COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/1211/00

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/1211/00
Expediente	—
Fecha	1996-11-30
Sala	Sala Laboral
Magistrado ponente	—
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Accion De Tutela
- Perjuicio Irremediable
- Derecho De Asociacion Sindical
- /Derecho De Asociacion Sindical
- Derecho De Asociacion Sindical En La Normatividad Internacional
- Bloque De Constitucionalidad

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Puede concebirse la asociación sindical si no se garantiza que ésta, en los términos del acto de asociación, pueda contar con elementos materiales representados en bienes y recursos económicos que le permitan cumplir con los

Texto completo

T-1211-00 Sentencia T-1211/00 Sentencia T-1211/00 LEGITIMACION POR ACTIVA DEL SINDICATO -Presentación de tutela ACCION DE TUTELA -Subsidiariedad PERJUICIO IRREMEDIABLE -Elementos PERJUICIO IRREMEDIABLE -Definición DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL -Alcance /DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL -Modalidad de la libre asociación DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL -Fundamental DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL EN LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL -Se proyecta en el ámbito interno BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD -Conformación SINDICATO -Financiación No puede concebirse la asociación sindical si no se garantiza que ésta, en los términos del acto de asociación, pueda contar con elementos materiales representados en bienes y recursos económicos que le permitan cumplir con los fines para los cuales fue creada. Como la asociación sindical, por su propia naturaleza, no puede tener por objeto la explotación de actividades con fines de lucro, que podrían generarle rendimientos económicos que le permitan su subsistencia, el numeral 7 del art. 362 del Código Sustantivo del trabajo, en la forma como fue modificado por el art. 42 de la ley 50/90, preceptúa que en los estatutos de la organización sindical deben señalarse la cuantía y periodicidad de las cuotas ordinarias y extraordinarias que han de cubrir los afiliados y su forma de pago. Es obvio que si un sindicato no dispone de algún patrimonio no puede realizar sus objetivos, ni ser eficiente en sus actividades. Las cuotas son elemento indispensable para el funcionamiento de la organización. El empleador no puede obstaculizar el recaudo.

SINDICATO -Entrega oportuna de cuotas por empleador /DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL -Entrega oportuna de cuotas por empleador CLAUSULA DE SEGURIDAD SINDICAL MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL NO IDONEO E INEFICAZ -Entrega oportuna de cuotas sindicales por empleador ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO -Cumplimiento por el Estado de obligaciones adquiridas /COMITE DE LIBERTAD SINDICAL DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO -Recomendaciones MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL -Labor de vigilancia y control de normas laborales no excluye acción de tutela La vigilancia y control en el cumplimiento de las normas laborales le corresponde al Ministerio del Trabajo. Ejercitar esa función no impide que una persona natural o jurídica instaure la acción de tutela porque el objeto de ésta es el de proteger los derechos fundamentales. Por consiguiente, el trámite que se hubiere desarrollado en dicho Ministerio no puede ser nunca impedimento para acudir a la tutela.

ORDEN DEL JUEZ DE TUTELA -Cumplimiento imperativo /JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA -Competencia para hacer cumplir la orden de tutela Referencia: expediente T-280078 Acción de tutela instaurada por Rodrigo Antonio Alvarez Restrepo contra Aerovías Nacionales de Colombia Avianca Procedencia:

Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre del dos mil (2.000).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente SENTENCIA En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, en la tutela instaurada por SINTRAVA contra Aerovías Nacionales de Colombia, AVIANCA.

ANTECEDENTES HECHOS 1. SINTRAVA es un sindicato de primer grado y de base, que ha venido suscribiendo convenciones colectivas con AVIANCA, siendo una de las últimas la de 1998.

2. En el año de 1996, según el sindicato, sus afiliados eran 2163, mientras que en el año 2000 al mismo sindicato, por " intermedio de la Secretaría general de la empresa" se le reportó un listado de 211 trabajadores a quienes se les hacen los descuentos por cuota sindical. Agrega la organización sindical que "La Empresa desde el año de 1996 se negó sistemáticamente a suministrarnos los listados sobre a quién se le hacía descuentos, sin ninguna justificación valedera" y que desde esa fecha no se retienen las cuotas sindicales de los beneficiados por la convención colectiva.

3. El sindicato indica que " se ha llegado al extremo de omitir también el descuento de gran cantidad de trabajadores miembros de SINTRAVA".

4. La cuota ordinaria sindical por beneficio convencional es según el artículo 39 del decreto 2351 de 1965 que fue sustituido por el artículo 68 de la ley 50 de 1.990 una cuota igual a la que cuota ordinaria de los afiliados y es el sindicato quien la fija en sus estatutos; pues bién el artículo 42 de los Estatutos de SINTRAVA señala en un 1.5 el monto de lo que deberán pagar los trabajadores sindicalizados y los no sindicalizados pero favorecidos por la Convención.

5. Dice la petición de tutela que Avianca S. A. propició un "estatuto del no sindicalizado", cuyo texto es idéntico al de la convención; estatuto que, en criterio de Sintrava, fue expedido " con el exclusivo fin de impedir que a la organización sindical lleguen los recursos que se causan en razón a la existencia de la convención colectiva de trabajo".

Es decir que, según el Sindicato, la empresa ha venido aplicando la convención a la totalidad de los trabajadores apelando al nombre de "estatuto del no sindicalizado".

Al preguntarle la Corte Constitucional a la empresa demandada si había hecho descuentos a los trabajadores beneficiados por la Convención; respondió que antes del 30 de noviembre de 1996 sí se hacían los mencionados descuentos; y al preguntársele a la empresa si actualmente se estaban haciendo esos descuentos, respondió: " En la actualidad la empresa

no descuenta la cuota de beneficios de convención que consagra el artículo 68 de la ley 50 de 1990, pues no se dan los requisitos establecidos en el artículo 38 del decreto ley 2351 de 1965".

Como se aprecia, la empresa hace referencia al artículo 38 de mencionado decreto. 6. Dice el sindicato que por tales omisiones se impide el libre desarrollo de la actividad sindical, ya que el total de los descuentos que no se han hecho alcanza un monto de 220 millones de pesos. Luego, en su sentir se han violado los derechos a la asociación sindical, al trabajo, al trato digno, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. Considera además que se ha hecho caso omiso del artículo 39 del decreto 2351 de 1965. Sea de advertir, que la norma mencionada, el artículo 39 se refiere a "

cuota por beneficio de Convención ", mientras que la empresa invoca el artículo 38: " extensión a terceros" . 7. Indica la organización sindical que ejercita la acción de tutela "..por tratarse de la violación de un derecho relacionado con el derecho colectivo, en los términos que se enuncian en esta acción ..". Por lo tanto SOLICITA que se tutelen tales derechos como mecanismo transitorio , ordenándose a la empresa accionada que lleve a cabo los descuentos a los trabajadores sindicalizados, y a los no sindicalizados por las cuotas por beneficio convencional, ya que no se les ha hecho ningún descuento desde el 15 de diciembre de 1996, y hacia el futuro, hasta cuando se profiera sentencia definitiva en la jurisdicción ordinaria laboral.

8. En efecto, el sindicato presentó una demanda ordinaria laboral cuyo petitum es el siguiente: "Se condene a la demandada (Avianca) a descontar del salario de los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados (obligación de hacer), que se hayan beneficiado y se beneficien de la convención colectiva de trabajo, suscrita entre la demanda y el demandante, a los cuales no se les haya hecho el descuento mencionado, a partir del 1º de enero de 1996 y hacia el futuro hasta cuando se produzca la sentencia, las cuotas legales por beneficio convencional y a entregarlos a la organización sindical"

. 9. Hace referencia la solicitud de tutela a una queja que el Sindicato había formulado ante el Ministerio del Trabajo. Dentro de esta investigación, el 28 de octubre de 1997, el Jefe de la vigilancia y control del Ministerio del Trabajo, mediante Resolución 002431 sancionó a AVIANCA con una multa de 80 salarios mínimos legales por violación al derecho de asociación y dentro de esta Resolución se analizó el no pago de las cuotas sindicales. El 26 de enero de 1998, mediante Resolución 000353 se confirmó la Resolución 002431. Aunque Avianca le comunica a la División de vigilancia y control del Ministerio del Trabajo que con la prueba documental que adjunta " se demuestra que la empresa no está autorizada para efectuar descuento de cuota sindical ordinario en los términos del artículo 400 del C.S.T., a algunas de las 438 personas indicadas por Sintrava como sus socios en el listado remitido por ese Ministerio…".

10. También se relaciona en la solicitud de tutela y se presenta como prueba una queja ante la OIT en el Comité de Libertad Sindical . Es el caso 1925, de SINTRAVA contra el Gobierno de Colombia. El alegato ante la OIT lo presentó SINTRAVA el 31 de marzo de 1997 relatando en este escrito una serie de hechos y haciendo hincapié en que las malas relaciones se acrecentaron por el comportamiento de la División de Relaciones Industriales de la empresa; e indica que hay una campaña liquidacionista contra el sindicato aduciendo como prueba el estar impulsando el "Estatuto del no sindicalizado" y que: " A la par de lo anterior la empresa no retuvo a favor de SINTRAVA la respectiva cuota por beneficio convencional ni las cuotas sindicales ordinarias desde el 15 de diciembre pasado a un número aproximado de 280 trabajadores dentro de los cuales están incluidos varios Directivos sindicales, tanto de la Junta Directiva Nacional como de nuestras seccionales. En este aspecto es de resaltar que para la quincena del 28 de febrero la empresa procedió a efectuar el descuento a la mitad de los 280 trabajadores relacionados por el sindicato, sin que a la fecha Avianca haya pagado los descuentos, lo que constituye por sí retención ilegal de los fondos sindicales".

