

La Huelga en los Servicios Esenciales y en el Transporte Aéreo

**Restricción de la Huelga en los Servicios Públicos Esenciales y en el Transporte Aéreo: Un Análisis a partir de la Constitución Política y de la Organización Internacional del Trabajo**

**Carlos Steven Pachón Bernal**

**Universidad la Gran Colombia**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales**

**Programa de Derecho**

**Bogotá D.C.**

**2018**

La Huelga en los Servicios Esenciales y en el Transporte Aéreo

**Restricción de la Huelga en los Servicios Públicos Esenciales y en el Transporte Aéreo: Un Análisis a partir de la Constitución Política y de la Organización Internacional del Trabajo**

**Monografía Como Opción de Grado Para Optar por el Título de Abogado**

**Carlos Steven Pachón Bernal**

**Director – Tutor: Alejandro Badillo Rodríguez**

**Universidad la Gran Colombia**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales**

**Programa de Derecho**

**Bogotá D.C.**

**2018**

## Índice General

Resumen	
Abstract	
Introducción	6
1. Capítulo I. Estado actual del conocimiento: la libertad sindical y los servicios públicos en el Estado social de derecho	
Introducción	17
1.1 Estado Social de Derecho y servicios públicos	18
1.2 Libertad sindical	23
1.3 La huelga en los servicios públicos en relación con los valores, principios y derechos constitucionales.	31
2. Capítulo II. Servicios públicos esenciales y servicio de transporte aéreo	
Introducción	37
2.1 Los servicios públicos esenciales en la jurisprudencia	38
2.2 La huelga en los servicios públicos esenciales y en el transporte aéreo según la Organización Internacional del Trabajo	46
2.3 La Huelga en el Transporte Aéreo: legislación nacional y derecho comparado	54
3. Capítulo III. Conclusiones y recomendaciones finales	
Introducción	68
3.1 Conclusiones	69
3.2 Recomendaciones	71
Referencias bibliográficas	

## **Resumen**

El presente estudio desarrolla la restricción al derecho de huelga en los servicios públicos esenciales en particular en el transporte aéreo, se describe la naturaleza jurídica del derecho de huelga y su relación con la libertad sindical, reivindicando su trascendencia dentro del Estado social de derecho, para ello se expondrá el contenido de la libertad sindical y su relación con otros valores, principios y derechos constitucionales, no obstante, a partir de la Constitución, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia, se contextualiza la limitación de la huelga dentro una categoría de servicios públicos considerados como esenciales, lo cual conlleva a confrontar estos parámetros restrictivos con los criterios formulados por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, quien caracteriza los servicios públicos esenciales restringiendo o permiten el derecho de huelga; se finaliza con la regulación de la huelga en el derecho comparado, proponiendo unas recomendaciones tendientes a garantizar el derecho de huelga, limitándolo en el menor grado posible, permitiendo el goce armónico con otros derechos fundamentales.

**Palabras Claves:** huelga, libertad sindical, servicios públicos esenciales, transporte aéreo, Estado social de derecho, Organización Internacional del Trabajo.

### **Abstract**

The present study elaborates on the restrictions to the right to strike in essential public services, particularly in air transport, it describes the legal nature of the right to industrial action and its relation to freedom of association, claiming its importance within the social State of law. In this order of ideas, the study draws attention to the figure of freedom of association and its relation with other values, principles and constitutional rights; however, within the spirit of constitutionality, the conventions of the International Labor Organization and the jurisprudence, the limitation of the strike is contextualized within a category of public services considered essential, which leads to confronting these restrictive parameters with the criteria formulated by the International Labor Organization, the body in charge of defining the essential public services, in order to restrict or allow the right to strike. This study wraps up by focusing on regulation of industrial action in comparative law, while proposing some recommendations aiming to guarantee the right to strike by limiting it to the lowest possible degree, and allowing harmonious balance with other fundamental rights.

**Keywords:** strike, freedom of association, essential public services, air transport, social rule of law, International Labor Organization.

