



SALA DE DECISIÓN N° 002

Cartagena de Indias D.T. y C., Febrero tres (03) de dos mil diecisiete (2017)

Acción	CUMPLIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-005-2016-00271-01
Demandante	SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE COLOMBIA-SUBDIRECTIVA DE EL GUAMO
Demandado	MUNICIPIO DE EL GUAMO-BOLÍVAR
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Improcedencia de la acción de cumplimiento para restablecer la negociación colectiva de un pliego de peticiones presentado por una organización sindical de carácter territorial.

I. ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante¹, contra la sentencia del 21 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, en las que se negaron las suplicas de la demanda².

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional fue instaurada por el **SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE COLOMBIA- SUBDIRECTIVA DEL GUAMO** representado por la señora **LÍA MARGARITA RAMOS VERGARA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 22.913.715 de Cartagena.

III. ACCIONADO

La acción está dirigida contra **EL MUNICIPIO, PERSONERÍA y EL CONCEJO MUNICIPAL DE EL GUAMO BOLÍVAR**.

IV. ANTECEDENTES**4.1. Pretensiones.**

La señora **LÍA MARGARITA RAMOS VERGARA** actuando en representación del **SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE COLOMBIA SUBDIRECTIVA DEL GUAMO**,

¹ Fol. 138 cdno 1

² Fols. 127- 132 cdno 1



mediante la presente acción pretende que se ordene a la **ALCALDÍA, LA PERSONERÍA Y AL CONCEJO MUNICIPAL DE EL GUAMO-BOLÍVAR**, dar cumplimiento a lo ordenado en el **Decreto 160 de 2014** en su artículo 11 numerales 2 y ss, expedido por el Presidente de la República.

4.2. Hechos y omisiones en que se funda.

Expuso la parte demandante los siguientes:

Por medio del Decreto 160 de 2014, por la cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos.

Afirma que, en fecha 17 de noviembre de 2015 un grupo de empleados públicos de la Alcaldía Municipal del el Guamo, Bolívar, decidieron conformar y fundar la subdirectiva del Sindicato de Servidores Públicos de Colombia SINSERPUBLICOCOLOMBIA, afiliada a la Federación Unión de Trabajadores Democrática de Bolívar- UTRADEBOL y a la Confederación General del Trabajo-CGT; efectuando el 19 de noviembre de 2015; la inscripción y depósito de la Junta Directiva de la Subdirectiva ante el Ministerio del Trabajo Territorial Carmen de Bolívar, dentro del término consagrado en el art. 365 del CST.

Mediante Resolución No. 144 de 23 de noviembre de 2015, el Alcalde Municipal de El Guamo concede los días de permiso solicitados por la Junta Directiva del Sindicato hasta finalizar el año 2015, igualmente, anotando en la hoja de vida de cada uno de los miembros de la Junta Directiva la condición de aforados.

Posteriormente el 17 de diciembre de 2015, el Ministerio del Trabajo, Seccional el Carmen de Bolívar, comunicó al ALCALDE MUNICIPAL DE "EL GUAMO", la creación de la primera Junta Directiva de una subdirectiva sindical.

Que en asamblea estatutaria de afiliados de fecha 15 de febrero de 2016, se acogió el pliego de solicitudes a presentar ante la ALCALDÍA, PERSONERÍA y CONCEJO MUNICIPAL DE "EL GUAMO" BOLÍVAR, al igual que; la escogencia de negociadores principales, suplentes y asesores de la Confederación General del Trabajo, en los términos del Artículo 8 del Decreto 160 de 2014, presentando el pliego ante la Alcaldía el 25 de febrero de 2016. En ese documento se escogieron quienes serían sus negociadores principales y suplentes, así como, asesores del sindicato, con la finalidad de que expidiera los actos administrativos que hicieran ese reconocimiento e iniciar las negociaciones con la organización sindical, tal como lo establece el Decreto 160 de 2014 art. 8. Lo anterior le fue comunicado al Ministerio del Trabajo, el 4 de marzo de 2016.



Por medio de Resolución No. 029 de 15 de marzo de 2016, la Alcaldía Municipal instala la mesa de negociación para firmar un acuerdo laboral, designó a sus negociadores y asesores, lo cual le fue notificado al sindicato, el 14 de abril de 2016.

Con fecha 20 de abril de 2016, se efectuó el ACTA DE INSTALACIÓN No. 1 de la mesa de negociación del SINDICATO con los empleadores por parte ALCALDÍA MUNICIPAL, PERSONERÍA MUNICIPAL y CONCEJO MUNICIPAL. Para la negociación del pliego de solicitudes y se llegaron a los siguientes acuerdos al Instalar la mesa de negociación:

- I. Oficiar a las entidades públicas que no estaban presentes.
- II. Designar como secretaria técnica de la mesa de negociación a la señora HIDA ILSA MERCADO PACHECO por parte de los negociadores de los empleadores y al COORDINADOR de la mesa de negociación señor ALDO MARIO HERNÁNDEZ CARMONA por parte del SINDICATO.
- III. Se establecieron las fechas, horas y lugar para desarrollar la negociación del pliego de solicitudes.
- IV. Se solicitó se sirvieran otorgar los permisos sindicales.
- V. se acordó concederle el permiso a los negociadores del sindicato para los días de la negociación, debiéndose efectuar mediante acto administrativo e incluir a los asesores por parte del sindicato.
- VI. se reconoce el transporte para los negociadores y se deja en estudio es de los asesores del sindicato.

Mediante la Resolución No. 069 de fecha 25 de abril de 2016, se le da cumplimiento a los acuerdos de la mesa de negociación, pero no se efectuó el reconocimiento e inclusión de los asesores del SINDICATO pertenecientes a la CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO.

En la segunda sesión de negociación realizada el 5 de mayo de 2016, estando presente los negociadores por parte de los empleadores ALCALDÍA MUNICIPAL, PERSONERÍA Y CONCEJO MUNICIPAL DE "EL GUAMO" BOLÍVAR con sus asesores, y los negociadores del SINDICATO junto con sus asesores, se suspendió la negociación por parte de la Alcaldía Municipal y se interrumpió el proceso.

El acta que refleja lo antes mencionado contiene lo siguiente:

- a) El empleador ALCALDÍA MUNICIPAL nombró unos nuevos asesores, pero no aportó el acto administrativo en donde se nombraron.

- b) No se había expedido el acto administrativo para reconocer a los asesores por parte del SINDICATO.
- c) La ALCALDÍA MUNICIPAL, expresa que hay irregularidades e ilegalidades en el proceso, porque no existe la constancia de haberse aprobado el pliego en asamblea; por lo que considera que el pliego no es susceptible de negociación, rechazan la solicitud de negociación y se retiran de la mesa de negociación como empleadores, aduciendo que, por tal circunstancia, no reconocen la existencia del sindicato debido a las anomalías inicialmente presentadas al momento de la conformación del mismo.
- d) La PERSONERÍA y el CONCEJO MUNICIPAL dejaron su constancia que ellos no se retiran de la mesa de negociación, manifestando su ánimo de continuar con la negociación.

El 24 de junio de 2016, el Ministerio del Trabajo- Territorial Bolívar, formuló cargos en contra de la Alcaldesa del Municipio de El Guamo, por violar las garantías de la negociación con el sindicato y compulsó copia a la Procuraduría y Fiscalía General de La Nación.

La actora sostiene, que las anteriores medidas no le garantizan al sindicato que los demandados se sienten nuevamente a negociar, toda vez que en el caso de ser sancionados, los accionados solo se verán obligados a pagar una multa; por lo que la única manera de hacerlos cumplir la ley es atreves de la acción de cumplimiento.

Finalmente, señala que con fecha 8 de septiembre de 2016, se presentó requerimiento a la Alcaldía, Personería y Concejo Municipal de "EL GUAMO" Bolívar, con la finalidad de que se diera cumplimiento al Decreto 160 de 2014, en su Artículo 11, numeral 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10. Tal petición, buscaba la reanudación de las negociaciones con la organización sindical, ya que, no existía causa legal para seguir suspendidas las mismas, puesto que no se le ha cancelado el registro y ello obliga a darle cumplimiento a la ley antes mencionada.

V. CONTESTACIÓN.

5.1 Concejo Municipal de El Guamo Bolívar ³

Mediante escrito allegado el 09 de noviembre de 2016, el Presidente del Concejo afirmó, que son ciertos los hechos de la demanda y que dicha entidad tiene la disposición de sentarse a negociar con la parte demandante; sin

³ Fols. 89- 114 cdno 1

embargo, manifiesta que solo tienen un trabajador afiliado a ese sindicato, y si la entidad que agrupa a la mayoría de los miembros del sindicato se levantó de la mesa, no podrían entrar a negociar con un solo empleado, debido a que, la negociación debe ser unificada entre todas las entidades y empleados que hacen parte de las mismas.

Concluyen que, es cierto que la organización sindical dio cumplimiento a lo estipulado en el Decreto objeto de este proceso y que no son los competentes para entrar a cuestionar a dicha organización.

5.2 Municipio de El Guamo Bolívar⁴

Señaló la entidad en el informe rendido que, la mayoría de los hechos son ciertos, pero que la alcaldesa decide instalar las mesas de negociación no para firmar un acuerdo laboral, si no para estudiar las peticiones de los trabajadores oficiales, por lo que considera que a partir de este momento se dio cumplimiento al decreto 160 de 2014.

Agrega, que mediante la expedición de la Resolución 029 se designa a los negociadores principales y sus suplentes, así como los asesores de la Alcaldía Municipal, acto administrativo que fue notificado al sindicato, con el cual se superaba cualquier hecho que pudiese dar lugar a acciones de tutela, investigaciones disciplinarias, así como la acción de cumplimiento.