11. En el 309 Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT, en el referido caso 1925, dentro de las Recomendaciones del Comité aparece expresamente la siguiente:

“117. En cuanto a la no retención a favor de la organización querellante de la cuota por beneficio convencional ni las cuotas sindicales ordinarias desde el 15 de diciembre de 1996 de 280 afiliados, y en algunos casos la retención ilegal por parte de la empresa de las cotizaciones percibidas, el Comité, observando la falta de observaciones del gobierno sobre este alegato, subraya que al analizar alegatos análogos señaló que la falta de percepción de las cotizaciones sindicales puede causar graves dificultades a las organizaciones sindicales y pide al gobierno que se asegure de que la empresa garantice la retención y el pago de las cuotas sindicales, en la forma prevista en el artículo 400 del Código Sustantivo del Trabajo. El Comité pide que le mantenga informado al respecto”.

12. En la misma OIT, en marzo de 1998, en el Informe 316, en el capítulo " Introducción". se hizo referencia a la Recomendación. Y SINTRAVA informó al Comité que la empresa continuaba negándose a efectuar la retención de las cuotas sindicales.

13. Posteriormente la OIT hace mención a que el 15 de enero de 1999 el Gobierno envió informaciones parciales sobre el seguimiento dada a las recomendaciones del Comité y en cuanto a la no retención de cuotas sindicales dice” El Comité toma nota de estas informaciones y considerando que el querellante informa que a pesar de que se le ha impuesto una multa la empresa continúa negándose a efectuar tales descuentos, pide al gobierno que tome las medidas necesarias para que AVIANCA cumpla con lo dispuesto en el artículo 400 del Código Sustantivo del Trabajo y que le informe al respecto”.

En el Informe 319 vuelve a referirse al caso 1925. Y en el Informe 322 toma nota de que la empresa, el sindicato y el gobierno adelantan una mesa tripartita de concertación para poner fin al conflicto.

14. La posición inicial del empleador se resume de la siguiente manera: La tutela es improcedente por falta de legitimidad, puesto que aparece instaurada por el presidente nacional del sindicato en representación de su organización sindical, sin que legalmente esté facultado para instaurarla, ni para reclamar los descuentos aquí solicitados, ya que no ha cumplido con los requisitos del estatuto para efecto de instaurar acciones judiciales, pues que para tales actividades se requiere la aprobación de la asamblea y junta directiva, sin que sea suficiente la voluntad de un solo miembro. Además, existe otra vía judicial, que los propios accionantes reconocen en su existencia en el mismo texto de la demanda de tutela. Eso hace que la acción sea temeraria. Agrega que existe ante el Ministerio del Trabajo un recurso, que actualmente está en trámite, para dirimir estos asuntos. No existe, en sentir de la empresa, ningún perjuicio irremediable, pues de la simple lectura de la demanda se infiere que la presunta violación sucedió el quince de diciembre del 96 y no se entiende cómo, después de casi tres años de sucedido el presunto hecho se pueda instaurar una tutela basada en la inmediatez de un perjuicio irremediable. En el fallo motivo de revisión se resume la posición de la empresa así: “ Esta tutela sería entonces un claro atentado contra el derecho a no sindicalizarse, que se vería amenazado por esta acción ya que se compele a los no sindicalizados a asociarse a SINTRAVA, lo que además de ser un delito aparece prohibido en el artículo 379 del C. S. del T. Por otro lado, en cuanto a las cuotas de los trabajadores sindicalizados existe ya demanda ordinaria laboral y querella administrativo-laboral ante el Ministerio del Trabajo que pretende esclarecer esa situación, además de que el artículo 400 permite descuentos solamente de los afiliados, pero de ninguna manera prevee el descuento para los no afiliados beneficiarios de acuerdos individuales sobre beneficios extralegales no convencionales”.

15. En escrito dirigido a la Corte Constitucional, Avianca S. A. insiste en que existe otro mecanismo de defensa judicial, el del juicio laboral, que precisamente el sindicato ha empleado, luego la tutela se presenta antes de tiempo porque hay pleito pendiente. (cita el art. 97 del C. de P. C.). Y se agrega: “ Pero, además del conocimiento del asunto por parte de la jurisdicción laboral, éste viene siendo discutido en sede administrativa (ante el Ministerio del Trabajo), ante la Organización Internacional del Trabajo y constituye uno de los puntos del pliego de peticiones presentado por SINTRAVA a AVIANCA, que constituirá el marco temático de la negociación de la Convención Colectiva”.

Por otro aspecto plantea que la reclamación tiene rango simplemente legal y que como en Avianca hay siete sindicatos que agrupan a 1206 afiliados, Sintrava no puede pedir que se le extiendan los beneficios a todos los trabajadores porque, según el empleador, Sintrava apenas tiene 208 afiliados.

PRUEBAS Del acervo probatorio merece destacarse lo siguiente: 1- Certificados de socios expedido por SINTRAVA, 2- convenciones colectivas de trabajo de 1994 a 1996 y de 1998 al 2000, 3- estatutos del sindicato, donde se dice (artículo 42) que la cuota es del 1.5% 4- Demanda ordinaria laboral cuya petición principal es la reseñada en los hechos de la presente sentencia, 5- Diario oficial con la publicación de la personería jurídica del sindicato, 6- relación de socios presentada por SINTRAVA a AVIANCA S.A. para efectos del descuento de las cuotas reclamadas, 7- comunicaciones de los trabajadores insistiendo en que se les descontara, 8- comunicación de SINTRAVA a la OIT, 9- sentencia de tutela del 28 de noviembre de 1995, pero no se refiere a cuotas sindicales, 10- Resoluciones del Ministerio del Trabajo por medio de las cuales se impusieron sanciones a Avianca por la no entrega de las cuotas sindicales, 11- pronunciamientos de la OIT en la cual se imponen obligaciones al Gobierno colombiano en relación con AVIANCA, dentro de las cuales se encuentra lo de las cuotas sindicales, según se relacionó en los hechos de esta sentencia, 12- fotocopia del oficio remisorio del Ministerio de Trabajo, 13- fotocopia de los comprobantes de pago suscritos por SINTRAVA y en los que se le cancelan cuotas sindicales, 14- documentos por medio de los cuales se certifica el acuerdo entre la empresa y cada trabajador para la aplicación del manual de beneficios extralegales, 15- constancia expedida por el Departamento de relaciones industriales respecto al número de afiliados a las organizaciones sindicales ACDAC y ACAD, 16- respuesta dada por AVIANCA a la OIT, 17- informes del Comité de Libertad sindical de la OIT 18- unas comunicaciones de renuncias a SINTRAVA 19- recibos de Tesorería de AVIANCA 20- fotocopias de varias aceptaciones de beneficios extralegales 21- comunicaciones varias del sindicato 23.

estatuto del no sindicalizado. Consta de 105 páginas y señala las condiciones, beneficios, incrementos salariales y, en fin, las normas que rigen durante dos años para los trabajadores no sindicalizados.

Adicionalmente, la empresa presentó, entre otras, las siguientes pruebas: 1.Inicialmente nueve cartas de renuncia al sindicato, luego ante la Corte se presentaron otras cartas de renuncia y solicitud de no descuento a favor de Sintrava en 170 folios 2. una buena cantidad de comprobantes de pago, sobre cancelación de cuotas sindicales, 3.

unos certificados de acuerdo entre la empresa y unos trabajadores para la aplicación del manual de beneficios extralegales, 4. la demanda ordinaria presentada por el sindicato por cuotas sindicales, 5.

de la tramitación en la OIT solamente el informe GB-278, que se refiere al seguimiento dado a las recomendaciones y a la petición de la OIT de que se le siga informando, 6.

copia del auto de la suspensión de fecha 21 de enero del 2000, se refiere a la suspensión de un acta del 20 de diciembre de 1999 que se sigue en el Ministerio del Trabajo, " a fin de buscar solución a las recomendaciones de la OIT, caso 1925, el cual se fundamenta en los mismos hechos de la querella que se tramita en este Despacho".

En el acta del 20 de diciembre se fijaban términos operativos, 7. pliego de peticiones presentado por SINTRAVA para la negociación del año 2000, 8.

el listado de personal que Sintrava envió el 18 de septiembre de 1996 para que fueran efectuados descuentos, son 22 páginas y en cada una de ellas hay aproximadamente 55 nombres.

9. solicitud de retención de cuotas por beneficios de la convención colectiva (13 folios) 10. Comprobantes de pago por cuotas sindicales (90 folios) Esta Sala de Revisión le solicitó al Juzgado 4° Laboral de Baranquilla, donde cursa el juicio de SINTRAVA VS. AVIANCA, la remisión de unas copias. No se dio respuesta a esta solicitud de prueba.

SENTENCIA QUE SE REVISA La tutela fue interpuesta ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, y por auto de 22 de octubre de 1999 se remitió por competencia al Tribunal Superior de Barranquilla, donde se profirió la sentencia el 16 de noviembre de 1999.

El mencionado Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Penal, negó la tutela porque hay otro medio judicial y no hay perjuicio irremediable ya que " no es posible colegir, de que de la acción u omisión de que se da cuenta en el libelo, se derivara una situación tan grave para los derechos fundamentales de los afiliados a Sintrava o para los no afiliados a él";

y agrega el fallo que hay otros medios de defensa idóneos para reclamar. El caso se seleccionó por insistencia de la Defensoría del Pueblo. En su opinión: " Es necesario tener en cuenta, que el Ministerio de Trabajo ya había impuesto sanción a la empresa Avianca S. A. por la no entrega de las cuotas sindicales y que la OIT ya se había pronunciado al respecto, sin que se lograse que dicha compañía cumpliera con sus obligaciones. Adicionalmente dicha compañía se encuentra demandada por la misma causa ante la justicia ordinaria, sin resultados hasta este momento, motivo por el cual consideramos que el sindicato de Avianca S. A. SINTRAVA se encuentra abocado a sufrir un perjuicio irremediable, como quiere que persiste la causa de la violación de sus derechos".

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS A. COMPETENCIA Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes y por la insistencia y luego escogencia del caso hecha por la Sala de Selección.

