

Comentarios del Consejo Gremial Nacional sobre la agenda normativa del Ministerio del Trabajo

1. Comentarios generales del Proyecto de ley “Por medio de la cual se regula la celebración de Pactos Colectivos, se desarrolla el punto 2.2.1. del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, en virtud del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz”

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

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

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

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

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

- a.) Fijar las condiciones de trabajo y empleo.
- b.) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores.

c.) Regular las relaciones entre empleadores y una o varias organizaciones de trabajadores a su vez”.

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

“De la definición citada anteriormente se desprende, por una parte, que los sujetos de la negociación colectiva son por una parte el empleador (un empleador o varias organizaciones de empleadores) y por la otra una o varias organizaciones de trabajadores. Lo cual claramente hace referencia a los sindicatos”

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

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

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

fundamentales de los trabajadores y de la organización sindical". (Subraya fuera del texto original)

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

“ARTICULO 481. CELEBRACIÓN Y EFECTOS. Artículo modificado por el artículo 69 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: Los pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas en los Títulos II y III, Capítulo I, Parte Segunda del Código Sustantivo del Trabajo, pero solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a él.”

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

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

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

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

Ley y derivados de las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia al ratificar los instrumentos de la OIT.

Segundo, la exposición de motivos del proyecto de Ley está fundamentada únicamente en lo formulado por la –OCDE– y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Estos organismos consideran que el derecho de asociación sindical está supeditado de manera exclusiva a la negociación colectiva. Sin embargo, esto solo tiene en cuenta una visión parcial del derecho de asociación sindical que contraría lo establecido por el artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 39 de la Constitución Política de Colombia. Pues el derecho de asociación sindical tiene 2 acepciones, una positiva que consiste en la posibilidad del trabajador de conformar un sindicato o asociación sin intervención del Estado y una negativa según la cual los trabajadores pueden decidir libremente no formar ningún tipo de asociación.

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

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

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

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

(...)

La libertad de asociación sindical comprende tres enfoques:

(...).

b- Libertad de sindicalización (o sindicación), ya que nadie puede ser obligado a afiliarse o a desafiliarse a un sindicato; en palabras del artículo 358 del Código Sustantivo de Trabajo, inciso 1º: “Los

sindicatos son asociaciones de libre ingreso y de retiro de los trabajadores.

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

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

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

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

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

Además, nuestro ordenamiento jurídico, constitucional y laboral, ha instrumentado medidas que garantizan estos derechos. En cuanto a los pactos colectivos, se ha limitado la libertad del empleador para celebrar este tipo de

acuerdos; de modo que no se atente contra la organización sindical en sí misma, ni contra el derecho fundamental a la asociación.

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

Cuarto, el Proyecto de Ley **no tiene en cuenta que el derecho de asociación sindical es voluntario y su ejercicio se fundamenta en la autodeterminación de las personas de unirse con otros individuos**. Tal como lo dispone el artículo 358 del Código Sustantivo de Trabajo, inciso 1º: “Los sindicatos son asociaciones de libre ingreso y de retiro de los trabajadores”. Asimismo, los sindicatos tienen como prohibición realizar cualquier acción orientada a obligar a personas a ingresar o retirarse. Dispone el artículo 379 del Código Sustantivo del Trabajo:

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

(...)

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

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

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

Quinto, la motivación del proyecto de Ley establece que la negociación colectiva puede hacerse efectiva por una pluralidad de instrumentos y que estos instrumentos no se reducen a las convenciones y pactos colectivos, pero no consagra una figura alternativa y deja como única opción los convenios

colectivos. Por tanto, invalida el ejercicio de negociación colectiva a los trabajadores no sindicalizados, al derogar las normas que establecen dicha posibilidad, sin establecer escenarios de concertación alternativos.

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

En conclusión consideramos que no hay necesidad de eliminar los pactos colectivos como medida de fortalecimiento del movimiento sindical. Lo anterior se atribuye a que el movimiento sindical a nivel normativo ya cuenta con las garantías de protección suficientes y lo que en verdad necesita es fortalecer la confianza y la credibilidad de los trabajadores y su capacidad de liderazgo. Es posible, además, acudir a otras estrategias para fomentar la asociación sindical sin que se vean desprotegidos los trabajadores que libremente decidan no afiliarse.