Afirma que, la organización sindical nació sin el lleno de requisitos señalados por el Código Sustantivo del Trabajo para que, se constituya en sindicato o subsista como tal, porque de los 25 socios fundadores que se exigen, uno de ellos no es empleado oficial, ni servidor público del Municipio de El Guamo o de sus entidades descentralizadas, que se dedique a la misma actividad dentro de la Jurisdicción de El Guamo Bolívar, porque una señora que es madre comunitaria la hicieron pasar como empleada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF); con lo que considera cometieron una falsedad ideológica y un fraude procesal que son materia de investigación y aportaron como prueba la certificación expedida por el Director Regional del ICBF.

Concluye que, de acuerdo a lo expuesto anteriormente procedieron a presentar demanda de cancelación de registro sindical, la cual cursa en el Juzgado Promiscuo del Carmen de Bolívar radicada bajo el número 0084-2016 y el cual está pendiente para que se fije fecha de audiencia y denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación.

⁴ Fols. 115-122 cdno 1

VI. SENTENCIA IMPUGNADA⁵.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2016, resolvió denegar las pretensiones de la demanda fundamentando sus argumentos en lo siguiente:

La negociación, en la que encontraba involucrado el SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE COLOMBIA- SUBDIRECTIVA DEL GUAMO y el MUNICIPIO, PERSONERÍA y CONCEJO MUNICIPAL DE EL GUAMO BOLÍVAR, se inició en los términos de ley, con el cumplimiento de las etapas establecidas en dicha normativa, las cuales fueron:

- La presentación del pliego dentro del primer bimestre del año anterior, es decir, el 25 de febrero de 2016.
- La expedición de la resolución No. 029 del 15 de marzo de 2016, por medio de la cual se designa a los negociadores de la Alcaldía Municipal.
- La instalación de la mesa de negociación, el 20 de abril de 2016.
- Y por último, la celebración de una segunda reunión de negociación el 05 de mayo de 2016, en la que se advirtieron las irregularidades.

En virtud de lo anterior, manifiesta el Juzgado *a quo* que, en el caso concreto no se está incumpliendo la norma contenida en el art. 11 del Decreto 160 de 2014, ya que, tanto la parte actora y la accionada reconocen que el proceso de negociación se inició en término de ley, y si bien no se ha culminado el mismo, ello se debe a circunstancias que no están reguladas en dicho decreto, como es el caso de la legalidad de la conformación del sindicato y el procedimiento a seguir en esos casos. Por lo tanto, bajo esas circunstancias, se considera que no es viable obligar a la administración a negociar, puesto que se encuentra pendiente una situación judicial sobre la cancelación del registro sindical.

Adicional a lo anterior, ese Despacho expuso que el procedimiento administrativo iniciado por el Ministerio del Trabajo con el auto de formulación de cargos No. 047 del 24 de junio de 2016, indica que esta entidad es la facultada por la ley para sancionar al patrono que se niegue o eluda iniciar las conversaciones de arreglo directo y si bien considera la parte accionante que este mecanismo no es idóneo toda vez que solo culmina con una multa y no obliga a la administración a continuar la etapa de negociación por arreglo directo; estima que ese es el mecanismo coercitivo que trae la ley para obligar a los patronos a sentarse a negociar, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda presentarse.

⁵ Fols. 127- 132 cdno 1

**VII. FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN.⁶**

La accionante, mediante escrito del 21 de noviembre de 2016, interpuso oportunamente el recurso de impugnación contra la sentencia de primera instancia, sin argumento alguno de inconformidad contra la misma.

VIII. RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

El Juzgado de origen, por auto del 05 de diciembre de 2016⁷, concedió la impugnación cuyo conocimiento fue asignado a esta Corporación, de conformidad con el reparto efectuado por la Oficina Judicial de Cartagena, el 14 de diciembre de la misma anualidad⁸, siendo recibido finalmente por esta judicatura, el 16 de diciembre de 2016⁹.

IX. PRUEBAS

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Acta de fundación del SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE COLOMBIA- SUBDIRECTIVA DEL GUAMO¹⁰.
- Constitución de la Junta Directiva del mencionado sindicato¹¹.
- Constancia de registro de creación y primera junta directiva de la subdirectiva del sindicato, con la relación de las empresas de las cuales hay afiliados a la organización sindical y la inscripción de los afiliados a la misma¹².
- Resolución No. 144 de noviembre 23 de 2015 por medio del cual la Alcaldía Municipal de El Guamo concede un permiso Sindical remunerado a los miembros de la Junta Directiva¹³.
- Notificación realizada por el Señor Jaime Orlando Olmos Mantilla en calidad de Inspector de Trabajo, a la Alcaldía Municipal de El Guamo, por medio de la cual le comunica la constancia de registro de creación y primera junta directiva de una subdirectiva o comité seccional. Recibida el 17 de diciembre de 2015¹⁴.

⁶ Fols. 138- 139 cdno 1

⁷ Folio 143 cdno 1

⁸ Fol. 3 cdno 1

⁹ Fol. 3 cdno 1

¹⁰ Fol. 19- 22 cndo 1

¹¹ Fol. 23 cndo 1

¹² Fols. 24- 27 cdno 1

¹³ Fols. 28- 30 cdno 1

¹⁴ Fols. 31 cdno 1



- Acta de reunión extraordinaria de fecha 15 de febrero de 2016, realizada por la organización sindical, por medio del cual socializan el pliego de condiciones a presentar a la Alcaldía Municipal de El Guamo¹⁵.
- Presentación del pliego sindical del 2016 por el Presidente de la subdirectiva SINSERPÚBLICOLOMBIA GUAMO, recibido el 25 de febrero de 2016¹⁶.
- Notificación de presentación del pliego sindical por parte de la organización al Ministerio del Trabajo¹⁷.
- Resolución No. 029 del 15 de marzo de 2016, por medio del cual la Alcaldía Municipal de El Guamo designa los negociadores principales y suplentes del Pliego de solicitudes presentado por el sindicato¹⁸.
- Acta de instalación No. 1 de la mesa de negociación de fecha 20 de abril de 2016, de solicitudes del sindicato de servidores públicos de Colombia, subdirectiva El Guamo¹⁹.
- Resolución No. 069 de abril 25 de 2016, por medio del cual la Alcaldía Municipal de El Guamo concede un permiso sindical remunerado²⁰.
- Acta de negociación No. 2 DE FECHA 05 DE MAYO DE 2015, por medio del cual la Alcaldía Municipal de El Guamo advierte las irregularidades presentadas en la conformación del Sindicato, motivo por el cual se retiraban de la mesa²¹.
- Auto de formulación de cargos No. 47 de fecha 24 de junio de 2016, contra la Alcaldesa del Municipio de El Guamo, expedida por el Ministerio del Trabajo²².
- Requerimiento del sindicato a la Alcaldesa del Municipio por incumplimiento del decreto 160 de 2014, de fecha 07 de septiembre de 2016²³.
- Requerimiento del sindicato a la Personería del Municipio por incumplimiento del decreto 160 de 2014, de fecha 07 de septiembre de 2016²⁴.
- Requerimiento del sindicato a la Concejo del Municipio por incumplimiento del decreto 160 de 2014, de fecha '7 de septiembre de 2016²⁵.

¹⁵ Fols. 32- 35 cdno 1

¹⁶ Fols. 36-37 cdno 1

¹⁷ Fol. 38 cdno 1

¹⁸ Fols. 39- 41 cdno 1

¹⁹ Fols. 42- 45 cdno 1

²⁰ Fols. 46- 48 cdno 1

²¹ Fols. 49- 52 cdno 1

²² Fols. 53- 56 cdno 1

²³ Fol- 57 cdno 1

²⁴ Fol. 58 cdno 1

²⁵ Fol. 59 cdno 1

- Pliego de solicitudes presentado por SINSERPÚBLICOCOLOMBIA, Subdirectiva El Guamo, a través de su Presidente a la Alcaldía Municipal de dicho ente territorial²⁶
- Certificado del ICBF en donde se evidencia que la señora Isabel María Padilla Buelvas, no ha tenido vínculo laboral con la misma²⁷.

X. CONSIDERACIONES

10.1. Competencia.

De conformidad con establecido en el artículo 3º de la Ley 393 de 1993 y 153 de la ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para conocer de las impugnaciones interpuestas contra las sentencia de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena, dentro del trámite de las acciones de cumplimiento.

10.2. El problema jurídico.

En concordancia con los argumentos expuestos, considera la Sala que, el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar, lo siguiente:

¿Es la acción de cumplimiento el mecanismo procedente para restablecer la negociación colectiva, suspendida entre unos empleados públicos y una entidad territorial?

Como problemas secundarios se puede plantear lo siguiente:

¿Es posible fallar una acción de cumplimiento cuando se encuentre que hay violación de un derecho fundamental?

¿Es obligatorio decretar la nulidad de lo actuado en una acción de cumplimiento, cuando se advierte que, el trámite que debió imprimirse a la misma era el de una acción de tutela, o por el contrario, debe proferirse el fallo conforme a las normas del Código General del Proceso?

¿Debe ordenársele a las entidades accionadas, reanudar el proceso de negociación con el SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE COLOMBIA – SINSERPÚBLICOCOLOMBIA – SUBDIRECTIVA EL GUAMO?

Con el objeto de arribar a la solución de lo planteado, se abordara el siguiente hilo conductor: (i) Referencia sobre la acción de cumplimiento y sus requisitos;

²⁶ Fols. 99- 114 cdno 1

²⁷ Fol. 126 cdno 1

(ii) Improcedibilidad de la acción de cumplimiento- Artículo 9º Ley 393 de 1997; iii) Marco jurisprudencial sobre la incompatibilidad de la acción de cumplimiento y la acción de tutela; iv) De las nulidades a la luz del nuevo Código General del Proceso; v) Derecho de negociación colectiva de los servidores públicos como derecho fundamental; vi) Procedibilidad de la acción de tutela para amparar el derecho a la asociación y negociación colectiva. Reiteración de jurisprudencia; vii) Caso concreto.

10.3. Tesis de la Sala.

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, toda vez que se evidencia la violación de un derecho fundamental, y la acción de cumplimiento no es el mecanismo procedente para reestablecer la etapa de negociación colectiva, suspendida entre unos empleados públicos y su entidad territorial empleadora, debido a que el único instrumento eficaz, es la acción de tutela.