CONSIDERACIONES JURIDICAS Como cuestiones previas al estudio de fondo de la tutela instaurada, se analizarán la legitimación por activa de los sindicatos en cuanto a la acción de tutela y el carácter subsidiario de la tutela frente a la existencia de otro medio de defensa judicial, ya que estos aspectos justificaron en parte la decisión del Tribunal de Barranquilla; y, luego, se examinarán los derechos de asociación y cláusulas de seguridad sindical y el valor de las recomendaciones de la OIT.

1.- Legitimación por activa de la organización sindical En forma reiterada la Corte Constitucional ha sostenido que las personas jurídicas y por consiguiente las organizaciones sindicales pueden instaurar acción de tutela, bien sea directamente cuando, como personas jurídicas, son titulares de derechos fundamentales y actúan por sí mismas, o indirectamente, cuando la esencialidad de la protección gira al rededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas [1] .

Ha dicho igualmente la Corte que tratándose de los sindicatos, T-566/96 [2] , éste representa los intereses de los trabajadores, luego la legitimación para instaurar la tutela no solo proviene de su propia naturaleza que lo erige personero de dichos intereses, sino de las normas de la Constitución y del decreto 2591/91. Por consiguiente la tutela puede ser instaurada por el afectado o por quien actúe en su nombre o lo represente. Esta posición jurisprudencial se basa según la SU-342 de 1995 en lo siguiente:

"Es indudable que los peticionarios se encuentran, dada su condición de trabajadores de la empresa en un estado de subordinación. Con respecto al sindicato, puede decirse que la subordinación es indirecta, porque sus miembros son igualmente trabajadores de la empresa. Pero además, en el caso concreto el sindicato se encuentra en un estado de indefensión, dado que no dispone de medios físicos ni jurídicos idóneos y eficaces, distintos de la acción de tutela para contrarrestar la alegada violación de los derechos fundamentales a la igualdad, a la asociación sindical y a la negociación colectiva.

Además, como el sindicato representa los intereses de la comunidad de los trabajadores, con arreglo a las funciones generales que le son propias, según el art. 372 del C.S.T su legitimación para instaurar la tutela no sólo proviene de su propia naturaleza que lo erige personero de dichos intereses, sino de las normas de los artículos 86 de la Constitución y

10 del Decreto 2591 de 1991, según los cuales la tutela puede ser instaurada por el afectado o por quien actúe en su nombre o lo represente".

O sea que el sindicato tiene capacidad para instaurar tutela máxime cuando, como ocurre en el presente caso, se invoca el derecho de asociación; y el ejercicio de la acción se ubica dentro del principio de informalidad propio de la tutela, luego basta la demostración de que se es representante de la organización sindical, sin que se exijan otros requisitos, porque se trata nada menos que de pedir la protección por la violación o amenaza de violación de derechos fundamentales.

2. Subsidiariedad Permanentemente se ha sostenido el carácter residual de la acción de tutela, es decir que su operatividad depende de que no exista otro medio de defensa judicial, salvo que se ocasione un perjuicio irremediable, en cuyo caso la tutela es utilizada como mecanismo transitorio. Es decir que, en principio, la tutela tiene un simple carácter subsidiario. En la T-716/99 se dijo:

"Ante circunstancias susceptibles de ser resueltas mediante el ejercicio de las acciones que en condiciones normales han sido previstas por la ley con propósitos específicos y sometidos a procesos legalmente contemplados, la acción de tutela no cabe en principio, pues así lo dispone el propio artículo 86 de la Constitución. ……No obstante, también es necesario recordar, según lo dispone el citado artículo 86 constitucional, que cuando se trata de evitar un perjuicio irremediable -en cuyo caso se concederá la tutela de manera transitoria- o cuando el otro medio de defensa no tenga la idoneidad suficiente para proteger el derecho fundamental en peligro, es viable el amparo constitucional".

Si ocurre ese perjuicio irremediable cabe la tutela con carácter de transitoria, es decir que sí prospera pero las órdenes que se dieren quedan supeditadas al posterior pronunciamiento del proceso ordinario o contencioso administrativo.

Esto último significa que es obligatorio instaurar el respectivo juicio ordinario o contencioso administrativo, es un ejercicio simultáneo o conjunto dice el artículo 8º del decreto 2591/91. Luego la existencia del juicio ordinario o contencioso reafirma el carácter de transitoriedad de la tutela y sería absurdo que por cumplir con la obligación de presentar oportunamente tales juicios esto se predicara en contra de la prosperidad de la tutela.

3. El perjuicio irremediable En la sentencia T-225/93 [3] se enumeran los requisitos para que el perjuicio pueda calificarse como irremediable:

"A) El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado.

Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto.

Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia. B) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la

precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señalan la oportunidad de la urgencia.

C) No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social".

La jurisprudencia constitucional ha definido, de la siguiente manera, el concepto de perjuicio irremediable, en la T-823/99: "Se entiende por irremediable el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho .

El legislador abandonó la teoría del daño no resarcible económicamente, que en oportunidades se ha sostenido, en especial para considerar algunos elementos del perjuicio moral. Se ha considerado, por intérpretes de la norma, que su redacción adolece de defecto al afirmar que el dicho perjuicio irremediable sería aquél no reparable en su integridad, mediante indemnización, interpretación equivocada porque abandona la manifestación expresa y literal de la ley.

Se trata de daños como la pérdida de la vida, o la integridad personal, que pudiendo ser indemnizados totalmente en sus efectos materiales y morales, no puede recuperarse por ningún medio ." [4] (subrayas fuera del texto).

Es, en fin, el perjuicio irremediable "... aquel perjuicio INMINENTE , que reclama medidas URGENTES y en consecuencia la acción IMPOSTERGABLE del juez constitucional para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados..." [5] .

Clarificado lo anterior: que los sindicatos sí pueden instaurar tutela y que esta puede prosperar en ocasiones como mecanismo transitorio, se pasa a continuación a examinar aspectos sustantivos del presente caso.

4. El derecho de asociación sindical Tanto la Constitución (arts. 38 y 39 C.P.) como diferentes normas de internacionales (convenios 98 y 87 de la OIT) y otras de rango legal (que se hallan por ejemplo en el C. S. del T., en el decreto 2351 de 1965, en la ley 50 de 1990 y en la ley 584 de 2000) , reconocen, garantizan y desarrollan el derecho fundamental de asociación sindical, tanto para los trabajadores particulares, como para los servidores públicos, sean empleados públicos o trabajadores oficiales, aun cuando en relación con los empleados públicos existen ciertas restricciones a su derecho de asociación sindical (arts. 414 y 415 del C.S.T.). Igualmente, la Constitución, los Convenios Internacionales y la ley garantizan y protegen el derecho a la negociación colectiva.

En la sentencia C-385/2000 se dijo: "2.1. El art. 39 de la Constitución consagra el derecho fundamental de asociación sindical de los trabajadores, el cual constituye una modalidad del derecho de libre asociación, dado que aquél consiste en la libre voluntad o disposición de los trabajadores para constituir formalmente organizaciones permanentes que los

identifiquen y los una, en defensa de los intereses comunes de la respectiva profesión u oficio, sin autorización previa o la injerencia o intervención del Estado, o de los empleadores.

En la sentencia T-441/92 [6] la Corte expresó, sobre el derecho de asociación sindical, lo siguiente: “Se concluye que el derecho de asociación sindical es un derecho subjetivo que tiene una función estructural qué desempeñar, en cuanto constituye una vía de realización y reafirmación de un estado social y democrático de derecho, más aún cuando este derecho que permite la integración del individuo a la pluralidad de grupos, no constituye un fin en sí mismo o un simple derecho de un particular, sino un fenómeno social fundamental en una sociedad democrática y, es más, debe ser reconocido por todas las ramas y órganos del poder público”.

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

“Tiene también un carácter relacional o sea que se forma de una doble dimensión. Ya que de un lado aparece como un derecho subjetivo de carácter individual y por el otro se ejerce necesariamente en tanto haya otros ciudadanos que estén dispuestos a ejercitar el mismo derecho y una vez se dé el acuerdo de voluntades se forma una persona colectiva”.

“Tiene así mismo un carácter instrumental ya que se crea sobre la base de un vínculo jurídico, necesario para la consecución de unos fines que las personas van a desarrollar en el ámbito de la formación social”.

En el derecho de asociación sindical subyace la idea básica de la libertad sindical que amplifica dicho derecho, como facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda restricción, intromisión o intervención del Estado que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento.

Ello implica, la facultad que poseen las referidas organizaciones para autoconformarse y autoregularse conforme a las reglas de organización interna que libremente acuerden sus integrantes, con la limitación que impone el inciso 2 del art. 39, según el cual la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos se sujetan al orden legal y a los principios democráticos.

La Corte en la sentencia T-173/95 [7] aludió a los principios democráticos que deben regir tanto la organización como el funcionamiento de los sindicatos, en los siguientes términos:

“Es por esta razón por la que el ordenamiento jurídico no puede ser indiferente frente a las condiciones de funcionamiento de organizaciones de esa naturaleza, mucho más cuando está fundado en valores de participación y pluralismo (artículo 1 de la Carta). Así lo quiso el constituyente de 1991 al ordenar en el segundo inciso del artículo 39, la sujeción de los sindicatos "al orden legal y a los principios democráticos "

(subrayado de la Sala). En el ejercicio de su fuero interno, un sindicato puede establecer las condiciones de funcionamiento que estime pertinentes, siempre que ellas sean compatible con los principios rectores de una sociedad democrática”.

La T-568/99 dice al respecto: “Derecho de asociación y sindicalización : en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución Política, el artículo 39 establece el derecho de los trabajadores (y los empleadores) a constituir sindicatos, sin intervención del Estado. Tal facultad está en consonancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), art. 23.4, [8] el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966) art. 8, que consagra el deber de los Estados Parte de garantizar el derecho de toda persona de formar y afiliarse a sindicatos, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988) art. 8, que incorporó a la Carta Americana el deber de las Partes de garantizar "a) El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses".

