trabajo, por el contrario se ha convertido en una herramienta para socavar la libertad sindical.

Un buen ejemplo en la utilización del pacto colectivo como una acción antisindical se ventiló en el Caso 2877 ante el Comité de Libertad Sindical. El sindicato de la empresa Brinks (Sintrabrinks) presentó una queja señalando -entre una de sus reclamaciones- que la empresa provocó la desafiliación de trabajadores por medio de la adhesión al pacto colectivo. Muestra de ello es que una cláusula del pacto colectivo impone como condición para beneficiarse de él, que el trabajador se desafilie del sindicato. El Comité señala en su pronunciamiento que “deben respetarse los principios de la negociación colectiva teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 4 del Convenio núm. 98 y que los pactos colectivos no deben ser utilizados para menoscabar la posición de las organizaciones sindicales”<sup>109</sup>. Previamente, el Comité de Libertad Sindical se pronunció en los mismos términos en los casos colombianos 2239 y 2362.

También la Comisión de Expertos se pronunció sobre los pactos colectivos, señalando la necesidad de garantizar que los pactos colectivos no sean utilizados para menoscabar la posición de las organizaciones sindicales y la posibilidad en la práctica de celebrar convenios colectivos con éstas<sup>110</sup>.

El conflicto reside en que la legislación colombiana permite que en la misma empresa puedan existir simultáneamente una convención colectiva de trabajo con el sindicato y un pacto colectivo con los trabajadores no sindicalizados, siempre que el sindicato no represente a más de un tercio de los trabajadores de la empresa, conforme lo prescriben los artículos 470 y 471 del CST.

Esta simultaneidad de acuerdos en la misma empresa ha recibido el respaldo de la Corte Constitucional:

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. (...) 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<sup>111</sup>.

La permisividad legal y jurisprudencial colombiana provocó situaciones donde el pacto colectivo otorgaba mejores derechos a los trabajadores no sindicalizados que la

<sup>109</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe número 367, Caso 2877*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, junio 2011, párrafo 505.

<sup>110</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 101°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, p. 119.

<sup>111</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-342 de 1995. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

convención colectiva del sindicato. Una situación jurídica que consagraba la discriminación de los sindicalistas y el socavamiento de la organización sindical.

La Corte Constitucional tuvo que reconocer que esta situación era discriminatoria y violaba los derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos en la Constitución:

Reiterando lo que dijo esta Corte en la sentencia SU-342/95, nada se opone a que el patrono celebre pactos colectivos con sus trabajadores no sindicalizados que coexistan con convenciones colectivas; tampoco está proscrito que el patrono unilateralmente mejore las condiciones de trabajo de sus trabajadores. Pero lo que si no le está permitido es utilizar estos mecanismos, para crear condiciones de trabajo para los trabajadores no sindicalizados diferentes a las previstas para los trabajadores sindicalizados, cuando las circunstancias fácticas no justifican desde el punto de vista de su diferencia, objetividad, racionalidad, razonabilidad y finalidad un tratamiento distinto, pues si lo hace lesiona los derechos a la igualdad, a la asociación sindical y a la negociación colectiva. (...) En este orden de ideas, como se expresó en la aludida sentencia, se llega a la misma conclusión, con respecto a la coexistencia entre pactos y convenciones colectivas, en el sentido de que las condiciones de trabajo que ofrezca la empresa, de modo general y en forma unilateral a sus trabajadores no sindicalizados, deben ser iguales a las establecidas en la Convención Colectiva, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad. No obstante, se aclara que la anterior no se opone a que se establezcan diferencias salariales, aplicando el principio a trabajo igual salario igual, que naturalmente tengan un fundamento razonable<sup>112</sup>.