Como consecuencia de lo anterior, el juez constitucional de la acción de cumplimiento debe imprimirle el trámite a la misma, el trámite contemplado para la acción de tutela, cuando encuentra que se están violando derechos fundamentales; de manera independiente a la instancia en la que se halle el proceso. Lo anterior, debido a que, a la luz del Código General del Proceso, no existe causal de nulidad que lo impida, puesto que esta causal de nulidad "por imprimirle al proceso un trámite diferente", desapareció del ordenamiento jurídico, por lo que lo actuado en el plenario conserva total validez, siempre y cuando, se respete el debido proceso, el derecho de defensa, el término judicial de la acción y no se encuentre en las causales de nulidad constitucional.

En conclusión, encuentra la Sala que, se vulnera el derecho de asociación sindical y negociación colectiva, de un sindicato de servidores públicos, cuando se le suspende la etapa de negociación colectiva sin justificación legal alguna.

10.4. Referencia sobre la acción de cumplimiento.

La acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley 393 de 1997, tiene como finalidad que toda persona pueda hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, el cual ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad que se niegue a cumplirlos, todo con la finalidad de hacer efectiva la observancia del régimen jurídico.

El Consejo de estado en sentencia de 29 de marzo de 2.007²⁸, explicó que de conformidad con la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento tiene como requisitos mínimos para su prosperidad los siguientes:

"a) Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º). Esta exigencia impone que las obligaciones reclamadas sean incontrovertibles e incuestionables, de forma tal que no exista duda sobre su existencia, contenido y alcance²⁹, quedando excluida de la finalidad de esta acción la declaración de derechos que estén en discusión, pues para tal efecto existen las acciones contenciosas.

b) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los cuales se reclama su cumplimiento (Arts. 5º y 6º).

c) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber antes de instaurar la demanda, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º).

d) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en un acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia ésta que hace improcedente la acción, así como también conduce a ése estado el pretender el cumplimiento de normas con fuerza material de ley que establezcan gastos a la administración y la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela (Art. 9º)."

Para pedagogía, se traerá a colación lo que la H. corte constitucional ha desarrollado sobre dicha acción y su alcance a saber: (i) Finalidad y función; (ii) Alcance; (iii) Objeto; (iv) Ámbito dentro del cual adquiere significado y sentido; (v) Entidad concreta competente; todo lo anterior, según sentencia T-1194 de 2001.

²⁸ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, sentencia de 29 de marzo de dos 2007, radicación numero: 76001-23-31-000-2006-02295-01 (ACU).

²⁹Subrayas del despacho.

10.4.1. Finalidad y función de la acción de cumplimiento.

Mediante la acción de cumplimiento se le otorga a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial “para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter”. De esta manera, dicha acción “se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes – en sentido formal o material – y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo.

10.4.2. Alcance.

La acción de cumplimiento hace titular a toda persona de “potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aún de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado” mediante la presentación de una solicitud dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos.

10.4.3. Objeto.

La acción de cumplimiento está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso. Así como el objeto de la acción de cumplimiento no es el reconocimiento de derechos particulares en disputa, tampoco lo es el cumplimiento general de las leyes y actos administrativos. Dicha acción no consagra un derecho a la ejecución general e indiscriminada de todas las normas de rango inferior a la Constitución ni un derecho abstracto al cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico. Su objeto fue especificado por el propio constituyente: asegurar el “cumplimiento de un deber omitido” contenido en “una ley o acto administrativo” que la autoridad competente se niega a ejecutar.

10.4.4. Ámbito dentro del cual adquiere significado y sentido.

El ámbito dentro del cual la acción de cumplimiento adquiere su significación y sentido como mecanismo de protección de los derechos de los particulares y garantía de realización de los fines del Estado está dado, naturalmente, por el incumplimiento de un deber a cargo de la administración que se expresa a través de “normas aplicables con fuerza material de ley o actos

administrativos". En estos eventos, el particular está facultado para acudir ante el funcionario judicial competente –los jueces de la jurisdicción administrativa – para presentar una solicitud que remedie “la acción u omisión de la autoridad” que incumple o ejecuta actos o hechos que permiten deducir inminentemente la inobservancia de un deber que se predica de la administración.

10.4.5. Entidad concreta competente.

Dicho deber no es el deber general de cumplir la ley, sino un deber derivado de un mandato específico y determinado. Éste puede tener múltiples manifestaciones o modalidades, pero no tiene que consistir en una obligación clara, expresa y exigible porque el artículo 87 no consagró una acción de simple ejecución, sino una acción de mayor alcance.

Para que pueda exigirse su cumplimiento el deber ha de predicarse de una entidad concreta competente, es decir, que existe jurídica y realmente y es destinataria del mandato contenido en la norma legal o administrativa. La entidad no tiene que haber sido la única destinataria del mandato. De manera tal que el particular, quien actúa en interés propio, en representación de un tercero, o en defensa del interés general, tiene la facultad de exigir, precisamente, la adopción de una decisión, la iniciación o continuación de un procedimiento, la expedición de un acto o la ejecución de una acción material necesaria para que se cumpla el deber omitido, así éste haya sido establecido en una ley que no menciona específicamente a la autoridad renuente.

10.4.6. Deberes de la Administración.

La H. Corte Constitucional ³⁰ ha precisado que, las manifestaciones del incumplimiento de la administración pueden materializarse a través de la actividad o inactividad de esta; así, se estará ante el incumplimiento de la ley o acto administrativo por actividad se tiene.

Las autoridades administrativas tienen asignadas competencias específicas para el cumplimiento de las funciones del Estado. De esta forma se busca garantizar las finalidades esenciales del Estado y el cumplimiento de los deberes sociales de las autoridades. Por lo tanto, la administración no tiene la potestad de permanecer totalmente inactiva sino que, por el contrario, el deber de actividad es primigenio. Dicha actividad no tiene que traducirse en un acto administrativo, porque puede consistir en el seguimiento y análisis de una realidad determinada.

³⁰ Sentencia T-1194 de 15 de noviembre de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Ahora, en cuanto a la inactividad de la administración, la H. Corte Constitucional³¹, ha manifestado, que la misma, puede obedecer, por ejemplo, a la simple congestión o a la negligencia, caso en el cual habría un claro incumplimiento de la función pública, en desmedro del aseguramiento de las finalidades del Estado. En otras situaciones la inactividad es tan solo aparente. Es el caso de la inacción administrativa dada la necesidad de tomarse el tiempo suficiente para ponderar una situación compleja antes de adoptar una decisión. En este evento, no se está necesariamente frente a un incumplimiento de la función pública, sino frente al ejercicio legítimo de las competencias administrativas siempre que se trate de un lapso razonable para la toma de una decisión.

También puede presentarse el caso de la llamada captura de la entidad administrativa por intereses deseosos de evitar que la administración regule una determinada materia. En este evento, la parálisis de la entidad es el resultado de la influencia que sobre ella ejercen los eventuales destinatarios de su actividad, los cuales logran que ésta no desarrolle las funciones que la ley le ha encomendado. Por último, algunas autoridades permanecen inactivas como resultado de la corrupción, que tiene múltiples orígenes y manifestaciones que no es del caso recordar; sin embargo, ha expresado que, una de las formas de atacar esta clase de irregularidades es mediante el derecho de petición.

10.4.7 Improcedibilidad de la acción de cumplimiento- Artículo 9º Ley 393 de 1997.

La ley 393 de 1997, por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política consagra:

“Artículo 9º.- Improcedibilidad. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante. (Inciso 2 declarado EXEQUIBLE, excepto la expresión "la norma o" que se declara INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional Sentencia C-193 de 1998).”

La Corte Constitucional, en sentencia T- 193 de 1998, al refiriéndose concretamente al evento en el cual existen otros mecanismos ordinarios que

³¹ Sentencia T-1194 de 15 de noviembre de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

permiten hacer efectivo el cumplimiento de una norma o un acto administrativo, expuso:

“ACCIÓN ORDINARIA-Actos administrativos subjetivos

Cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. En tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios para lograr el cumplimiento de tales actos. En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo. La Corte declarará inexequible la expresión “la norma o” del inciso 2 del art. 9, porque limita la acción de cumplimiento en relación con la ley y los actos administrativos generales, y declarará exequible el resto de la disposición”.

“Como es bien sabido, la finalidad de la acción de cumplimiento es buscar un mecanismo o instrumento procesal idóneo para asegurar la realización material de las leyes y actos administrativos. De este modo se logra la vigencia y el respeto del ordenamiento jurídico, en cuanto la ejecución de las leyes y actos administrativos, permite realizar los diferentes cometidos estatales confiados a las autoridades, y proteger y hacer efectivos los derechos de las personas.

Cuando se trata de asegurar el efectivo cumplimiento de la ley material, esto es, de normas generales, impersonales y abstractas, es indudable que el instrumento de protección creado por el Constituyente -la acción de cumplimiento- es el único mecanismo directo idóneo, razón por la cual no le es permitido al legislador crear mecanismos subsidiarios o paralelos para asegurar dicho cumplimiento”.

De igual modo, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia mediante la cual expresa:

“No escapa a la Sala que el accionante, además del cumplimiento de las normas antes estudiadas, pretende ser beneficiario de las prerrogativas que el numeral 4º del artículo 13 y el numeral 2º y 3º de la Ley 1618 de 2013 conceden a la población discapacitada.

No hay duda que el accionante hace parte de dicho grupo poblacional, comoquiera que en el expediente está plenamente acreditado que el señor Vanegas Pineda posee una discapacidad visual “severa” e “irreversible”, razón por la cual el demandante es un sujeto de especial protección constitucional y el Estado debe avenirse en la protección de sus derechos. Sin embargo, desborda el propósito de la acción de cumplimiento crear derechos subjetivos

a los accionantes, pues recuérdese que su fin último es la materialización y efectividad de los actos administrativos y de las normas con fuerza de ley.