Además, la Constitución de la OIT en su preámbulo, como uno de los propósitos de la Organización de luchar contra la injusticia social, propone mejorar las condiciones de los trabajadores - entre otros aspectos - en lo que atañe a la libertad sindical . Afianzando este compromiso y con el consenso de la comunidad internacional, se suscribió el Convenio 87 (1948), Sobre la Libertad Sindical y el Derecho de Sindicación, en el cual se dice expresamente :

" Artículo 1. Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a poner en práctica las disposiciones siguientes." Se confirma el derecho de los trabajadores de constituir sindicatos autónomos, y se advierte a las autoridades públicas que "deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal".

[9] Más tarde, el Convenio 98 reiteró este derecho, y la obligación de no injerencia externa. [10] 5. El derecho de asociación sindical es fundamental La Corte también ha dicho que el derecho de asociación sindical está integrado a la concepción democrática del Estado Social de Derecho, pluralista, participativo, fundado en el respeto de la dignidad y de la solidaridad humanas , y por ello en la sentencia T-834/2000, de esta misma Sala Sexta de Revisión, se hicieron estas apreciaciones:

" El derecho de asociación sindical, reconocido en el artículo 39 de la Constitución, es un derecho fundamental, y consiste en la libertad que tienen los trabajadores para constituir sindicatos, con completa autonomía. El mencionado artículo 39 C.P. expresa: “Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá por la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos…” Hay una remisión al ordenamiento legal en cuanto al funcionamiento del sindicato. Es obvio que no es una remisión para obstaculizar el funcionamiento sino todo lo contrario para viabilizarlo, de ahí que últimamente la ley 584 del 2000 en sus artículos 1º y 2º establecen sobre el derecho de asociación:

" ARTÍCULO 1º. Modifíquese el artículo 353 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 38, el cual quedará así:

1. De acuerdo con el artículo 39 de la Constitución política los empleadores y los trabajadores tienen el derecho a asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos; estos poseen el derecho de unirse o federarse entre sí.

2. Las asociaciones profesionales o sindicatos deben ajustarse en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes, a las norma de este título y están sometidos a la inspección y vigilancia del Gobierno, en cuanto concierne al orden público.

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

ARTICULO 2º. Modifíquese el artículo 358 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así: "Los sindicatos son organizaciones de libre ingreso y retiro de los trabajadores. En los estatutos se reglamentará la coparticipación en instituciones de beneficios mutuo que hubiere establecido el sindicato con aportes de sus miembros."

Igualmente la Corte en la T-568/99 ha dicho que los derechos laborales son derechos humanos: "La naturaleza de estos derechos es progresiva :

[11] de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (art. 2), cada Estado parte se compromete: "a adoptar medidas, (...) especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" .

Pero el hecho de que esta afirmación sea abierta, y los medios utilizables por parte de los Estados laxos, no implica que los esfuerzos puedan ser mínimos:

"esta flexibilidad coexiste con la obligación de cada Estado Parte de utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. A este respecto, hay que tener presentes las prescripciones de la legislación internacional sobre derechos humanos. Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos".

[12] 6. El derecho de asociación en la normatividad internacional se proyecta en el ámbito interno El derecho de asociación se protege también en la normatividad internacional. Los Convenios de la OIT 87 y 98 defienden de la libertad y actividad sindical y han sido calificados en la Cumbre de Copenhague como convenios esenciales.

El artículo 2° del Convenio 98 establece en su primera parte: “ Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración ”- El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su artículo 8, estableció que los Estados Parte se comprometen a garantizar:

“ c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos ”.

Se deben evitar los obstáculos y las maniobras que desalienten el ingreso al sindicato, o su permanencia en él o la completa expresión de la actividad sindical, por el contrario:

“… debería estimularse y fomentarse entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

” [13] El Protocolo de San Salvador, aprobado por la ley 319 de 1996, revisada por la Corte Constitucional en la sentencia C-251/97, dice en su artículo 8:

" Los Estados Partes garantizarán: “a- El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones o confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente ”.

Respecto a la interpretación de este Protocolo, la sentencia C-251/97 dijo: “ Igualmente, esta Corporación ha reconocido que muchos derechos sociales, o muchos de sus aspectos, son de aplicación inmediata, tal y como sucede con los principios mínimos del trabajo contenidos en el artículo 53 superior .” Todas las normas de Convenios y Protocolos sobre derechos humanos (dentro de ellos las normas laborales como lo dijo la Corte en la T-568/99) se aplican internamente según el artículo 93 C.P. y la figura del bloque de constitucionalidad.

“La jurisprudencia reiterada de esta Corte sobre el bloque de constitucionalidad, [14] puede condensarse citando las consideraciones de la Sentencia C-225/95:

[15] "Ahora bien, el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia de

tales tratados en el orden interno, 'es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohiba durante los estados de excepción' [16] .

"... los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de ius cogens. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de ius cogens como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución? "La Corte considera que la noción de 'bloque de constitucionalidad', proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado [17] , permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta.

"Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes.

Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexequibilidad de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los 'principios fundamentales de la República' a que hace referencia el Preámbulo de 1946.

"Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

"En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un 'bloque de constitucionalidad', cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohiben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

"Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores"

7. Protección a la organización sindical y a su financiamiento Para que un sindicato funcione no debe haber maniobras que desalienten la actividad sindical, tanto de la organización como de sus afiliados. Mucho menos se permite la injerencia patronal. En la T-324/98 se afirmó:

"No puede concebirse la asociación sindical si no se garantiza que ésta, en los términos del acto de asociación, pueda contar con elementos materiales representados en bienes y recursos económicos que le permitan cumplir con los fines para los cuales fue creada. Como la asociación sindical, por su propia naturaleza, no puede tener por objeto la explotación de actividades con fines de lucro, que podrían generarle rendimientos económicos que le permitan su subsistencia, el numeral 7 del art. 362 del Código Sustantivo del trabajo, en la forma como fue modificado por el art. 42 de la ley 50/90, preceptúa que en los estatutos de la organización sindical deben señalarse la cuantía y periodicidad de las cuotas ordinarias y extraordinarias que han de cubrir los afiliados y su forma de pago."

Hay una remisión al ordenamiento legal en cuanto al funcionamiento del sindicato. Es obvio que no es una remisión para obstaculizar el funcionamiento sino todo lo contrario para viabilizarlo. Por consiguiente, fuera del artículo 42 de la Ley 50/90, está el artículo 68 ibídem que subrogó al artículo 39 del decreto 2351/65 y que ordena: "

Los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la Convención Colectiva, deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato"

. Es obvio que si un sindicato no dispone de algún patrimonio no puede realizar sus objetivos, ni ser eficiente en sus actividades. Las cuotas son elemento indispensable para el funcionamiento de la organización. El empleador no puede obstaculizar el recaudo. La operatividad en su recaudo está señalada en varias normas, entre ellas el artículo 400 del C.S.T. que dice:

" Art. 400 .- Modificado. Decr. 2351 de 1965, art. 23. -1. Toda asociación sindical de trabajadores tiene derecho a solicitar con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, que los patronos respectivos deduzcan de los salarios de los trabajadores afiliados y pongan a la disposición del sindicato, el valor de las cuotas ordinarias o extraordinarias con que aquellos deben contribuir. La retención de las cuotas extraordinarias requiere copia autenticada del acta de la asamblea sindical en que fueron aprobadas. Para la retención de las cuotas ordinarias bastará que el secretario y el fiscal del sindicato comuniquen certificadamente al patrono su valor y la nómina de sus afiliados.

2. Cesará la retención de cuotas sindicales a un trabajador a partir del momento en que aquel, o el sindicato, comunique por escrito al patrono el hecho de la renuncia o expulsión; quedando a salvo el derecho del sindicato en caso de información falsa del trabajador.

3. Previa comunicación escrita y firmada por el presidente, el fiscal y el tesorero del sindicato, el patrono deberá retener y entregar las cuotas federales y confederales que el sindicato esté obligado a pagar a los organismos de segundo y tercer grado a que dicho sindicato esté afiliado."

Y el artículo 11 de la Ley 584/2000 estableció una modificación parcial a la norma anteriormente transcrita: "Artículo 11º. Modifíquese el numeral tercero del artículo 400 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 23, el cual quedará así:

ARTICULO 400. RETENCION DE CUOTAS SINDICALES. Numeral 3. Previa comunicación escrita y firmada por el presidente, el fiscal y el tesorero de la federación, confederación o central sindical, el empleador deberá retener y entregar las cuotas federales y confederales que el sindicato esté obligado a pagar a esos organismos de segundo y tercer grado a los cuales esta afiliado. Para tal efecto se deberán adjuntar los estatutos y constancia de afiliación del sindicato emitida por la respectiva federación, confederación o central sindical."

Existe, pues, una obligación de hacer que obliga al empleador a retener y entregar las cuotas sindicales. Y no le es válido al empleador alegar que no puede retener suma alguna del monto de los salarios de los trabajadores sindicalizados o beneficiarios de la convención porque expresamente el literal a) del artículo 59 del C. S. del T. dice los casos en que puede haber retenciones de salarios y allí figura el evento del artículo 400 del C. S. del T., además de los eventos en que existe autorización escrita del trabajador o mandamiento judicial.

Solo dos motivos tiene el empleador para no retener la cuota sindical: cuando el trabajador se lo solicite por no ser ya afiliado a la organización y cuando es el sindicato quien se lo hace saber. Por consiguiente, el empleador no puede entremeterse en aspectos propios de la organización sindical.

Es importante aclarar que el artículo 400 se refiere a las cuotas de los afiliados y que por eso el artículo 59 se remite a él. Para la fecha de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo (año de 1950) no existía la cuota sindical por beneficio de la convención colectiva.