## Introducción

En esta primera parte del trabajo investigativo se expondrá el planteamiento del problema a través de la contextualización y formulación de la pregunta de investigación, sugiriendo una hipótesis y planteando los objetivos general y específicos a fin de precisar los propósitos de la investigación, seguidamente se indicarán los argumentos que justifican el desarrollo del trabajo que reflejan la relevancia y la necesidad de realizar la investigación y que sirve para entender por qué se ha planteado este tema como avance del conocimiento, posteriormente se describirá brevemente la metodología empleada que da cuenta del método de investigación y de los instrumentos empleados para llegar a las conclusiones y resultados que respaldan los objetivos de la misma, para finalmente presentar la estructura y contenido del trabajo situando al lector a lo largo del desarrollo del presente trabajo de grado.

En ese sentido, la contextualización se enmarca dentro del Estado Social de Derecho en el cual la huelga adquiere importante relevancia como garantía al derecho de libertad sindical, derecho que se cimienta sobre principios y valores propios del Estado Social de Derecho que propende por la participación, pluralidad y armonía entre las relaciones obrero patronales, no obstante, la huelga se constituye como un mecanismo necesario para los fines del derecho sindical, cuales son entre otros, mejorar las condiciones y garantías laborales y el direccionamiento de políticas laborales para mejorar calidad de vida de los trabajadores, sin embargo, a la luz de la legislación nacional, su goce y ejercicio no es absoluto, pues se ve restringido en los servicios públicos esenciales, entre ellos, el transporte aéreo considerado así por la legislación nacional, de ahí que resulte necesario lo que se entienda por un servicio público esencial, su caracterización, contenido y alcance, concepto no puede estudiarse desde el ámbito puramente legalista, sino que debe abordarse desde lo constitucional, la legislación nacional, el derecho internacional público, la doctrina y la jurisprudencia.

De modo que el problema se contextualiza dentro de la distinción normativa que regula la restricción de la huelga en los servicios públicos esenciales en los diferentes contenidos normativos nacionales, convencionales y en la doctrina sentada por la OIT, partiendo de la definición de servicio público esencial, pues aún no existe un pronunciamiento concreto de la Corte Constitucional referente al transporte aéreo como servicio público esencial a la luz de los convenios internacionales, que posibilite determinar con exactitud el contenido material de este

servicio público y con ello permitir o no la restricción del derecho de huelga, previniendo que exista una posible limitación desproporcionada de este derecho constitucional.

En primer lugar, limitar el derecho a la huelga en los servicios públicos esenciales si bien está permitido por la Constitución Política de 1991, implica restringirlo en una buena parte de los sindicatos, pues es inevitable desconocer la realidad del contexto colombiano, en donde gran cantidad de sindicatos se agrupan en la prestación de servicios públicos, ya que sin estos no sería posible la realización de los fines del Estado Social del Derecho, entre ellos, la prestación de servicios públicos; a partir de allí puede dilucidarse el impacto que tiene la restricción de la huelga para alcanzar los propósitos que componen la esencia del derecho sindical, dado que funge como un medio de presión para lograr un acuerdo entre empleador y trabajadores.

En consecuencia, surge una colisión entre diferentes derechos que oscilan entre los de sindicalización, huelga y los derechos de los usuarios de los servicios públicos, razón por la que se cuestiona la vocación del Estado Social de Derecho, en cuanto a los límites para restringir el derecho a la huelga ligado al derecho fundamental de libertad sindical, con fundamento en el interés general o la garantía de otros derechos fundamentales, o si por el contrario, es válido brindar una mayor garantía a la realización del derecho de huelga en procura de materializar de manera efectiva y amplia los valores y principios del Estado Social de Derecho, que en efecto sería promover mejores condiciones laborales y en el fomento de relaciones patronales democráticas y una cultura progresista y protectora de los derechos laborales que incida en el ordenamiento jurídico al propender por normas en beneficio de los trabajadores.

Al respecto, la Constitución Política de 1991 optó por prohibir la huelga en los servicios públicos esenciales asignándole al Legislador la tarea de definir las actividades consideradas como tales, partiendo de la sentencia C-473 (C.C., 1994) donde se restringe el derecho de huelga solo a servicios públicos esenciales definidos previamente por el Legislador, y reiterado en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional referente a la limitación de la huelga en los servicios públicos esenciales, sin que se haya precisado con exactitud y de manera uniforme el componente de un servicio público esencial.