En este orden de ideas, la acción de cumplimiento no es el medio judicial idóneo para que el señor Vanegas acceda al crédito con el Fondo Nacional del Ahorro que está pidiendo, pues para resultar beneficiario de los programas sociales del Estado en lo que a vivienda se refiere, deberá presentar la solicitud pertinente, bien ante el Fondo Nacional del Ahorro si lo que desea es adquirir un crédito de vivienda o estudios con tasas preferenciales, o bien ante el Ministerio de Vivienda si su propósito es acceder a los subsidios otorgados por esa cartera ministerial”³²

Teniendo en cuenta la jurisprudencia antes citadas, se tiene que la acción de cumplimiento es improcedente, cuando se persigue la satisfacción de un derecho subjetivo, cuando existe otro mecanismo judicial que proteja el derecho invocado y cuando se afecte un derecho fundamental, que, cuya protección es de la órbita de la acción de tutela.

10.5 Marco jurisprudencial sobre la incompatibilidad de la acción de cumplimiento y la acción de tutela.

Para tratar este punto, es importante traer a colación lo que ha manifestado nuestro Máximo Tribunal Constitucional, en sentencia de la referencia, la cual será citada en extenso por su claridad en el tema:

“ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO-Derechos que protege

La acción de cumplimiento está orientada a darle eficacia al ordenamiento jurídico a través de la exigencia a las autoridades y a los particulares que desempeñen funciones públicas, de ejecutar materialmente las normas contenidas en las leyes y lo ordenado en los actos administrativos, sin que por ello deba asumirse que está de por medio o comprometido un derecho constitucional fundamental. En efecto, la misma Ley 393 de 1997 en su artículo 9o. señala que la acción de cumplimiento es improcedente cuando de lo que se trate sea de la protección de derechos fundamentales, pues de acudir a dicha acción con este propósito a la respectiva solicitud debe dársele el trámite prevalente correspondiente a la acción de tutela”.

Por otro lado, el mismo Tribunal en sentencia T- 1094 de 2002³³ confirmó lo anterior:

³² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA. Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Bogotá, D.C., siete (07) de septiembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00788-01 (ACU)

³³ Sentencia C- 157 de 1998, M P: Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA; Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dos (2002).

“El hecho de que la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, la integridad física y la vivienda digna se concrete en este caso por la omisión de la administración en el cumplimiento de sus deberes legales, no torna improcedente la acción de tutela por la existencia de otro medio de defensa judicial, en este caso la acción de cumplimiento. Como bien lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, en caso de confluir la vulneración de derechos fundamentales y el incumplimiento de deberes legales por parte de la administración, es la acción de tutela el medio judicial a ejercer dada la necesidad de proteger en forma inmediata dichos derechos fundamentales:

“(C)uando lo que se busca es la protección directa de derechos constitucionales fundamentales que pueden verse vulnerados o amenazados por la omisión de la autoridad, se está en el ámbito de la acción de tutela. Cuando lo que se busca es la garantía de derechos de orden legal o lo que se pide es que la administración de aplicación a un mandato de orden legal o administrativo que sea específico y determinado, lo que cabe en principio, es la acción de cumplimiento.”

(...)

Para no confundir los ámbitos de aplicación de la acción de tutela y la acción de cumplimiento cuando la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales se configura por la omisión en el cumplimiento de los deberes de las autoridades administrativas, es importante distinguir tres aspectos: 1) La Constitución enuncia y protege derechos, lo cual supone el establecimiento de deberes constitucionales correlativos respecto de ellos; 2) la ley fija medios específicos de protección de los derechos constitucionales, lo cual no le quita rango constitucional al derecho y al deber regulado o desarrollado por la ley; 3) la ley no prevé la orden específica para proteger un derecho constitucional específico”.

En ese orden de ideas, se puede concluir, que la Corte Constitucional ha establecido los parámetros para adecuar una acción, en este caso de cumplimiento a una acción de tutela, tales como: i). Que los derechos que se involucran en la acción de cumplimiento se tornen constitucionales, ii) que de dichos derechos fundamentales se evidencie un perjuicio irremediable, iii) que concurra el incumplimiento de una norma y la afectación de un derecho fundamental.

En obediencia a lo anterior, el Consejo de Estado, por medio de fallo No. 1876 del 31 de marzo de 2011³⁴ expuso:

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA, Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 05001-23-31-000-2010-01876-01(ACu)

“Si bien en el presente caso el actor sostiene que busca el cumplimiento real y efectivo de las normas que invoca como incumplidas, un análisis completo y sistemático de sus argumentos muestra que su verdadero reproche se ubica en la afectación de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna, por lo que busca la protección judicial de los mismos. (...) En este orden de ideas, se concluye que el demandante dispone de la acción de tutela para proteger su derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna, por lo que la acción de cumplimiento, en los términos del artículo 9 de la ley 393 de 1997, resulta improcedente

La parte final del primer inciso de esa disposición es clara en señalar que en aquellos eventos en los que el demandante pretenda la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la acción de tutela, “el juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de tutela”.

Pese a lo anterior, el Tribunal, además de no imprimirle a la solicitud el trámite de la acción de tutela, continuó el procedimiento de la acción de cumplimiento y la denegó por improcedente, entre otras razones, porque consideró que la demandante contaba con otro medio de defensa judicial.

Por tal razón, al impartirse el trámite propio de la acción de cumplimiento a la demanda presentada por el señor Eduardo Mauricio Vélez, se surtió un trámite diferente al que le corresponde.

En aplicación del citado artículo 9º. de la Ley 393 de 1997, al presente caso debió dársele el trámite de la acción de tutela y, como no se hizo, se incurrió en la causal de nulidad consagrada en el numeral 4º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 393 de 1997, en armonía con el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto la primera norma dispone que en los aspectos no contemplados en la Ley 393 se seguirá el Código Contencioso Administrativo en lo que sea compatible con la naturaleza de las acciones de cumplimiento.

Dentro de este contexto, en cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, cuando se observe que se le dio trámite de acción de cumplimiento a una demanda que, en realidad, pretende proteger determinados derechos fundamentales, el juez debe declarar oficiosamente esa nulidad insaneable (artículo 145 del Código de Procedimiento Civil) y, por consiguiente, debe proceder a adecuar la petición a la acción de tutela (artículo 9º, inciso 1º, de la Ley 393 de 1997)”.

De lo anteriormente expuesto, se concluye, que en efecto, cada vez que el juez de conocimiento advierta la improcedencia de la acción de cumplimiento, por cuanto se demanda la protección de derechos fundamentales, debe proceder de inmediato a imprimirle a la demanda el trámite correspondiente a la acción de tutela.

En el caso particular estudiado por el Consejo de Estado, el Magistrado ponente decidió declarar la nulidad de todo lo actuado, en virtud de la causal de nulidad establecida en el numeral 4° del artículo 140 del antiguo Código de Procedimiento Civil, y remitir el expediente al juez de primera instancia para que adelantara el trámite de la acción de cumplimiento con base en el procedimiento dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, y fuera fallada como una tutela.

10.6 De las nulidades a la luz del nuevo Código General del Proceso.

Nuestra Carta Política, en su artículo 29, consagra el derecho fundamental al debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas. Este derecho se encuentra desarrollado en los diversos estatutos procesales, que constituyen la consagración normativa de cómo se debe articular el procedimiento para que se desarrollen plenamente las garantías. En caso de que estas no se cumplan, los mismos procedimientos prevén formas de remedio y entre ellas se cuenta, por excelencia, la posibilidad de que los funcionarios judiciales declaren, a petición de parte o de oficio, nulidades procesales.

Nuestro Código General Proceso consagra las Nulidades con el objeto de garantizar el debido proceso y defensa de las partes; igualmente estableció el principio de la especificidad, es decir que la ley establecerá expresamente cuando un defecto o vicio es una causal de nulidad y en consecuencia, el Juez no le es dable hacer interpretaciones o analogías para constituir nulidades.

Sobre este tema el Doctor Hernán Fabio López Blanco en su obra denominada *"Procedimiento Civil Parte General"* manifiesta³⁵:

"La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de agosto 22 de 1974, que mantiene actualidad, señala "El actual Código de Procedimiento Civil, vigente en el país desde el 1º. De julio de 1971, como también lo hacía el estatuto procedimental anterior, adoptó como principio básico en materia de nulidades procesales el de la especificidad, según el cual no hay defecto capaz de estructurarla sin la ley que expresamente la establezca.

"Y como sobre el punto se trata de reglas estrictas, no susceptibles del criterio de analogía para aplicarlas, los motivos de nulidad, ora sean los generales para todo proceso o ya los especiales para algunos de ellos, son pues limitativos y por consiguiente no es posible extenderlos a informalidades diferentes."

Por manera que sólo los casos previstos taxativamente como causales de nulidad en los arts. 140 y 141 del C de P.C se pueden considerar como vicios invalidadores de la actuación cuando el juez los declara expresamente y, por lo tanto, cualquier otra circunstancia no cobijada como tal podrá ser una

³⁵ Hernán Fabio López Blanco "Procedimiento Civil Parte General Tomo I Edición 2002

irregularidad (cuyo efecto se puede impedir mediante la utilización de los recursos), pero jamás servirá para fundamental una declaración de invalidez de la actuación, por cuanto como bien lo hace notar GUASP. "muchas veces chocaría con la buena economía procesal el que un acto por cualquier infracción legal que en su realización se descubriera, hubiera de considerarse como carente de eficacia, en absoluto."

Igualmente considera esta Judicatura que solo se tramitaran como nulidades los hechos constitutivo de ellas, siempre y cuando estén contempladas en la ley de manera taxativa, se hace necesario precisar que en nuestro ordenamiento procesal se aplica el principio de la especificidad en virtud del cual no hay defecto capaz de estructurar nulidad sin ley que expresamente la establezca, es decir aplicando la taxatividad que en esta materia indica que toda causal de nulidad debe estar prevista en la ley.