Es el decreto 2351 de 1965 el que viene a establecer dos situaciones nuevas y diferentes entre sí: la de la extensión a terceros (artículo 38) y la cuota por beneficio de la convención (artículo 39). Las normas dijeron:

"Decreto 2351 de 1965 Artículo 38.- Extensión a terceros. 1. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la empresa, sean o no sindicalizados.

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

Artículo 39. - cuota por beneficio de la convención.- 1.Cuando el sindicato solo agrupe la tercera parte o menos del total de trabajadores de la empresa, los trabajadores no sindicalizados que se beneficien de la convención deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato.

2. Cuando el sindicato agrupe a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la convención deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato, a menos que el trabajador no sindicalizado renuncie expresamente a los beneficios de la convención.

1. Las cuotas o porcentajes que se establezcan serán siempre uniformes para todos los trabajadores." A su vez el artículo 12 del decreto 1373 de 1966 se preocupó por la retención de las cuotas derivadas de la extensión a terceros y del beneficio de la convención, determinación que era necesaria porque el artículo 23 del mismo decreto 2351 de 1965 solo se había referido a la retención de las cuotas sindicales de los afiliados.

El Decreto 1373 de 1966, como dice en su encabezamiento, reglamentó entre otros el artículo 39 del decreto 2351/66, así: Artículo 12. - 1. Cuando el sindicato solo agrupe la tercera parte o menos del total de trabajadores de la empresa, los trabajadores no sindicalizados que se beneficien de la convención deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato.

2. Cuando el sindicato agrupe a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la convención, deberán pagar al sindicato, durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados al sindicato, a menos que el trabajador no sindicalizado renuncie expresamente a los beneficios de la convención.

3. Las cuotas o porcentajes que se establezcan serán siempre uniformes para todos los trabajadores y los patronos deberán retenerlas del valor de los salarios de tales trabajadores y ponerlas a disposición del sindicato respectivo .

(subraya fuera del texto) 4. En los casos de negociación conjunta de un pliego de peticiones, las cuotas ordinarias que deben pagar los trabajadores no sindicalizados que se beneficien de la convención serán descontadas de sus salarios y distribuídas por el patrono entre las diferentes organizaciones sindicales, en proporción al número de afiliados que tenga cada una de ellas en la empresa."

Es lógica la determinación de que sea el patrono quien debe retener porque es él quien paga los salarios. Sería absurdo que el sindicato tuviera que demandar a los trabajadores benficiados por la convención para que le pagaran la cuota respectiva. Queda pues claro que si el empleador no retiene las cuotas, incurre en una conducta ilegal, sancionable y violatoria del derecho de sindicalización.

8. Cláusulas de seguridad sindical Esa garantía para el funcionamiento del sindicato incluye por consiguiente las denominadas cláusulas de seguridad sindical. Hay quienes consideran que una de ellas es la que tiene que ver con las cuotas sindicales, otros creen que la cuota sindical es una medida alternativa a la cláusula de exclusividad sindical. Sea lo que fuere, lo normal, dentro del principio de libertad sindical, es que el tema de las cuotas sindicales esté regulado convencionalmente.

Sin embargo, en el derecho laboral colombiano está reforzada esta cláusula de la cuota sindical como ya se anotó. La Oficina Internacional de Trabajo, en la publicación “Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina” dice:

"Para que el sindicato cumpla con eficacia sus funciones, necesita contar con el mayor respaldo posible de los trabajadores y disponer de recursos financieros adecuados. Estas condiciones no son fáciles de lograr en un medio que aún se caracteriza por las bajas tasas de sindicación, las fluctuaciones en el status de afiliado y la irregularidad en el pago de las cotizaciones……..

“A fin de obviar algunos de los reparos que se formulan a las cláusulas de exclusividad sindical, ciertos países han ideado las llamadas cotizaciones de solidaridad sindical. No se exige aquí la afiliación al sindicato, pero si el pago por todos los trabajadores, sindicados o no, de una cuota que sirve de compensación al sindicato por los beneficios que éste obtiene para el conjunto de los trabajadores. Colombia fue aquí el país innovador, pues ya en 1950 había dispuesto que este tipo de contribución, que en el momento actual consiste en que los trabajadores no sindicados beneficiarios del convenio paguen media cotización o la cotización plena, según que haya mas o menos de una tercera parte de sindicados en la empresa”.

[18] Y, agrega la mencionada publicación de la OIT: “Hay una tercera forma de subvenir a los requerimientos financieros del sindicato por medio de la percepción de cotizaciones, a saber, el descuento en nómina de esas cotizaciones a los afiliados al sindicato. Cuando dicho descuento se prescribe en el convenio , el empleador asume la obligación de actuar como agente de retención y pago y el sindicato se evita las dificultades que entraña el cobro directo de las cotizaciones. El descuento en nómina puede ser obligatorio o voluntario, según se aplique automáticamente a todos los afiliados o solamente a aquellos que han hecho constar por escrito su conformidad con él. Esta última variante obliga a la administración de personal a proceder a ciertas verificaciones previas, como son la identificación del sindicato al cual corresponde la cuota en el caso de existir mas de uno, la condición de afiliado y la renovación y legitimidad de la autorización dada por éste”.

[19] Hay que evitar que se suprima la posibilidad de percibir las cotizaciones sindicales en nómina ya que esto “ pudiera causar dificultades financieras para las organizaciones sindicales, pues no propicia que se instauren relaciones profesionales armoniosas” [20] .

9. Las cuotas sindicales en la jurisprudencia constitucional colombiana Sobre este tema de las cuotas sindicales, la Corte Constitucional (T-324/98, M. P.

Fabio Morón Díaz), dijo: “No puede concebirse la asociación sindical si no se garantiza que ésta, en los términos del acto de asociación, pueda contar con elementos materiales representados en bienes y recursos económicos que le permitan cumplir con los fines para los cuales fue creada. Como la asociación sindical, por su propia naturaleza, no puede tener por objeto la explotación de actividades con fines de lucro, que podrían generarle rendimientos económicos que le permitan su subsistencia, el numeral 7 del art. 362 del Código Sustantivo del trabajo, en la forma como fue modificado por el art. 42 de la ley 50/90, preceptúa que en los estatutos de la organización sindical deben señalarse la cuantía y periodicidad de las cuotas ordinarias y extraordinarias que han de cubrir los afiliados y su forma de pago.

La sentencia T-681/98 hizo referencia, incluso, a jurisprudencia de la Corte Suprema en los siguientes términos: "Por supuesto que normativamente Colombia estuvo a la vanguardia en lo que tiene que ver con las cuotas que corresponden a los sindicatos, y así se ratificó en el artículo 39 del decreto 2351 de 1965, pero, el incumplimiento del deber por parte de los empleadores se ha convertido en una costumbre muy peligrosa como lo advirtió la Corte Suprema de Justicia, el 7 de febrero de 1969:

“Por lo tanto, si ese hecho se cumple (beneficiarse de la convención) surge el deber de pagar la cuota, por encima de una renuncia ineficaz o aparente, que puede prestarse a burlar la ley o darle pie al patrono para que debilite las asociaciones sindicales de su empresa, con el cómodo expediente de hacer renunciar a un número considerable de trabajadores a los beneficios de la convención, pero concediéndoseles él por fuera de la misma” [21] Y, posteriormente, la misma Corte Suprema de Justicia, el 1 de octubre de 1970, hizo suficiente claridad:

“De acuerdo con el artículo 39, inciso 2° del decreto 2351 de 1965, lo que crea la carga para los trabajadores no sindicalizados y el derecho del sindicato a percibir las cuotas allí determinadas, es le hecho de beneficiarse de las ventajas de la convención. Por consiguiente, una renuncia formal de los trabajadores no afiliados al sindicato a disfrutar de las conquistas convencionales, no tiene ningún valor frente al hecho de que por concesión graciosa del patrono o por acuerdos individuales, los renunciantes gocen de las ventajas convencionales. Esto debe decirse respecto de los casos en que los afiliados al sindicato sobrepasen la tercera parte de los trabajadores de la empresa, pues entonces, conforme al artículo 38 del citado decreto, las normas de la convención colectiva se extienden a todos los trabajadores de tal empresa, y sólo tiene efecto la renuncia expresa y real al régimen convencional. Pero cuando los miembros del sindicato no excedan la tercera parte de los servidores de la empresa, la convención solo se aplica a los sindicalizados y a quienes adhieran posteriormente a ella o ingresen al sindicato, como lo manda el artículo 37 del decreto mencionado. Entonces es el silencia de los trabajadores no sindicalizados el que implica la no aplicación a éstos de las normas convencionales. Pero si aceptan, aunque sea de manera implícita, las ventajas de la convención, quedan cobijados por la obligación de aporte al sindicato que determina el inciso 1° del artículo 39 del decreto 2351.” [22] Y luego, el 29 de marzo de 1973, agrego:

“… lo que crea la carga para los trabajadores no sindicalizados y el derecho del sindicato a percibir las cuotas allí determinadas, es el hecho de beneficiarse de las ventajas de la convención. Por consiguiente, una renuncia formal de los trabajadores no afiliados al sindicato a disfrutar de las conquistas convencionales no tiene ningún valor frente al hecho de que por concesión graciosa del patrono o por acuerdos individuales los renunciantes gocen de las ventajas convencionales” [23] 10.

Entrega de las cuotas sindicales El recaudo de las cuotas sindicales de los afiliados por el sindicato se garantiza con el precepto del art. 400 del C. S. del T. antes citado. Y para los no afiliados, pero beneficiarios de la convención colectiva, ya el decreto 1373 señaló la misma obligación a los patronos de retener las cuotas y entregarlas al sindicato, reglamentando así el artículo 39 del decreto 2351/65.