La dificultad del planteamiento del Alto Tribunal es que los sindicatos debían demandar judicialmente cuando en una misma empresa existiese un pacto colectivo y una convención colectiva, y ésta fuese peyorativa frente aquélla. De este modo la protección sólo se lograría por medio de acciones de tutela, lo que conllevó a que se utilizase de manera recurrente la garantía constitucional. Reiteradamente, tuvo la Corte Constitucional que pronunciarse sobre la acción antisindical que representaban los pactos colectivos en el escenario laboral colombiano, señalando que: “a pesar de existir acuerdos lícitos con aquellos trabajadores que no pertenecen a una asociación sindical, se vulnera el derecho a la asociación sindical si las diferencias en las condiciones de trabajo estimulan la deserción de los agremiados, lo que a la postre podría convertir en minoritaria su participación al interior del ente empleador”<sup>113</sup>. La acumulación de sentencias constitucionales con el tenor reseñado y el simultáneo crecimiento de pactos colectivos en el país retrataron el abuso de derecho que se comete por un sector de empleadores colombianos.

Los reiterados pronunciamientos de los órganos de control de la OIT que condenan los pactos colectivos que vulneran la libertad sindical obligaron al Gobierno colombiano a modificar con la Ley 1453 de 2011 el Código Penal e introducir como delito en su artículo 200: “el que celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de

---

<sup>112</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-569 de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>113</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-345 de 2007. Magistrado Ponente: Clara Vargas Hernández.

aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa”. Sin embargo, al igual que con la penalización de la violación al derecho de asociación, su impacto real ha sido poco significativo.

A pesar de las sentencias constitucionales y la reforma del Código Penal, como bien subraya la Comisión de Expertos de la OIT, que cuando existe un sindicato en la empresa los acuerdos colectivos con trabajadores no sindicalizados no deberían producirse<sup>114</sup>, por lo que sólo caben los pactos colectivos en ausencia de organizaciones sindicales<sup>115</sup>. Mientras Colombia no modifique el artículo 481, en los términos planteados por el órgano de control de la OIT, se van a mantener las violaciones a la libertad sindical en esta materia.

## **11. 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.

---

<sup>114</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 101°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, p. 119.

<sup>115</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2014). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III. Parte 1A)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 103°. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, p. 87.

## Reflexión Final

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 de 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.

Lo que deberían evaluar el movimiento sindical colombiano es reagrupar los sindicatos de empresa en un solo sindicato de rama o industria, transformando las bases de empresa en secciones sindicales de modo que la representación laboral sea simultánea en ambos niveles, en vez de constituir federaciones sindicales dada las restricciones en el ejercicio del derecho de huelga dispuestas por el CST, a pesar de ser una violación del Convenio 87 de la OIT.

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 le 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.

Tampoco se considera una excepción del deber de negociar la primera negociación colectiva –lo que incluye una primera negociación a nivel de rama aunque existan convenciones colectivas a nivel de empresa–. En cambio, la modificación de la unidad de negociación o del nivel requiere el acuerdo de las partes laboral y empresarial, esta modificación no puede ser impuesta normativamente.

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.

Lo que sería aconsejable tomar en consideración dentro del movimiento sindical colombiano es vencer las resistencias que puedan existir desde los propios sindicatos de base o empresa. En un escenario acostumbrado a que los sindicatos de empresa negocien sus pliegos de peticiones, resulta difícil que los trabajadores y sus dirigentes renuncien a continuar con ello. Una negociación articulada en una relación de suplementariedad de las convenciones resultaría más atractiva para los sindicatos de empresa, porque les permite seguir negociando sobre la base de un piso dispuesto por la convención de rama, de modo que las singularidades de la empresa y la fortaleza sindical conduzca a la superación de esos mínimos. Para la materialización de este tipo de articulación, ante la ausencia de regulación estatal, la negociación de nivel de rama debe ser previa a las negociaciones a nivel de empresa y para facilitar su implementación, un sindicato de rama o industria debe ser la parte laboral legitimada de la negociación superior y las secciones sindicales debe ser la parte laboral legitimada de la negociación inferior. No existe ningún impedimento legal que la representación de la parte laboral cuente con los mismos dirigentes sindicales tanto en una como en otra, lo que le otorga mayor fortaleza a esta estrategia sindical.

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. Mientras esto no se materialice, el esfuerzo de las organizaciones sindicales colombianas debe centrarse en lograr que en las propias convenciones colectivas de rama se plasmen las normas de organización de la estructura de la negociación colectiva, para resolver eventuales concurrencias conflictivas.

M.F.C.M.

---