Sobre este aspecto, el artículo 137 del Código General del Proceso señala:

ARTÍCULO 137 C.G.P. ADVERTENCIA DE LA NULIDAD: En cualquier estado del proceso el juez ordenará poner en conocimiento de la parte afectada las nulidades que no hayan sido saneadas. Cuando se originen en las causales 4 y 8 del artículo 133 el auto se le notificará al afectado de conformidad con las reglas generales previstas en los artículos 291 y 292. Si dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación dicha parte no alega la nulidad, esta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará.

Para el estudio de este punto, es necesario analizar las causales de nulidad contempladas en el Código de Procedimiento Civil y el nuevo Código General del Proceso:

Artículo 133 C.G.P	Artículo 140. C.P.C
El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:	El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:
1. <u>cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.</u>	1. <u>cuando corresponde a distinta jurisdicción.</u> 2. <u>cuando el juez carece de competencia.</u>
2. cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respetiva instancia.	3. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respetiva instancia.
	4. <u>cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde</u>
3. cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.	5. cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida.
4. cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien	7. cuando es indebida la representación de las partes. <u>Tratándose de</u>

actúa como su apoderado judicial acrece integralmente de poder.	<u>apoderados judiciales esta causal solo se configurara por carencia total de poder para el respectivo proceso.</u>
5. cuando se omiten las oportunidades para <u>solicitar, decretar o practicar pruebas o cuando se omita la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.</u>	6. cuando se omiten <u>los términos</u> u oportunidades para <u>pedir</u> o practicar pruebas o <u>para formular alegatos</u> de conclusión.
6. <u>cuando se omita la oportunidad para alegar d conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado</u>	
7. <u>cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustanciación del recurso de apelación</u>	
8. cuando no se práctica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el aplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público <u>o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.</u>	8. cuando no se práctica en legal forma la notificación <u>al demandado o a su representante, o al apoderado de aquel o de este, según el caso,</u> del auto <u>que admite</u> la demanda o <u>del mandamiento ejecutivo, o a su corrección o adición.</u> 9. <u>cuando no se práctica en legal forma la notificación</u> a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.
Quando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta <u>del auto admisorio</u> de la demanda <u>o del mandamiento de pago,</u> el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia , salvo que <u>se haya saneado en la forma establecida en este código.</u>	Quando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta <u>de la que admite</u> la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la <u>parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla.</u>
Parágrafo. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente <u>por los mecanismos</u> que este código establece.	Parágrafo. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente <u>por medio de los recursos</u> que este código establece.

Del recuento normativo anterior, es decir, las dos disposiciones que consagran las nulidades procesales, se destaca que, en la actualidad se encuentra vigente el Código General del Proceso, de donde de se denota la exclusion de la causal número 4 del artículo 140 del C. Procedimiento Civil, dicho de otra manera, bajo la luz del Código General del Proceso, la causal de ANULACIÓN DEL PROCESO POR TRÁMITE DISTINTO, no se encuentra enlistada en el artículo 133 vigente.

En consecuencia, la Sala encuentra que no hay lugar a anular el procedimiento hasta ahora realizado (en la forma como lo hizo el H. Consejo de Estado), en atención que la causal mencionada en el párrafo anterior ya desapareció del ordenamiento jurídico, lo cual tuvo lugar con la expedición de la Ley 1564 de 2012 o, Código General del Proceso, el cual redujo los procedimientos establecidos en el antiguo Código de Procedimiento Civil, en dos tipos, verbal y verbal sumario, los demás procesos tiene una naturaleza diferente debidamente señalado en la ley como los denominados declarativos especiales, en todo caso, el proceso es hoy verbal a través del sistema de audiencias.

Por esa razón, al desaparecer las diferentes clases del proceso que regulaba el Código de Procedimiento Civil, se hizo innecesaria la causal mencionada. Adicionalmente, la tendencia del procesalismo moderno es a mantener el valor de la actuado a pesar de las irregularidades, la regla general es el saneamiento de la misma y de manera excepcional lo insaneable que solo está consagrado en el párrafo del artículo 136, dejando solo el numeral segundo del artículo 133 como la única insaneable.

En el contexto anterior, siendo la acción de cumplimiento y la de tutela ambas de origen constitucional, habiéndose garantizado el derecho de defensa de todas las partes intervinientes, no estando dentro de los casos de nulidad constitucional, ni por violación al debido proceso, ni en los únicos casos donde nuestro máximo tribunal constitucional lo permite y teniendo competencia, tanto el juez de primera como de segunda instancia para fallar, esta acción, y encontrándonos dentro de los términos para proferir la decisión que consagra el Decreto 2591 de 1991, esta Sala, no declara la invalidez de lo actuado y fallará como acción constitucional de tutela.

Como subargumento de lo expuesto en el acápite anterior, la Sala se permite transcribir la posición de la Corte Constitucional, sobre las nulidades en el trámite de un amparo constitucional.

"Ahora bien, de otro lado pero dentro del mismo contexto, nuestro máximo Tribunal Constitucional ha señalado que en materia constitucional, específicamente en las acciones de tutela se señala, que todos los jueces son competentes para conocerlas, y solo en dos casos, se puede declarar su incompetencia, siendo uno de ellos cuando la acción de tutela es contra los medios de comunicación y el otro evento, es por razones del territorio, al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

"2. Marco jurídico que determina la competencia en materia de tutela

2.1. Este Tribunal en diferentes oportunidades ha precisado que los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991, son las disposiciones que

expresamente aluden a los factores que precisan la competencia en materia de tutela³⁶.

Por su parte, el Decreto 1382 de 2000 establece las “reglas para el reparto de la acción de tutela” y no las que definen la competencia de los despachos judiciales, en la medida en que por su inferioridad jerárquica respecto a las citadas disposiciones, no puede modificarlas. Ese fue precisamente el entendimiento dado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al desestimar la mayoría de los cargos de nulidad contra el mencionado acto administrativo, en sentencia del 18 de julio de 2002, por considerar que no era contrario al artículo 86 de la Constitución, en tanto establecía normas de reparto y no de competencia³⁷.

En este contexto, la Corte Constitucional ha precisado que “la observancia del mencionado acto administrativo en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto. Una interpretación en sentido contrario, transforma sin justificación válida el término constitucional de diez (10) días, como acaece en este caso, en varios meses, lesionándose de esa manera la garantía de la efectividad (art. 2° C.P.) de los derechos constitucionales al acceso a la administración de justicia (art. 229 ibidem) y al debido proceso de los accionantes (art. 29 ibidem).”³⁸

Con fundamento en lo anterior, esta Corte estableció en el auto 124 de 2009³⁹, las siguientes reglas para la resolución de los conflictos de competencia en materia de tutela, derivados de la falta de aplicación del factor territorial contenido en la Constitución Política (art. 86) y el Decreto 2591 de 1991 (art. 37), así como lo relativo a las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de

³⁶ En auto 061A de 2005, la Corte aludió a los factores territorial y subjetivo en los siguientes términos: “[P]ara establecer con precisión el ámbito de competencia de los jueces constitucionales, el Decreto 2591 de 1991 estableció que la misma fuera a prevención, utilizando el factor territorial y otro subjetivo. Respecto del primero, el artículo 37 del citado decreto radica la competencia ‘en los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que motivaren la presentación de la solicitud’, previsión que es reiterada por el artículo 1° del Decreto Reglamentario 1382 de 2000 al señalar que ‘conocen a prevención los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren su efectos’. En lo que respecta al factor subjetivo el Decreto 2591 de 1991 estableció que ‘de las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces del circuito del lugar’”.

³⁷ Antes de esta decisión, la Corte Constitucional inaplicó en repetidas ocasiones el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000. Véanse, entre otros, los autos 085, 087, 089, 094 de 2000 y 071 de 2001. En la última decisión otorgó efectos *inter pares* a la decisión de inaplicar el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, “para que en aquellos casos que sean semejantes todos los jueces de tutela apliquen la excepción de inconstitucionalidad en el mismo sentido”.

³⁸ Cfr. Auto 230 de 2006, reiterado por el auto 340 de 2006, entre otros.

³⁹ Con fundamento en esta providencia, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dictó el Acuerdo N° PSAA13-10069 del 23 de diciembre de 2013 “Por el cual se implementa el reparto equitativo de la Acción de Tutela en el Sistema Administrativo de Reparto Judicial”.

2000, las cuales, en uno y otro supuesto, son simplemente las consecuencias naturales de la jurisprudencia tantas veces reiterada por esta Corte:

(i) *Un error en la aplicación o interpretación de las reglas de competencia contenidas en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 puede llevar al juez de tutela a declararse incompetente (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). La autoridad judicial debe, en estos casos, remitir el expediente al juez que considere competente con la mayor celeridad posible.*⁴⁰

(...)

Así las cosas, la Sala quiere dejar por sentado que, aunque a las acciones de cumplimiento se les dé el trámite de una acción de cumplimiento en primera instancia, si el Tribunal, en segunda instancia advierte que encuentra probada la violación de un derecho fundamental, debe imprimirsele a la misma el procedimiento dispuesto para las tutelas, en segunda instancia, y, todo lo actuado hasta ese momento conserva total validez.

Teniendo en cuenta lo anterior, y una vez establecida la competencia de este Tribunal para decidir, en segunda instancia la presente acción, descenderemos en el estudio del derecho fundamental invocado.

10.7 Derecho de negociación colectiva de los servidores públicos como derecho fundamental.

El artículo 55 de la Constitución Política de Colombia garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley, asegurándonos el deber que tiene el Estado de promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

De igual forma, el artículo 39 de la Constitución establece, en su primer inciso, que *"los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado"*.

Este derecho, tiene protección en el ámbito internacional, así lo ha expresado la Corte Constitucional en sentencia T-251 de 2010, cuando ha expuesto que:

"En el ámbito internacional, el reconocimiento del derecho a la libertad sindical presenta la siguiente evolución normativa:

(i) *La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (1919), en su sección primera reconoce el principio de la libertad de sindicación.*

⁴⁰ Auto 116/14, proferido por la Corte Constitucional. MP: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

(ii) Así mismo la contemplan los Convenios de la OIT 87 de 1948, "sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación", y 98 de 1949, "sobre Derecho de Organización y Negociación Colectiva".[8]

(iii) La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en su artículo 23 apartado 4°, dispone: "Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses."