Luego el sindicato tiene el derecho de exigirle a sus afiliados el pago de las correspondientes cuotas para su sostenimiento y el empleador tiene la obligación de hacer la respectiva deducción del salario de los trabajadores y de entregar el importe correspondiente a la asociación sindical. Las cuotas son bienes de propiedad de la organización sindical y se le deben entregar en forma inmediata, es por eso que la Corte ha dicho en la T-324/98 algo que se predica para todas las cuotas:

“No le es permitido al empleador retener las cuotas sindicales que ha descontado a los trabajadores de sus salarios, pues se trata de bienes ajenos. Su no pago al sindicato puede eventualmente generar responsabilidades legales de diferente índole, que no es del caso precisar en esta oportunidad para los fines de la solución al caso en estudio.

La no entrega por el empleador de las cuotas correspondientes al sindicato pone en grave peligro su subsistencia porque la organización sindical necesariamente requiere de medios económicos para poder funcionar y cumplir con los fines para los cuales fue constituida. Por la vía abusiva de retener las cuotas sindicales el empleador puede atentar contra la existencia del sindicato y consecuencialmente desconocer el derecho de asociación sindical. En estas circunstancias, de la misma forma en que el salario puede configurar el mínimo vital para un trabajador, las cuotas sindicales constituyen una especie de “mínimo vital“ necesario para la subsistencia del sindicato.

Es forzoso concluir, en consecuencia, que la retención indebida o la simple mora en el pago de los aportes por la entidad empleadora, lesionan la estabilidad del sindicato y generan grave riesgo para su subsistencia. En estas condiciones, tales conductas del empleador vulneran el derecho fundamental de asociación."

11. La tutela como mecanismo subsidiario para el reclamo de cuotas sindicales (reiteración de jurisprudencia) La jurisprudencia constitucional ha distinguido en la T-838/2000 lo siguiente:

a. Si se reclama el pago de cuotas sindicales al empleador, como entidad de derecho público, se ordena entregar al sindicato las sumas debidas, correspondientes a las cuotas sindicales legales y extralegales y se previene para que en lo sucesivo se entreguen oportunamente dichas cuotas. Así se determinó en la T-834/2000 que se fundamentó en la T-324/98 que expresamente dijo:

“2.4. El medio ordinario de defensa judicial al cual podría acudir la organización sindical -el proceso ejecutivo- no se revela como idóneo para la eficaz protección del derecho constitucional fundamental vulnerado, porque en tratándose de una entidad de derecho público , como lo es el municipio, la ejecución sólo es posible después de 18 meses, según lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación [24] , y dado que la oportuna percepción de las cuotas sindicales garantizan la supervivencia del sindicato, sólo la tutela se erige como el mecanismo expedito y eficaz para asegurar el pago inmediato de las referidas cuotas y garantizar adecuadamente la vigencia y efectividad del derecho de asociación sindical.” (subraya fuera de texto).

b. Si se reclaman las cuotas sindicales a los empleadores particulares , la T-681/98 (reiterada en la T-834/2000) expresamente dice que la orden de tutela se dará:

“ a partir del próximo salario a los trabajadores, se hará la respectiva deducción y se entregará el aporte a la asociación sindical; sin perjuicio de la reclamación por las cuotas anteriores que pueden ser reclamadas en la jurisdicción ordinaria”.

Es decir que en estos casos la manera de solucionar el perjuicio irremediable es ordenar que hacia al futuro se haga la retención y que hacia el pasado se acuda ante los jueces laborales ordinarios. Se reitera así la jurisprudencia anterior.

Respecto a la retención de cuotas por beneficio convencional (artículo 39 decreto 2351/66, artículo 12 decreto 12 1373/66, artículo 68 ley 50/90) es importante, en primer lugar, para efectos de la tutela, ver la vigencia de la convención colectiva, porque si ya cesó su vigencia y no hay de su prórroga, no cabe la tutela, esto sin perjuicio de un llamado a prevención, si a ello hubiere lugar.

11. Importancia de las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT Otro tema para tratar en la presente sentencia es el de la trascendencia de las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT. En la T-568/99 se dijo:

"El Gobierno colombiano, al ratificar la Constitución de la OIT y los posteriores convenios sobre libertad sindical, (es decir, habiendo demostrado su voluntad de asumir políticas institucionales para la protección y el progreso de los derechos de los trabajadores colombianos, y en especial, de los sindicalizados) adquirió, en el ámbito internacional, la obligación de no menoscabar los derechos que había concedido y, aún más, de implementar los que mediante esos instrumentos se comprometía a llevar a cabo….

“Colombia es miembro de un gran número de organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos - entre ellas, la OIT-; las obligaciones que ha contraído en ese ámbito son exigibles por partida triple:

pueden reclamarlas Organizaciones como tales (en virtud del tratado constitutivo), los Estados y, lo más importante, los individuos, como se explicó anteriormente. En cualquiera de los casos es el Estado el llamado a corregir lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de los acuerdos internacionales, y él es responsable por el cumplimiento del tratado en todo el territorio.

El siguiente aspecto a tratar es la existencia de recursos efectivos y eficaces en el ordenamiento interno para invocar los derechos laborales. En este caso, los trabajadores agotaron todas las vías posibles para reivindicar sus derechos, en los tribunales nacionales. En cada una de las oportunidades en que se presentaron ante los jueces, invocaron las normas de derecho constitucional y las de derecho internacional que les asisten ; en todos los casos, sin excepción, los tribunales desdeñaron las normas internacionales que les reconocen derechos a los demandantes, y citaron nuevamente las disposiciones de derecho interno (preconstitucional, modificado de manera importante por la nueva Carta) como fundamento para negar sus peticiones. Las autoridades colombianas incumplieron, entonces, las dos obligaciones básicas en materia de implementación de tratados sobre derechos humanos.

Estudiadas las implicaciones en el ámbito internacional, es necesario examinar ahora el efecto de las actuaciones de jueces y gobierno en lo concerniente a los derechos constitucionales de los afiliados al sindicato.

Comparada con la legislación anterior, la Constitución de 1991 significó un notorio avance en cuanto a la concesión y garantía de las prerrogativas laborales. El derecho de asociación y el de sindicalización se reconocen ; el de huelga mantuvo su rango constitucional, y se limitó su ejercicio únicamente para los servicios públicos esenciales. Además, se estableció que los Convenios en materia laboral forman parte de la legislación interna (art. 53), y con ello, los jueces de la República adquirieron la obligación de tenerlos en cuenta y aplicarlos cuando sea pertinente (art. 230 CP) [25] .

El corolario de estas disposiciones se encuentra en el artículo 93 de la Constitución, que indica la prevalencia de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, en el orden interno. Este último artículo resuelve cualquier inquietud sobre monismo y dualismo en el tema : simplemente, con la ley aprobatoria de tratado internacional, las disposiciones de los convenios sobre derechos humanos que el Estado ratifica, - el texto, y por ende, el compromiso internacional - ingresan al ordenamiento interno con jerarquía superior…… 13.

Obligatoriedad de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT En la citada sentencia T-568/99 se aclaró la operatividad de las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical y respecto a éste se dijo:

“El Comité de Libertad Sindical es el organismo especializado de la OIT que examina las quejas que se reciben sobre violaciones a la libertad sindical, y en ese proceso estudia las legislaciones domésticas sobre sindicalización, negociación y huelgas, y examina las medidas de hecho que se tomen en los Estados contra estas libertades. Es una instancia previa a la Comisión de Investigación y Conciliación. "Sus recomendaciones están dirigidas al Consejo de Administración, a fin

de que éste pueda decidir el rechazo de una queja, darle traslado a la Comisión para un examen más detenido o señalar a los gobiernos las anomalías encontradas y su posible solución, en relación con los derechos sindicales y su ejercicio dentro de un contexto necesario de respeto de los derechos humanos."

[26] El trámite de las quejas es el siguiente : - Únicamente los gobiernos y organizaciones de empleadores o de trabajadores pueden presentarlas, y pueden estar dirigidas contra gobiernos, empleados o sindicatos que obstruyan la actividad sindical.

- Una vez recibida en la OIT, la queja es notificada al gobierno para que aclare sus actuaciones o se manifieste al respecto. - Si el informe presentado por el gobierno es poco claro o insuficiente, el Director General puede insistir, para que amplíe ciertos puntos.

- Existen dos clases de quejas : las que tratan de casos urgentes, y las de casos menos urgentes. En el primer evento, se toman las siguientes medidas : a) cuando se notifica la queja, se llama la atención al gobierno sobre la gravedad del asunto y se le pide responder con urgencia ; b) Estos casos tienen prioridad en el Comité, y se resuelven rápidamente para presentar el informe al Consejo ; c) el Comité puede presentar unas recomendaciones preliminares con el objeto de proteger a los interesados, y el caso queda en suspenso.

[27] - Luego de examinar el caso, el Comité lo incluye en su informe al Consejo de Administración, y en él puede recomendar : la inadmisibilidad de la queja, que no se estudie por ser un tema ajeno al de la competencia del Comité, determinar que no hubo violación a la libertad sindical o, en el caso contrario, indicar al gobierno demandado las irregularidades encontradas, e invitarlo a que tome los correctivos necesarios. En este evento, periódicamente se solicita al gobierno un informe sobre el curso dado a las recomendaciones.

[28] " Pues bién, constituye jurisprudencia de la Corporación la fuerza vinculante de las Recomendaciones del mencionado Comité. Esto en virtud del llamado bloque de constitucionalidad, dijo la T-568/99:

"En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados;

también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos. Se confrontarán con ellos los artículos 430 y el 450 del Código Laboral, subrogado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990 ("casos de ilegalidad y sanciones"), puesto que en ellos se basaron el despido, los fallos de los jueces ordinarios y, en parte, las providencias bajo revisión; y, claro está, la recomendación del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo".

14. La labor de vigilancia y control por parte del Ministerio del Trabajo no excluye la tutela La vigilancia y control en el cumplimiento de las normas laborales le corresponde al Ministerio del Trabajo (artículo 485 del C. S. del T.). Ejercitar esa función no impide que una persona natural o jurídica instaure la acción de tutela porque el objeto de ésta es el de proteger los derechos fundamentales.