En efecto, constituye una verdadera problemática la ausencia de regulación sobre el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos esenciales, pues incluso la Corte

Constitucional, ha exhortado al Congreso de la Republica para que legisle sobre el artículo 56 constitucional, haciendo énfasis en que el silencio del Legislador no impide que los sindicatos ejerzan el derecho de huelga, el cual debe interpretarse en sentido amplio que permita garantizarlo en la mayor medida posible, en pro los derechos de los trabajadores y de los sindicatos.

Uno de los servicios públicos en los que ha suscitado un álgido debate al respecto, es el transporte aéreo, en el cual recientemente los pilotos de la aerolínea Avianca pertenecientes al sindicato ACDAC (Asociación Colombiana de Aviadores Civiles), decidieron entrar en huelga, la cual fue declarada ilegal por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral y posteriormente ratificada por la Corte Suprema de Justicia, entre otras razones por ser el transporte aéreo un servicio público esencial, argumentos que serán discutidos en el desarrollo del presente trabajo, no obstante, la restricción al derecho de huelga en este y otros servicios públicos ha generado un amplio debate frente a lo que debe considerarse por servicio público esencial, no solo a la luz de la legislación nacional sino de acuerdo a la Organización Internacional del Trabajo y de los convenios que garantizan el derecho de huelga.

Frente a la declaratoria de ilegalidad referida, se desprenden graves consecuencias para los trabajadores participantes de dicha huelga y para los sindicatos de este sector de la economía, por cuanto se creó un precedente que restringe de manera absoluta el derecho de huelga de estos, lo que para muchos cercena el derecho de libertad sindical y se aparta lo determinado por el organismo internacional del trabajo, en particular de los convenios 87 y 98 de la OIT de los cuales hace parte Colombia, visto esto, la declaratoria de ilegalidad de la huelga de los pilotos de Avianca derivó no solo en un mensaje restrictivo para los demás sindicatos de servicios públicos esenciales a no realizar ningún tipo de suspensión de sus actividades, sino también en decenas de trabajadores despidos, lo cual claramente tiene serias repercusiones para los derechos laborales y para los sindicatos que ven limitadas sus garantías.

Por su parte, la contextualización del problema en el marco normativo se reduce a la Ley 336 de 1996 que adoptó el estatuto nacional del transporte en la cual se consideró el transporte aéreo como un servicio público esencial, en tanto el Legislador se deslignó de las consecuencias de establecer el transporte aéreo como un servicio público esencial que implica restringir el derecho de huelga conforme al artículo 56 constitucional; por lo que pese a la existencia de



normas dispersas sobre actividades que el Legislador ha considerado como esenciales, no existe hasta el momento ley alguna que enliste y regule de manera taxativa los servicios públicos esenciales en los que se restringe el derecho de huelga y la regulación frente a la misma conforme lo ordena la Constitución y la Corte Constitucional.

En razón a lo anterior, persisten la controversia legislativa y jurisprudencial respecto de lo que se considera un servicio público esencial y que tiene directa incidencia en el libre y legítimo ejercicio al derecho de huelga, bajo esa lógica no resulta compleja la interpretación de la prohibición de la huelga desde el ordenamiento jurídico nacional, lo que si ocurre cuando se hace en perspectiva del derecho internacional público en cuanto a los convenios y recomendaciones sobre garantías y libertades sindicales, entre ellos, los convenios 087 y 098 suscritos por el Estado colombiano con la OIT, así como de la doctrina sentada por los órganos de administración de la Organización Internacional del Trabajo, en consecuencia, surgen grandes diferencias respecto del concepto, contenido y caracterización de los servicios públicos esenciales en particular del transporte aéreo y de la posibilidad de prohibir la huelga en los mismos, desde la OIT versus la legislación nacional.