(iv) La Convención Europea aprobada por el Consejo de Europa en 1950, señala en su artículo 11.1 que "toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, comprendiendo el derecho de fundar, con otros, sindicatos y adherirse a ellos, para la defensa de sus intereses".

(v) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 22 consagra el derecho de toda persona a "fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses". Añade el texto que el ejercicio de tal derecho "sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, para proteger la salud o la moral pública".

(vi) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Organización de las Naciones Unidas en diciembre de 1966, en su artículo 8° reconoce el derecho de toda persona a fundar sindicatos, afiliarse a ellos, formar federaciones y confederaciones, el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y el derecho a huelga.

(vii) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", del 22 de noviembre de 1969, en su artículo 16 consagra la libertad de asociación.

(viii) El Convenio 154 de 1981 de la OIT[9] y la Recomendación 163 del mismo año, regulan la negociación colectiva.

*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 estimen convenientes, afiliarse o desafiliarse y solicitar su disolución cuando lo estimen pertinente; y de otra, constituye un **derecho de carácter colectivo**, pues una vez constituida la organización, ésta tiene derecho a regir su destino independientemente."*

Siguiendo este tipo de legislación internacional, el Estado Colombiano, profirió la Ley 411 de 1997, que incorporó el convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública adoptado en la 64ª reunión de la conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra,

1978, normatividad que fue objeto de pronunciamiento mediante sentencia C-377 de 1998, de la Corte Constitucional en lo que se establece lo siguiente:

“La Corte debe condicionar el alcance de los artículos 7º y 8º del convenio bajo revisión en relación con los empleados públicos, por cuanto esas normas autorizan a tomar en cuenta las especificidades de las situaciones nacionales. Así, el artículo 7º no consagra un derecho de negociación colectiva pleno para todos los servidores públicos sino que establece que los Estados deben adoptar “medidas adecuadas a las condiciones nacionales” que estimulen la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones de servidores públicos, lo cual es compatible con la Carta. Además, esa misma disposición prevé la posibilidad de que se establezcan “cualesquiera otros métodos” que permitan a los representantes de los servidores estatales “participar en la determinación de dichas condiciones”, lo cual es armónico con la posibilidad de que existan consultas y peticiones de los empleados públicos a las autoridades, sin perjuicio de las competencias constitucionales de determinados órganos de fijar unilateralmente el salario y las condiciones de trabajo de estos empleados. Igualmente, el artículo 8º reconoce que los procedimientos conciliados de solución de las controversias deben ser apropiados a las condiciones nacionales, por lo cual la Corte entiende que esa disposición se ajusta a la Carta, pues no desconoce la facultad de las autoridades de, una vez agotados estos intentos de concertación, expedir unilateralmente los actos jurídicos que fijan las funciones y los emolumentos de los empleados públicos.”

Posteriormente para desarrollar los artículos 7 y 8 se expidió el Decreto 1092 de 2012 *“Por el cual se reglamentan los artículos 7º y 8º de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos”*, la norma anterior, fue derogada por el artículo 17 del Decreto 160 de 2014, que reglamenta la negociación colectiva para los servidores públicos que pueden participar de una negociación colectiva, pero que no están regidos por el Código Sustantivo del Trabajo.

Por otro lado, precisando la constitucionalidad del derecho a la negociación colectiva, la Corte Constitucional en sentencia T- 251 de 2010 adujo en cuanto a que:

“el artículo 55 superior garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley, imponiéndole al Estado el deber de promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

Adicionalmente, el artículo 2º del Convenio 154 de la OIT, hace referencia a la negociación colectiva “como un concepto genérico que alude a las negociaciones que tengan lugar entre un empleador, grupo de empleadores u organización de empleadores con una o varias organizaciones de trabajadores,

con el propósito de fijar las condiciones que habrán de regir el trabajo y el empleo, o con el fin de regular las relaciones entre empleadores y trabajadores a través de las diferentes organizaciones de unos y otros.

La Corte Constitucional ha precisado que el derecho de negociación colectiva no se limita a la presentación de los pliegos de peticiones y a las convenciones colectivas, sino que incluye todas las formas de negociación que se den entre trabajadores y empleadores y que tengan el fin de regular las condiciones del trabajo mediante la concertación voluntaria, la defensa de los intereses comunes entre las partes involucradas en el conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de unos y otros sean oídos y atendidos, así como la consolidación de la justicia social en las relaciones que se den entre los empleadores y los trabajadores”.

En el mismo sentido, la jurisprudencia mencionada, en otro de sus apartes, al referir a la naturaleza del derecho a la negociación colectiva, indica:

“En relación con el derecho de negociación colectiva, cabe también mencionar el Convenio 154 de la OIT, sobre el fomento de la misma de manera libre y voluntaria. Al respecto de tal Convenio, esta Corporación ha considerado que “no cabe duda que hace parte de la legislación interna, tanto a la luz del artículo 53 constitucional, como por haber sido aprobado por medio de la Ley 524 de 1999, sin embargo, hasta la fecha esta Corporación no ha declarado que haga parte integrante del bloque de constitucionalidad ni en sentido estricto ni en sentido lato. En efecto, en la sentencia C-161 de 2000 en la cual se examinó la exequibilidad del Convenio 154 y de su ley aprobatoria no hubo un pronunciamiento de esta Corporación, y sentencias posteriores en las cuales se ha hecho alusión al mismo tampoco han dilucidado el extremo en cuestión”.

También ha estimado esta Corte, que “a pesar que expresamente no se ha hecho una manifestación en tal sentido es posible verificar que esta Corporación en algunas decisiones ha empleado sus estipulaciones para establecer el alcance del derecho de negociación colectiva, tal como ocurre por ejemplo en las sentencias C-1234 de 2005 y SU-1185 de 2001. Esta Corporación entiende que tal utilización se ajusta al carácter del Convenio 154 de la OIT pues si bien es un tratado internacional sobre un derecho humano –el derecho de negociación colectiva- no prohíbe su suspensión bajo los estados de excepción y en consecuencia no hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto”

Sin embargo, esta posición, la de no pertenecer al bloque de constitucionalidad y por ende, no hace parte del mismo, ha venido siendo morigerada en la Corte, cuando la negociación colectiva adquiere la condición de derecho fundamental, especialmente cuando está en conexidad con el derecho al trabajo o al de la libertad de asociación sindical, es decir, autónomamente no es un derecho fundamental, pero en conexidad

con otros, como los mencionados, adquiere esta categoría, y ha sido objeto de protección.

Recientemente, esta posición ha sido plasmada en la sentencia C-018 de 2015, la cual estableció lo siguiente:

*“Con fundamento en estos textos superiores la Corte Constitucional ha incorporado la noción de bloque de constitucionalidad que, en su acepción estricta, agrupa a un conjunto “de normas y principios que, aun cuando no aparecen en el texto constitucional, se entienden integrados a la Constitución y formalmente hacen parte de ella”. En reiterada jurisprudencia, a este bloque se han adscrito algunos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y, en particular, los identificados con los números 87 y 98. En efecto, mediante las Leyes 26 y 27 de 1976 el Estado colombiano ratificó los Convenios 87 y 98 de la OIT que, respectivamente, se refieren a la libertad sindical y al derecho de negociación colectiva, lo cual le ha permitido a la Corporación sostener que estos Convenios integran la legislación interna, así como del bloque de constitucionalidad, entendido **en su sentido estricto**, lo que significa que “hacen parte del parámetro de control constitucional de las normas legales que regulan la materia”. Este reconocimiento de los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo como integrantes del bloque de constitucionalidad en sentido estricto lo ha hecho la Corte de manera expresa. Así lo ha estimado la Corte en relación con el Convenio 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, poniendo de relieve que “por hallarse integrado a la Constitución, es parámetro para adelantar el juicio de constitucionalidad de preceptos legales” y lo propio cabe aseverar respecto del Convenio 98, también “integrado expresamente al bloque de constitucionalidad stricto sensu”, lo cual lo erige en “parámetro de control de constitucionalidad de las normas legales”, de modo que, junto con el Convenio 87, “constituyen normas principales y obligatorias dentro del ordenamiento jurídico” y “se encuentran al mismo nivel de la Constitución, por lo que sirven de referente obligatorio en la interpretación de los derechos de los trabajadores para dar plena efectividad a las libertades sindicales, la protección de los trabajadores y el derecho al trabajo”.*

En otros apartes de la misma jurisprudencia, se ha dicho lo siguiente:

“Así pues, conforme lo ha señalado la Corporación, “tanto en los instrumentos internacionales como en la propia Carta Política se otorga una protección especial a la libertad sindical y el derecho de asociación sindical y se consagra la garantía de que su ejercicio no puede ser limitado o impedido por la intervención de las autoridades, o indebida injerencia del Estado o restricción indebida de la legislación que afecte el núcleo esencial de estos derechos” [23].

El derecho de asociación sindical mantiene fuertes vínculos con otros derechos de índole constitucional, como acontece con el derecho de negociación colectiva que, de acuerdo con la Corte, le es “consustancial”, por cuanto “le permite a la organización sindical cumplir la misión que le es propia de

representar y defender los intereses comunes de sus afiliados”, relación que no soslaya las diferencias existentes entre uno y otro, pues “el derecho de asociación persigue asegurar la libertad sindical, mientras que el de negociación colectiva se constituye en un mecanismo para regular las relaciones laborales”, a lo cual se suma que “mientras que el derecho de asociación sindical es de naturaleza fundamental, el de negociación colectiva prima facie no tiene ese carácter, aunque puede adquirirlo cuando su vulneración implica la amenaza o vulneración del derecho al trabajo o asociación sindical”.