Por consiguiente, el trámite que se hubiere desarrollado en dicho Ministerio no puede ser nunca impedimento para acudir a la tutela. Por otro aspecto, dentro de las atribuciones del Ministerio del Trabajo está la de poder hacer comparecer a los patronos, a los trabajadores, a los directivos o afiliados de las organizaciones sindicales para exigirles las informaciones

pertinentes a su misión, la exhibición de libros, registros, planillas y demás documentos porque tienen el carácter de policía para todo lo relacionado con la vigilancia y control, como expresamente lo señala el artículo 20 de la ley 584 del 2000. Esta función es muy importante para hacer realidad las órdenes que se den en un fallo de tutela; y es, por consiguiente, expresión de la colaboración armónica entre las ramas del poder público (art. 113 C.P.).

Se hacen las anteriores consideraciones porque son importantes para las órdenes que se darán dentro del presente caso. 15. Cumplimiento de la sentencia de tutela En la T-942/00, de esta Sala Sexta de Revisión, se dijo:

" 5. El incumplimiento de la orden dada en un fallo de tutela, no tiene como única respuesta judicial el incidente de desacato, sino que la principal respuesta es hacer cumplir lo ordenado Las órdenes que se den en una sentencia de tutela son para obedecerlas. Si ocurre lo contrario, en muchas ocasiones se acude al incidente de desacato, que requiere de responsabilidad subjetiva para que prospere. Pero lo anterior no quiere decir que el juez, una vez tramitado el desacato, se desentienda y archive el expediente. El desacato es un simple incidente.

Lo principal es hacer cumplir la orden, mientras esto no ocurra, el juez de primera instancia no pierde la competencia. Precisamente en un caso de pensionados del departamento de Nariño la Corte Constitucional en la T-140/2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) dijo:

“De igual manera, la Sala reitera que le corresponderá a los jueces de instancia verificar y exigir el estricto cumplimiento de esta sentencia, por lo que aquellos mantienen la competencia hasta tanto el fallo se cumpla en su integridad. Así mismo, la Sala recuerda que, de acuerdo con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, los jueces de tutela disponen de un mecanismo expedito para asegurar el cumplimiento de la orden proferida por el juez constitucional.”.

En efecto, el artículo 27 del decreto 2591 de 1991 ordena: “Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso. En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

"6. Funciones del juez de primera instancia en cuanto al cumplimiento de la orden de tutela Es obligatorio para el juez de primera instancia, en cuanto no pierde competencia para ello, hacer cumplir la orden de tutela. Para ello debe dar los siguientes pasos:

1°. Hacer cumplir en todos sus términos la sentencia que hubiere concedido la tutela (bién sea que la sentencia favorable a quien interpuso la acción fuese la de primera o de segunda instancia o la sentencia de revisión). El término para el cumplimiento figura en la parte resolutiva del fallo, entendiéndose como se dijo antes que son dias y horas hábiles.

Tratándose de tutelas que prosperan por el incumplimiento en el pago de las mesadas pensionales, dice la jurisprudencia: “… se ordenará el pago de la totalidad de las sumas adeudadas al momento de presentar la tutela y, se ordenará garantizar la oportuna cancelación de los salarios futuros, siempre y cuando aquellos continúen siendo parte del mínimo vital de los trabajadores.” (T-081/2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

2° En la jurisprudencia antes citada (T-081/2000) se dio un plazo de tres meses (pudiera ser otro, lo importante es que sea razonable). La redacción adoptada en dicho fallo se orientó hacia el siguiente propósito:

“….que las autoridades administrativas deberán adelantar las diligencias pertinentes para garantizar la existencia de las partidas presupuestales correspondientes, dentro del término perentorio de 3 meses. De igual manera, los ordenadores del gasto deberán garantizar que los pagos que se originan en las obligaciones laborales sean prioritarios y prevalentes respecto de otros pagos”. Esos términos para garantizar partidas y pagos es perentorio.

3° Si fenece el plazo dado en el fallo y pasan 48 horas y el juez tiene conocimiento del incumplimiento, entonces, ese juzgador de primera instancia se dirigirá al superior del incumplido y lo requerirá para dos efectos:

a. Que el superior haga cumplir al inferior la orden de tutela, b. Que el superior inicie u ordene iniciar un procedimiento disciplinario contra el funcionario remiso. …..

"9. Deber final del juez de primera instancia Si agotadas las etapas anteriores no se cumple con la orden de tutela, el juez de primera instancia, debe adoptar directamente, todas las medidas para el cabal cumplimiento de las órdenes dadas en la tutela. No se trata de dictar una sentencia nueva sino de adoptar medidas hacia el cumplimiento de aquella. Todo lo anterior implica que, como lo dice la T-081/2000, "no es indispensable la nueva presentación de una acción de tutela".

Sin embargo, si el afectado considera que puede interponer nueva tutela porque hay nuevos hechos (por ejemplo, incumplimiento en el pago de mesadas posteriores al primer fallo de tutela) puede instaurar una nueva acción.

Si, como ocurre frecuentemente en las sentencias que protegen al pensionado en cuanto a las mesadas debidas, en la parte resolutiva del respectivo fallo se dice que se previene para que en el futuro se paguen oportunamente las mesadas, esta determinación es obligatoria porque no tiene sentido que exista una cadena interminable de tutelas presentada por la misma persona (cada vez que le incumplen con el pago de su pensión). Pero lo anterior no quiere decir que el afectado, si eso es lo prudente, no pueda volver a interponer tutela. Corresponderá al juez de tutela, en la nueva acción, analizar qué es lo mas conveniente para la efectividad de los derechos fundamentales violados y perfectamente puede volver a dictar sentencia favorable por las mesadas debidas (posteriormente a las del primer fallo) y por las futuras. El juez no debe olvidar que la tutela no es formalista y que lo principal es garantizar los derechos fundamentales constitucionales."

CASO CONCRETO Se ha indicado en este fallo que el representante de la organización sindical Sintrava puede instaurar tutela sin que procedimentalmente se requiera el rigorismo que Avianca exige en la presente acción. La tutela no es formalista luego hay legitimidad por activa y la acción debe definirse.

Igualmente se ha dicho que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cabe la tutela a efectos de reclamos por el no pago de cuotas sindicales, porque se afecta el derecho de asociación que es un derecho fundamental, es decir que se está en un espacio de rango constitucional. Presentar tutela por esta razón no es temerario ni mucho menos delictuoso como se ha querido decir dentro del expediente. Todo lo contrario, la tutela se reafirma como un mecanismo adecuado en el presente caso porque la verdad es que ha habido dos resoluciones del Ministerio del Trabajo (sancionando a la empresa y confirmando tal determinación) y eso no ha servido para que se hagan las retenciones de las cuotas sindicales correspondientes; y ha habido Recomendación del Comité de Libertad Sindical de la OIT y se persiste por la empresa en la omisión.

Pues bién, la Constitución y la Corte han indicado que si se causa un perjuicio irremediable ello da lugar al amparo tutelar como mecanismo transitorio; y, por supuesto, si la medida es transitoria y es proferida por el juez constitucional, es indispensable que se acuda ante el juez ordinario o el juez contencioso-administrativo con la respectiva demanda ordinaria o contencioso-administrativa. Lo anterior significa que no se puede hablar de petición antes de término en la tutela cuando ésta se interpone como mecanismo transitorio, ya que, se repite, es obligación presentar la otra demanda y mientras tanto se decide en tutela. Y, si se está en discusión el tema en otras esferas (pliego de peticiones, mesa tripartita) estas circunstancias tampoco son obstáculo para que el juez constitucional eluda el cumplimiento de su deber de proteger mediante tutela los derechos fundamentales.

En cuanto al tema de reclamo tutelar de las cuotas sindicales, la jurisprudencia anterior y que en este fallo es reiterada, indicó que tratándose de empleadores particulares, si mediante la tutela se pide la protección al derecho de asociación por el no pago oportuno de las cuotas sindicales, prospera la acción y se da la orden para el futuro, por consiguiente, la tutela ordena la retención de las cuotas a partir del próximo salario que se reciba por quienes deben cotizar y se determina que en el futuro no se vuelva a incurrir en retención de las cuotas por parte del empleador, en cuyo caso con el presente fallo queda definida (transitoriamente mientras se pronuncia el juez ordinario) la reclamación de lo debido de la fecha de la presente sentencia en adelante, y si se incumpliere la orden no solo hay lugar a desacato sino que el juez de primera instancia mantiene la competencia hasta tanto la orden no sea cumplida en su totalidad, al tenor del decreto 2591 de 1991 y de la jurisprudencia de la Corte mencionada anteriormente en este fallo .

Por consiguiente, la tutela prospera dentro del contexto anteriormente indicado y sin perjuicio de que se haga la reclamación de las cuotas anteriores por intermedio del juez laboral.

Pero surgen en la presente tutela algunos inconvenientes de orden práctico que es indispensable analizar: no hay claridad sobre el número de afiliados a Sintrava. La OIT habla de 280, la propia empresa menciona 438 (pero no reconoce tal cifra y no retiene todas las cuotas), los listados presentados por el sindicato arrojan otros guarismos y consta en el expediente que el sindicato alega que inclusive no se retienen cuotas de dirigentes sindicales. Para dilucidar lo anterior, se acude a la Recomendación de la OIT que señala como mecanismo el artículo 400 del C. S. T. que dice: “ Para la retención de las cuotas ordinarias bastará que el secretario y el fiscal del sindicato comuniquen certificadamente al patrono su valor y la nómina de sus afiliados”.