En efecto, el derecho de huelga tiene una inescindible relación con el derecho de asociación y el derecho de sindicalización, derechos de mayor jerarquía catalogados como derechos fundamentales y protegidos por el Sistema Interamericano de Derecho Humanos y el Sistema Universal de Derechos Humanos, razón a ello, y aunque el derecho de Huelga no se encuentra catalogado en la constitución de la Organización Internacional del Trabajo, si se infiere de los convenios 87 y 98 de la OIT, y de la recopilación de principios y decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración que hace exigible su conexión con derechos de mayor jerarquía.

La problemática radica en que, aun cuando dichos derechos tienen conexión con el derecho de huelga, y se encuentran consagrados en normas imperativas de carácter convencional, tales como: la Declaración de Filadelfia (1944), la Carta de Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Declaración Americana (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto de San José o Convención Americana y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, el Estado

Colombiano ha restringido el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales, entre ellos el servicio de transporte aéreo de pasajeros.

Ahora bien, en jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en el caso ACDAC versus AVIANCA, se dieron unos argumentos para definir como esencial el transporte aéreo, entre ellos, que el servicio implica el derecho a la libertad de locomoción como derecho fundamental y concomitante constituye un instrumento para hacer efectivo otros derechos fundamentales, en contraposición a ello, y como se manifiesta en el salvamento de voto de dicha sentencia que más adelante se estudiará, la Corte desconoció varios criterios adoptados por el organismo internacional del trabajo y no discutió con amplitud otros factores que inciden en la esencialidad del servicio público, entre otros, la dinámica del mercado y en el no monopolio en la prestación de ese servicio público, pues no está en manos del Estado ni es prestado de manera exclusiva por un particular, como bien sí sucede en otros casos, verbigracia, con el Sistema Integrado de Transporte Público de la ciudad de Bogotá, donde dicho servicio si bien es administrado por el Estado, es prestado por consorcios que actúan como particulares, eso a modo de ejemplificación.

De otro lado, si bien existe el estatuto nacional del transporte, corresponde a la Corte Constitucional hacer un estudio minucioso y riguroso que implica revisar el artículo 5 que consagra el transporte aéreo como un servicio público esencial, pues han transcurrido veintidós años de expedirse esta norma y es necesario que se analice su vigencia a la luz de los convenios internacionales, pues son diferentes las circunstancias no solo del mercado si no de los derechos sociales que rigen en la actualidad, y como se mencionó al principio de este trabajo, el derecho sindical constituye uno de los ejes fundantes del Estado Social de Derecho y se haya incorpora dentro de una amplia gama de derechos de tipo social que supone el ejercicio de mayores libertades y facultades radicadas en cabeza de los ciudadanos, por lo que al prohibir la huelga se tiene una importante afectación a estos.

En este caso, la cuestión problema que se desprende es la posible afectación del derecho a la libertad sindical al prohibirse la huelga en el transporte aéreo, y la eliminación desproporcionada del mismo, aun cuando exista el tribunal de arbitramento como otro medio de solución del conflicto, pues bien se reduce el margen de acción para solucionarlo y con ello el carácter progresivo de los derechos laborales. La declaración de ilegalidad de la huelga por

ejercerse sobre un servicio público esencial, debe surtirse primero en el marco de la prelación de los derechos sociales fundamentales amparado en unos parámetros que definan claramente el concepto de servicio público esencial y que se ajuste a lo definido por la Organización Internacional del Trabajo.

Tal y como se mencionó, al realizarse la huelga estando prohibida por el Legislador, se desprende una serie de consecuencias en materia laboral para dichos trabajadores, por ejemplo, deja en libertad al empleador para despedir a los trabajadores participes de dicha huelga e incluso le da la facultad de solicitar jurídica y administrativamente acabar con la personería jurídica del sindicato, estas medidas resultan siendo gravísimas para los trabajadores y sus familias y para la vigencia del derecho sindical en el país, no solo porque suscita miedo en los trabajadores para creación de sindicatos, sino que además deslegitima su efectividad, situaciones que involucran el progreso de este importante derecho social en el país. No obstante, el mayor problema no radica en restringir el derecho a la huelga en el transporte aéreo, sino en la discrepancia de la legislación nacional con la normatividad y doctrina convencional de la Organización Internacional del Trabajo, en particular del Comité de Libertad Sindical, pues desconoce instrumentos internacionales de derechos humanos de tal forma que impide de manera irracional el pleno ejercicio de la libertad sindical.