1.1 Comentarios al articulado

1.1.1 Artículo Segundo

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

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

1.1.2 Artículo Tercero

El artículo tercero establece:

“REGLAS PARA CUANDO YA HABÍA PACTOS COLECTIVOS

- A. *En las empresas que se constituya una organización sindical o los trabajadores se afilien a un sindicato de industria, con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, el Pacto Colectivo mantendrá su vigencia solo hasta la suscripción de la Convención Colectiva.*
- B. *Los Pactos Colectivos que se encuentren suscritos en empresas donde existen organizaciones sindicales, al momento de la promulgación de esta Ley, mantendrán sus efectos hasta el término de su vigencia y no podrán ser prorrogados. Las modificaciones a los Pactos Colectivos vigentes en ningún caso implicarán la extensión del plazo.*

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

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

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

1.1.3 Artículo cuarto. Derechos derivados de los pactos colectivos.

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

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



2. Comentarios Decreto por el cual se regula la negociación colectiva por Rama de Actividad Económica, mediante la adición al Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015 Único Reglamentario del Sector Trabajo, un capítulo 10 que reglamenta las Leyes 27 de 1976 y 524 de 1999, aprobatorias de los Convenios de la OIT 98 y 154.

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

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

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

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

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

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

este total el 90.47 % son microempresa, el 4,74 % son pequeñas empresas y el 1,24% son medianas empresas.

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

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

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

Así lo dispone el artículo 2.2.2.10.1 referente al objeto y campo de aplicación, pues consagra que se aplicará lo acordado a todos los trabajadores pertenecientes a la respectiva rama. Dicha disposición podría entenderse como una eliminación de la facultad legislativa del Congreso de la República, puesto que ahora las normas del derecho laboral y los beneficios para los trabajadores serán determinados por unos pocos representantes de los sindicatos y de los empresarios, más no por los representantes del pueblo colombiano elegidos democráticamente.

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

1. No existe claridad frente a la forma en que se delimita la participación de las empresas. ¿Cómo opera el tema de la representación de los empleadores? Los gremios no representan a los empleadores.
2. En relación con trabajadores beneficiarios, la expresión trabajador es demasiado amplia (subordinados, solidarios, independientes, temporales), ¿a qué trabajadores se aplican, a todos ellos por el simple hecho de estar en el sector? ¿Cómo funciona?

3. ¿Qué prima: la negociación con sindicato de base mayoritario, o la de industria? Existe poca claridad sobre el tema de la representación sindical.
4. ¿Quién debe presentar el pliego de peticiones? ¿quiénes serán los intervinientes?

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

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

En la Sentencia C-567 de 2000 la Corte Constitucional declaró inexecutable el numeral primero del artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo que establecía “En una misma empresa no pueden coexistir dos o más sindicatos de base. Si por cualquier motivo llegaren a coexistir subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir al personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión”. En esta Sentencia la Corporación consideró que la disposición aludida limitaba de manera injustificada la garantía de libertad sindical y de sindicalización. Además afirmó: “De esta suerte, la norma acusada resulta, además, contraria a la propia filosofía que informa la Constitución Política de 1991, en cuanto ella, en su artículo 1º autodefine al Estado Colombiano como social de derecho, en el cual son principios esenciales una organización “democrática, participativa y pluralista, fundada en la dignidad humana”, principios éstos conforme a los cuales ha de interpretarse, también, el artículo 39 de la Carta en cuanto garantiza a los trabajadores a constituir sindicatos, lo cual desde luego ha de entenderse en el sentido de que éstos pueden obedecer a distintas orientaciones ideológicas, cuya existencia se garantiza por la propia Constitución”.

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

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

Por último, la norma desconoce la dificultad que generaría en la economía una medida encaminada a unificar en la nación los beneficios extralegales, mediante negociaciones por rama, sin tener en cuenta las condiciones socioeconómicas y de productividad de cada zona del país. Si bien el DANE posee información que permita establecer las condiciones generales de algunos sectores, no es suficiente para evidenciar las condiciones empresariales sobre las cuales se puedan obtener beneficios extralegales teniendo en **cuenta las diferencias en cada empresa y zona del país**. Por eso habría considerar cuales son las características de cada una de las empresas al momento de realizar una negociación de este tipo y que determine hasta dónde puede negociar una empresa.

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

3. COMENTARIOS AL PROYECTO DE ACTO ADMINISTRATIVO POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA LEY 524 DE 1999, APROBATORIA DEL CONVENIO SOBRE EL FOMENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, 1.981 (NÚMERO 154) DE LA OIT

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

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

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

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

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

Sin embargo, este acto administrativo presentaría una serie de problemas. Las leyes aprobatorias de los tratados no incluyen disposiciones sobre reglamentación, por lo que el medio adecuado para tramitar esta propuesta de reglamentación **es por medio de una ley**. Como lo indica el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política la potestad reglamentaria del Presidente

de la República ejercida en este caso a través de sus Ministerios debe desarrollar el contenido de la Ley, **pero no puede ampliar o restringir su sentido**, en caso de hacerlo, se estaría excediendo en sus atribuciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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