En ese orden de ideas, es esencial resaltar que el derecho a la negociación colectiva no solo consagra el respeto de las leyes para la realización de la misma, si no también toda forma en la que empleador y empleado puedan llegar a una concertación de los derechos en debate. En tal sentido no puede el patrono desconocer los derechos que, de acuerdo a su empleado se encuentren violentados o afectados.

10.7.1 Procedibilidad de la acción de tutela para amparar el derecho a la asociación y negociación colectiva. Reiteración de jurisprudencia.

Para estudiar este acápite, es necesario traer a colación, lo dicho por nuestro máximo tribunal de salvaguarda constitucional, en jurisprudencia reciente, donde reitera su posición, frente a la procedibilidad de la acción de tutela, para amparar el derecho a la negociación colectiva.

“6.1.1. La procedibilidad de la tutela para solicitar la protección de derechos laborales se debe evaluar de forma diferenciada en los campos del derecho individual y colectivo del trabajo. En el primer ámbito, los jueces examinan el incumplimiento de deberes y obligaciones que se derivan del contrato de trabajo. En el segundo campo, los funcionarios judiciales evalúan el comportamiento así como las condiciones que existen entre un grupo de empleados y la empresa. La colectividad de trabajadores presupone la existencia del derecho fundamental a la asociación sindical, el cual se encuentra reconocido a todos los trabajadores (particulares o servidores públicos) e intenta minimizar el poder preponderante que ostenta el empleador en la relación laboral. Los artículos 38 y 39 de la Constitución reconocen los derechos a la asociación sindical y a la negociación colectiva. De acuerdo a las particularidades del caso, la Sala se concentrará en el segundo campo del derecho del trabajo.

6.1.2. Las reglas de procedibilidad de la acción de tutela tienen una aplicación especial en el tema sindical, materia en que la Corte Constitucional ha concluido que en ciertos eventos los trabajadores carecen de medios idóneos y eficaces de defensa judicial para proteger sus derechos fundamentales a la asociación sindical, a la negociación colectiva, a la igualdad y/o al trabajo. Ello ocurre, porque los empleados tienen dos posiciones frente a la empresa. De un

lado se encuentran en subordinación directa contra este, vínculo que se haya mediado por un contrato laboral. De otro lado, los trabajadores como miembros de una asociación sindical quedan en indefensión absoluta en relación con su empleador.

6.1.3. En la Sentencia SU-342 de 1995, la Sala Plena de esta Corporación enunció algunas sub-reglas de procedencia de la acción de amparo en aquellos eventos en que dentro de una relación de trabajo en materia colectiva se afecta un derecho fundamental de los trabajadores o de las organizaciones sindicales. En las siguientes hipótesis la acción de tutela será el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales que se aducen afectados:

“a) Cuando el empleador desconoce el derecho de los trabajadores a constituir sindicatos, o afiliarse a estos, o promueve su desafiliación, o entorpece o impide el cumplimiento de las gestiones propias de los representantes sindicales, o de **las actividades que competen al sindicato**, adopta medidas represivas contra los trabajadores sindicalizados o que pretendan afiliarse al sindicato. Igualmente, cuando el empleador, obstaculiza o desconoce, el ejercicio del derecho de huelga, en los casos en que ésta es permitida”. En esta situación, la Corte utilizó el listado de actos negativos para el derecho a la asociación sindical que pueden realizar los empleadores, que se establecen en el inciso 2, del numeral 2 del artículo 354 del CST, norma que modificó el artículo 39 de la Ley 5ª de 1990 y que comprende a:

Obstruir o dificultar la afiliación de su personal a una organización sindical de las protegidas por la ley, mediante dádivas o promesas, o condicionar a esa circunstancia la obtención o conservación del empleo o el reconocimiento de mejoras o beneficios;

Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de sus actividades encaminadas a la fundación de las organizaciones sindicales;

Negarse a negociar con las organizaciones sindicales que hubiere presentado sus peticiones de acuerdo con los procedimientos legales;

Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación, y

Adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar la violación de esta norma”. (...)

b) Cuando el empleador obstaculiza o impide el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Aun cuando, tal derecho (art. 55 C.P.), no figura entre los derechos fundamentales, puede ser protegido a través de la tutela, porque su desconocimiento puede implicar, la violación o amenaza de vulneración de

derecho al trabajo, como también el derecho de asociación sindical, si se tiene en cuenta que una de las funciones de los sindicatos es la de presentar pliegos de peticiones, que luego del trámite correspondiente conduce a la celebración de la respectiva convención colectiva de trabajo”.

c) Cuando las autoridades administrativas del trabajo incurren en acciones y omisiones que impiden la organización o el funcionamiento de los tribunales de arbitramento, sean obligatorios o voluntarios, encargados de dirimir los conflictos colectivos de trabajo, que no se hubieren podido resolver mediante arreglo directo o conciliación, o el ejercicio del derecho de huelga (art. 56 C.P.), o cuando incumplan las funciones que le corresponden, según el art. 448 del C.S.T., durante el desarrollo de la huelga”.

En dichas situaciones, los trabajadores sindicalizados y los sindicatos no tienen medios idóneos así como eficaces que eviten la vulneración de los derechos a la asociación sindical, la negociación colectiva, la igualdad y al trabajo por parte del empleado, porque las herramientas procesales ordinarias no ofrecen una protección a las citadas garantías.

Por ejemplo, el procedimiento administrativo sancionatorio que adelanta el Ministerio de Trabajo incumple la naturaleza cualificada que debe tener un medio de defensa para que desplace la tutela, que se identifica con el carácter judicial de la herramienta procesal. En similar sentido, la acción penal carece de la idoneidad para proteger los derechos a la asociación a la igualdad y a la negociación colectiva, porque se circunscribe a verificar la comisión de un hecho punible derivado de la consumación de los delitos contra la libertad del trabajo y asociación consignados en capítulo VIII del Código de Penal y no a solucionar conflictos colectivos. Es más, las conductas descritas en esos enunciados legislativos no describen que los hechos discriminatorios contra los trabajadores sindicalizados o la omisión del empleador en negociar se encuentren en los tipos penales. Por tanto, los medios punitivos carecen de correspondencia para conjurar la vulneración de derechos fundamentales enunciada.

La Sala Octava de Revisión consideró que era procedente una tutela que presentó el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A contra la sociedad a la que pertenece, en la medida en que ésta suscribió una serie de pactos individuales con varios trabajadores que no hacían parte de la organización sindical, pero que se beneficiaban de la convención colectiva. Ello ocurrió mientras se encontraba latente un conflicto colectivo para renovar la convención. En esa ocasión, la Corte confirmó que el laudo arbitral no es un mecanismo idóneo para proteger los derechos a la igualdad de los accionantes, máxime si la deserción sindical afecta al sindicato y reduce la disminución de sus ingresos. Al mismo tiempo, estimó que la persona jurídica afectada carece de herramientas procesales ordinarias para proteger sus derechos fundamentales.

(...)

6.1.4.2. En la segunda hipótesis, que se relaciona con la negativa del empleador para negociar con las organizaciones sindicales, la Corte ha recalcado que la acción de tutela es procedente para exigir a la empresa el diálogo con los trabajadores, porque el derecho a la negociación colectiva tiene un vínculo inherente al derecho a la asociación sindical y en esas hipótesis el ordenamiento jurídico no ofrece medios ordinarios para proteger esas garantías. Aunado a lo anterior, las Salas de Revisión han advertido que la demora en iniciar de los diálogos crea las condiciones para que se configure un perjuicio irremediable que repercute en los derechos del sindicato.

En las sentencia T-251 de 2010, la Corte Constitucional señaló que en casos en que las empresas se niegan a iniciar el proceso de negociación colectiva con los sindicatos, “si procede la acción de tutela, al evidenciarse la presencia de un perjuicio irremediable, puesto que en el proceso de negociación colectiva se presentó una dilación injustificada, sin que a la fecha se haya concretado la negociación a que hay derecho, a pesar de que ésta ha de realizarse con diligencia y celeridad, como lo han establecido la ley y la jurisprudencia, para evitar la vulneración del derecho de negociación colectiva que es consustancial al derecho de asociación sindical, en cuanto le permite a la organización sindical cumplir la misión que le es propia de representar y defender los intereses económicos comunes a sus afiliados y hacer posible, real y efectivo el derecho a la igualdad”.

Más adelante, la Sala Segunda de Revisión precisó que la omisión de las compañías en iniciar el proceso de negociación significa una vulneración desproporcionada e injustificada a los derechos de las asociaciones sindicales, escenario que genera un perjuicio irremediable en los derechos propios u objetivos de la organización de trabajadores. Además, señaló que no existe herramienta jurídica que obligue a la empresa a negociar, de modo que los sindicatos carecen del medio judicial que pueden utilizar para defender su derecho a la negociación colectiva.

En la sentencia T-711 de 2014, la Sala Tercera de Revisión recalcó que las organizaciones sindicales no tienen un mecanismo idóneo y eficaz para solucionar la problemática generada por la omisión de los empleadores de negociar con ellos. Esa negativa impide que se adelante el esquema de resolución de conflictos y que inicie la etapa de arreglo directo. Así mismo, señaló que el trámite administrativo adelantado ante el Ministerio de Trabajo no puede ser exigido como agotamiento de medio de defensa, puesto que carece de la naturaleza judicial que requiere la Constitución y la ley para que desplace a la tutela. Frente a la denuncia penal, advirtió que esa herramienta jurisdiccional carece de idoneidad para proteger los derechos de la asociación sindical, puesto que es un simple medio punitivo que sanciona las conductas típicas, antijurídicas y culpables, empero no resuelve los conflictos colectivos. Por último, recordó que los conflictos colectivos se hallan excluidos del conocimiento de la jurisdicción laboral.

6.1.5. Por consiguiente, esta Corporación ha sido clara en señalar que en ciertos supuestos la acción de tutela se convierte en el medio adecuado para conjurar la vulneración de los derechos a la asociación sindical, a la negociación colectiva, a la igualdad y al trabajo que padecen las organizaciones de trabajadores, porque carecen de herramienta procesal ordinaria de naturaleza judicial que detenga la afectación a esos principios constitucionales. Ello ocurre cuando el empleador ejerce actos de discriminación contra los miembros del sindicato o se niega a negociar con la asociación de los trabajadores.