En consecuencia, se procederá dentro de los términos de la norma y para efectos de la presente tutela, y solo para ello, se indicará que los mencionados funcionarios sindicales enviarán al empleador la citada certificación a efectos de la retención, y lo hará el sindicato en el término de 48 horas hábiles a mas tardar a partir de la notificación de la presente sentencia, a fin de que en el próximo pago se haga el descuento correspondiente; el empleador sólo podrá objetar nombres, bien sea porque antes de la fecha del presente fallo el afiliado hubiere renunciado a la militancia sindical o porque el sindicato hubiere por escrito indicado que no se le retuviera la cuota a determinada persona, o sea que única y excepcionalmente no se hará la retención por las dos causas antes relacionadas, pero lo que debe quedar claro es que el empleador no es quien califica quien es o no afiliado al sindicato ya que el sindicato tiene la facultad de autoregularse y la intromesión indebida del empleador es a todas luces inválida e inclusive puede dar lugar a diferentes investigaciones (administrativas y penales); si hubiere violación a esta determinación señalada en este fallo, no solamente el juez del conocimiento ejercitará los mecanismos que el decreto 2591 de 1991 señala, sino que intervendrá de inmediato el Ministerio del Trabajo ejercitando sus funciones de control y vigilancia.

Tratándose de los beneficiados por la convención colectiva, el sindicato está pidiendo de manera clara el cumplimiento del artículo 39 del decreto 2351 de 1965 (modificado por el artículo 68 de la ley 50 de 1990) y la empresa se refiere a la situación planteada por otra norma: la del artículo 38 del decreto 2351 de 1965. La Recomendación de la OIT expresamente hace referencia a la cuota por beneficio convencional, o sea a la circunstancia señalada en el artículo 39 invocado por el sindicato y no al 38 citado por la empresa, luego el derecho, en el aspecto sustantivo, está mas que protegido, no solo por la ley sino por la Recomendación del Comité de Libertad Sindical. El problema radica en ver si esto puede ser reclamado por tutela. Según la sentencia T-568/99 la respuesta tendría que ser afirmativa. Sin embargo, la Recomendación del Comité de Libertad Sindical de la OIT señala como mecanismo de reclamo el artículo 400 del Código Sustantivo del Trabajo y esta norma solo contempla el caso de las cuotas de los trabajadores afiliados al sindicato. Luego, para llenar el vacío dejado por la Recomendación, se volvería a la ya citada jurisprudencia de la Corte Constitucional: que por tutela, tratándose de empleadores particulares, la orden solo puede darse hacia el futuro y se reclama (como ocurre en el presente caso) ante los jueces ordinarios laborales las cuotas debidas hacia el pasado. Sin

embargo, aún sobre esta última determinación aparecen dificultades provenientes del acervo probatorio: ocurre que los trabajadores beneficiados por la convención, para efectos de la presente tutela, serían los beneficiados por las convenciones colectivas de 1996 y 1998, situación que plantea estas realidades que son elemento de juicio ineludible: la convención de 1996 actualmente no está vigente luego no se puede dar una orden hacia el futuro con base en ella, y, respecto de la de 1998, obra en el expediente el pliego de peticiones que el sindicato presentó a Avianca a efectos de la convención colectiva 2000-2002 y allí expresamente propone el sindicato que dicha convención principie a regir el 1° de julio del 2000, además no existe prueba de que esté prorrogada la anterior convención de 1998, luego la orden hacia el futuro, en esta tutela, no tendría un sustento fáctico y por consiguiente todo el tema de las cuotas sindicales por beneficio de la convención hacia el futuro carece de una premisa: saber concretamente si hay actualmente trabajadores no sindicalizados que se benefician de la actual convención. Pero lo anterior no es óbice para que, recogiendo el pronunciamiento de la OIT, se haga un llamado a prevención, porque si bien es cierto el mecanismo práctico para el reclamo de las cuotas sindicales correspondientes a los beneficiados por la convención no figura en la Recomendación, sí es cierto que la Recomendación determina que el gobierno asegure que la empresa garantice la retención y pago de las cuotas sindicales, en general, ya que habla expresamente de " en cuanto a la no retención a favor de la organización querellante de la cuota por beneficio convencional ni las cuotas sindicales ordinarias".

Para que ese llamado a prevención no quede sin proyección práctica, la Sala Sexta de Revisión considera lo siguiente: consta en el expediente que existe una mesa tripartita:

gobierno-empleador-sindicato, así se le informó a la OIT, luego la prevención a la empresa irá acompañada de otra prevención al Ministerio del Trabajo para que agilice la definición compartida, tomando si es necesario las medidas y atribuciones que establece el artículo 20 de la ley 584 de 2000 que expresamente dice:

"ARTICULO 20º. Modifíquese el numeral primero del artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 41 del Decreto Ley 2351 de 1965, el cual quedará así:

ARTICULO 486. ATRIBUCIONES Y SNACIONES. 1. Los funcionarios del Ministerio de Trabajo podrán hacer comparecer a sus respectivos despachos a los empleadores, para exigirles las informaciones pertinentes a su misión, la exhibición de libros, registros, planillas y demás documentos, la obtención de copias o extractos de los mismos. Así mismo, podrán entrar sin previo aviso, y en cualquier momento mediante su identificación como tales, en toda empresa con el mismo fin y ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias, asesorándose de peritos como lo crean convenientes para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical. Tales medidas tendrán aplicación inmediata sin perjuicio de los recursos y acciones legales consignadas en ellos. Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque si para actuar en esos casos como conciliadores.

Los funcionarios del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social tendrán las mismas facultades previstas en el presente numeral respecto de trabajadores, directivos o afiliados a las organizaciones sindicales, siempre y cuando medie solicitud de parte del sindicato y/o de las organizaciones de segundo y tercer grado a las cuales se encuentra afiliada la organización sindical."

DECISION En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución RESUELVE:

Primero . REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla el 16 de noviembre de 1999 y en su lugar CONCEDER la tutela por violación al derecho de asociación sindical, según se expresó en los considerandos del presente fallo.

Segundo . ORDENAR, como mecanismo transitorio y mientras decide la jurisdicción ordinaria laboral, que la empresa Avianca a partir del próximo salario que se pague a los trabajadores, después de notificada la presente sentencia, y de ahí en adelante, hará la respectiva retención de la cuota sindical a los trabajadores afiliados al sindicato, según el listado que el sindicato entregue al empleador dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del presente fallo, retención que incluye las cuotas legales y extralegales y se entregarán tales aportes a SINTRAVA, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la retención por parte del empleador, sin perjuicio de la reclamación de las cuotas anteriores por la via pertinente. El Ministerio del Trabajo intervendrá, si fuere necesario, según se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero . PREVENIR a la empresa Avianca para que dé cumplimiento al artículo 39 del decreto 2351 de 1965, modificado por el artículo 68 de la ley 50 de 1990, y a la Recomendación del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, en el informe 309, caso 1925, y retenga y pague las cuotas sindicales de los trabajadores beneficiados por la Convención colectiva, en el entendido de que la prevención se da hacia el futuro y las cuotas anteriores serán objeto de reclamación en la jurisidicción ordinaria laboral. Para el cumplimiento de la orden dada en este numeral, también se previene al Ministerio del Trabajo para que agilice la definición compartida en la mesa tripartita a que se hizo referencia en la parte motiva, tomando si es necesario las medidas y atribuciones que establece el artículo 20 de la ley 584 de 2000.

Cuarto . Por Secretaría líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991. Quinto . Una vez esté el expediente en Secretaría los interesados pueden tener acceso a él.

Sexto . Por Secretaría de la Corte Constitucional envíese copia de este fallo al señor Ministro del Trabajo. Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO Magistrado FABIO MORÓN DÍAZ Magistrado VLADIMIRO NARANJO MESA Magistrado IVAN ESCRUCERIA MAYOLO Secretario General [1] T-441/92, M.P. Alejandro Martínez Caballero [2] M.P. Antonio Barrera Carbonell [3] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa [4] Corte Constitucional. Sentencia T-468/92. M.P. Fabio Morón Díaz.

[5] Corte Constitucional, Sentencia T-578 de 1998, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz [6] M.P. Alejandro Martínez Caballero [7] M.P. Carlos Gaviria Díaz [8] Esta norma dice : "

Art. 23. (...)4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses ". [9] Convenio Sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, artículo 3.2.

[10] Convenio Sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949. [11] A este respecto, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 dice en su CAPITULO III - Derechos Económicos, Sociales y Culturales : "

Desarrollo progresivo . Art. 26 . Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación (...) en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa y otros medios apropiados.

" [12] Observación General No. 9 (1998). La aplicación interna del Pacto (Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe sobre los períodos de sesiones 18° y 19° . Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales 1999 - Suplemento No. 2. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra 1999.

[13] OIT, informe, caso # 1698, párrafo 255 [14] Véanse por ejemplo, las sentencias C-423/95 M.P. Fabio Morón Díaz, C-135/96 M.P. Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, C-040/97 M.P. Antonio

Barrera Carbonell, C-327/97 M.P.

Fabio Morón Díaz, y C-467/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero. [15] M.P. Alejandro Martínez Caballero. [16] Sentencia C-295/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz [17] Sobre esta noción, ver Louis Favoreu "El bloque de constitucionalidad" en Revista del Centro de Estudios Constitucionales.

, No 5 pp 46 y ss. Igualmente Javier Pardo Falcón. El Consejo Constitucional Francés . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp 115 y ss.

[18] Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina, páginas 132 y ss. [19] Ibidem, p. 134 [20] OIT, Recopilación de 1985, párrafo 325 [21] G.J. CXXIX, 332 [22] G.J. CXXXVI, 351 [23] G.J. CXLVI, 920 [24] C-354/97 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[25] Constitución Política de Colombia, " Artículo 230.- Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. " [26] Geraldo W. Von Potobsky y Héctor G. Bartolomei de la Cruz, op.

cit. pp.142. [27] El caso que se estudia fue clasificado por el Comité de Libertad Sindical como uno de los " graves y urgentes sobre los que el comité llama de manera particular la atención del Consejo de Administración"

. 309° Informe del Comité de Libertad Sindical . Oficina Internacional del Trabajo, BOLETIN OFICIAL. Vol. LXXXI, 1998, Serie B, núm. 1, pág. 2 [28] Geraldo W. Von Potobsky y Héctor G. Bartolomei de la Cruz, op.

cit. pp..121-135

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 20 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.