(...)

Adicionalmente, la jurisprudencia ha reconocido que el derecho a la negociación colectiva tiene una estrecha relación con la asociación sindical. Lo anterior, porque el primero permite que el segundo desarrolle la misión de proteger los derechos y la dimensión instrumental del mismo. A pesar de ese vínculo, la negociación colectiva tiene autonomía frente a la asociación sindical, por cuanto que aquel es un medio que regula las relaciones laborales y carece de naturaleza fundamental, salvo que se vincule con la asociación sindical.

Empero, no puede negarse que la negociación colectiva es una garantía indispensable para las organizaciones sindicales, debido a que la imposibilidad de llegar a un acuerdo con el empleador volvería inoportunas las finalidades de los sindicatos. "Cabe resaltar, que la protección al derecho a la negociación colectiva no implica per se llegar a un acuerdo u obligar a alguna de las partes a acoger las condiciones que no comparten, pues lo que busca la Constitución es garantizar el inicio de las conversaciones correspondientes"⁴¹

Colorario de lo expuesto, es diáfano concluir que la acción de tutela es el mecanismo procedente para amparar los derechos a la libertad sindical y negociación colectiva, cuando un patrono se niega a iniciar la etapa de negociación; luego también es procedente, cuando un empleador se niega a continuar la misma cuando ya se han iniciado; y, no existe mecanismos administrativos ni judiciales eficaces para obligar al patrono a iniciar o continuar la negociación colectiva, puesto que, en el caso de la sanción penal, la misma es de carácter personal y dicha conducta no está consagrada como violación a ese régimen; igualmente sucede, con la responsabilidad que de tipo disciplinario se puedan derivar; así como, las de carácter administrativo, que tienen por objeto, multar al patrono o empleador incumplido, pero carecen de la fuerza coercitiva necesaria para obligarlo a iniciar o continuar la etapa de negociación colectiva; por ello reiteramos, la acción de tutela es el mecanismo de amparo procedente para garantizar el ejercicio de los derechos consagrados en la constitución política aquí referidos.

⁴¹ T-069-2015

10.8. Caso concreto.

En el presente caso, se advierte que como lo ha dicho la corte constitucional, los sindicatos están legitimados para presentar la acción de tutela, cuando se le viole el derecho a sus afiliados y a la organización misma.

En este caso concreto, el **SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE COLOMBIA-SUBDIRECTIVA DEL GUAMO**, a través de su presidente, presentó acción de cumplimiento con el objeto de que la entidad pública territorial **MUNICIPIO EL GUAMO BOLÍVAR**- y sus dependencias, **ALCALDÍA, PERSONERÍA MUNICIPAL y CONCEJO MUNICIPAL**, continuaran con la etapa de negociación colectiva que se había iniciado en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 160 de 1994.

Como la Sala dejó sentado, en la parte general de esta providencia, no estamos frente a una acción de cumplimiento, sino frente a una acción de tutela, por la posible vulneración del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva, en consecuencia, el único mecanismo idóneo para la protección de los derechos antes mencionados, es la tutela; tal como quedó plasmado en los anteriores acápites de este fallo, en los que se estudia la procedencia de la misma.

Por ello, esta Corporación, luego de encontrar superados los presupuestos de subsidiariedad, legitimación, procedencia e inmediatez, dado que los hechos que dan origen a esta acción aún no han cesado, puesto que la negociación colectiva se interrumpió el 5 de mayo de 2016 (fl. 49), y a la fecha, no se han renovado; entrará a estudiar si existe o no vulneración de los derechos mencionados.

De acuerdo a las pruebas relacionadas se demuestra que, se cumplió con el procedimiento establecido en el Decreto 160 de 2014, como fue la presentación del pliego de solicitudes de fecha 25 de febrero de 2016⁴² dentro del primer bimestre del año de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 del decreto 160 de 2014; acto seguido se profiere la Resolución 029 del 15 de marzo de 2016 por medio del cual la Alcaldía Municipal de El Guamo designa los negociadores principales y suplentes del pliego de solicitudes presentado por el sindicato⁴³; posteriormente se instala la mesa de negociación el 20 de abril de 2016⁴⁴ como lo establece el numeral 3 del Decreto y se celebró una segunda reunión de negociación el 05 de mayo de 2016 por medio del cual la Alcaldía Municipal de El Guamo advierte de las irregularidades presentadas en la conformación del Sindicato, motivo por el cual se retiraban de la mesa.

⁴² Fol. 36 cdno 1

⁴³ Fol. 39

⁴⁴ Fols. 42

Tal como lo indica el Juez de primera instancia, las etapas del proceso aún no ha culminado debido a que, existe una demanda de cancelación de registro sindical en razón a que, existen dudas por parte de la Alcaldía Municipal de El Guamo, acerca de la legalidad de la conformación del sindicato, trámite que no se encuentra previsto en el Decreto 160 de 2014, pero si en el Código Sustantivo del Trabajo, el cual escapa de nuestro ámbito de jurisdicción.

En ese sentido, si bien, en el trámite de las negociaciones de arreglo directo surgió la duda acerca de la legalidad de la conformación de la organización sindical demandante; es arbitraria, y constituye una violación de los derechos fundamentales a la libertad sindical, y la negociación colectiva, la conducta asumida por el municipio del El Guamo a través de sus delegados (Alcaldía), rechazar la solicitud de negociación y desconocer la existencia del sindicato accionante, sin que medie el pronunciamiento judicial respectivo.

Tal como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-069 de 2015, constituye una violación a la negociación colectiva, el abstenerse de iniciar las mismas, y en igual lo es, cuando un empleador se niega a continuar la misma habiendo iniciado tal etapa.

Por lo expuesto, no comparte esta Sala la posición asumida por el *a quo* cuando consideró que el procedimiento disciplinario administrativo iniciado por el Ministerio del Trabajo es suficiente para garantizar el derecho fundamental a la negociación colectiva; como tampoco es cierto, que la autoridad penal o disciplinaria respectiva, puedan garantizar efectivamente el derecho a los servidores públicos del municipio del guamo bolívar, tal y como se expuso en las sentencias de tutela citadas en esta providencia.

Debe aclararse entonces, que el derecho a la negociación colectiva, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad, cuando va conexo con el derecho a la libertad sindical, se convierte en un derecho fundamental, y no existe otro medio idóneo que ampare su ejercicio; ya que, el sindicato actor, se creó con el objeto de garantizarle a sus afiliados la negociación colectiva que como servidores públicos tienen derecho. Por lo tanto, se está vulnerando la existencia o razón de ser del sindicato, sin existir una excusa válida para ello; puesto que el art. 364 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone: *"PERSONERÍA JURÍDICA. Modificado por el art. 44, Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: Toda organización sindical de trabajadores por el solo hecho de su fundación, y a partir de la fecha de la asamblea constitutiva, goza de personería jurídica"*.

Teniendo en cuenta lo anterior, la inexistencia de un sindicato debe ser probada por las causales establecidas en el artículo 401 del mismo estatuto laboral. En ese orden de ideas, negarle la existencia a una entidad sindical sin que se den dichas causales, entre ellas, la sentencia judicial en firme que así lo



ordene, constituye una forma de vulneración del derecho fundamental a la negociación colectiva, que debe ser amparada por el juez constitucional.

En tal sentido, esta Corporación revocará la sentencia de primera instancia, y se ampararán los derechos de asociación sindical y negociación colectiva del sindicato **SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE COLOMBIA- SUBDIRECTIVA DEL GUAMO**; ordenándose al **MUNICIPIO EL GUAMO BOLÍVAR**- y sus dependencias, **ALCALDÍA, PERSONERÍA MUNICIPAL y CONCEJO MUNICIPAL**, continuar con la etapa de negociación colectiva que se había iniciado en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 160 de 1994; lo anterior, dentro del término de cuarenta y ocho 48 horas siguientes notificación de esta providencia.

Adicionalmente, se le conmina, para que en el futuro no utilice maniobras extralegales para afectar el derecho de los actores a una negociación colectiva, conforme a la ley colombiana.

XI.- CONCLUSIÓN

La respuesta al primer problema jurídico, es que la acción de cumplimiento no es el mecanismo procedente, para reestablecer la etapa de negociación colectiva, suspendida entre unos empleados públicos y su entidad territorial empleadora, debido a que el único instrumento eficaz, es la acción de tutela.

Como consecuencia de lo anterior, el juez constitucional de la acción de cumplimiento debe imprimirle el trámite de la acción de tutela a la misma, independientemente de que el proceso se encuentre en primera o en segunda instancia, ya que en el Código General del Proceso desapareció la causal de nulidad por trámite diferente, por lo que lo actuado conserva total validez; ello, siempre que se respete el debido proceso, el derecho de defensa, el término judicial de la acción y no se encuentre en las causales de nulidad constitucional.

En conclusión, se vulnera el derecho de asociación sindical y negociación colectiva, de un sindicato de servidores públicos, cuando se le suspende la etapa de negociación colectiva sin justificación legal alguna.

XII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso de Bolívar – Sala Quinta de Decisión Constitucional, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y autoridad de la ley.



XIII. FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: AMPARASE los derechos fundamentales a la negociación colectiva, en conexidad con los derechos a la asociación sindical del sindicato **SINDICATO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE COLOMBIA- SUBDIRECTIVA DEL GUAMO**; En consecuencia **ORDENASE** al **MUNICIPIO EL GUAMO BOLÍVAR-** y sus dependencias, **ALCALDÍA, PERSONERÍA MUNICIPAL y CONCEJO MUNICIPAL**, continuar con la etapa de negociación colectiva que se había iniciado en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 160 de 1994; lo anterior, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia; conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: NOTIFICAR por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991, y al juzgado de primera instancia.

CUARTO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 3

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