En consecuencia, el problema jurídico que se divisa en el marco del derecho sindical es la incompatibilidad de nuestra legislación con lo determinado por la Organización Internacional del Trabajo sobre servicios públicos esenciales, en particular de la doctrina sentada por el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en aplicación de los Convenios y Recomendaciones de este organismo, que producen la disparidad entre los convenios suscritos por Colombia sobre derechos sociales en el que se incluye la libertad sindical y el derecho de huelga con la legislación nacional que restringe el derecho de huelga, de tal forma que se restringe este derecho en varios servicios públicos, entre ellos el transporte aéreo de manera injustificada afectando las garantías a la libertad sindical.

Por consiguiente, la pregunta de investigación que surge es

¿De qué forma se vulnera el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales y en el transporte aéreo, en la legislación nacional, de acuerdo a los criterios de la Organización Internacional del Trabajo?

*En tanto, la hipótesis sugerida es que el derecho de huelga se vulnera en la medida en que su restricción absoluta comprende aquellos servicios públicos cuyo contenido material no corresponde a un servicio esencial en el estricto sentido del término, y no se establecen medidas compensatorias para los asociados sindicalizados, no obstante, constituye una medida desproporcionada que no se ajusta a los criterios de los órganos de control de la Organización Internacional del trabajo, en particular, de la actividad de los pilotos de líneas aéreas, toda vez que su suspensión, no pone en riesgo la vida, la salud, o la seguridad de las personas y no alcanza a tener el contenido material propio de un servicio público esencial. Por tanto, se requiere que el Estado Colombiano adapte en su legislación interna los criterios de los órganos de control de la OIT con fundamento en los principios del derecho internacional público, permitiendo de manera efectiva el derecho de huelga, como derecho vinculado a la libertad sindical.*

Justamente, para comprobar la hipótesis sugerida en la presente investigación el objetivo general consiste en establecer de qué forma se vulnera el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales y en el transporte aéreo, en la legislación nacional, de acuerdo a los criterios de la Organización Internacional del Trabajo; de lo que se desprenden tres objetivos específicos que constituyen la columna vertebral de la presente investigación: el primero de ellos es conocer el estado actual del conocimiento, analizando los conceptos asociados a la libertad sindical y los servicios públicos en el marco del Estado social de derecho; el segundo de ellos, consiste en determinar la caracterización y el contenido material de los servicios públicos esenciales en especial del transporte aéreo, conforme a la jurisprudencia, contrastando la huelga en el derecho comparado respecto de la legislación nacional; finalmente, el último objetivo estriba en formular una serie de conclusiones y recomendaciones tendientes a garantizar el derecho de huelga en el servicio de transporte aéreo a partir del derecho comparado y la doctrina de la OIT.

Visto lo anterior, la justificación de esta investigación se sustenta en que la huelga se configura como uno de los derechos sociales fundamentales más relevantes en el Estado Social de Derecho, pues está estrechamente relacionado con los principios constitucionales de

solidaridad, dignidad y participación, y comprende la facultad de los trabajadores asociados de ejercer medios de presión hacia los empleadores con el fin de mejorar las condiciones laborales y ampliar el reconocimiento y materialización de los derechos de los trabajadores, por tanto, su desprotección o su restricción indebida, implica el desconocimiento por parte del Estado Colombiano de los convenios sobre derechos sociales, de los derechos fundamentales y de los convenciones de la Organización Internacional del Trabajo.

En ese sentido, la importancia de la presente investigación radica en responder al vacío jurídico que no ha sido atendido por la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución, en el entendido de abordar como problema jurídico la huelga en el transporte aéreo como servicio público no esencial, a la luz de los tratados sobre derecho sociales y de los convenios y principios de la OIT, para brindar una solución que permita garantizar de manera armónica el derecho de huelga y al tiempo, los derechos de los usuarios a través de la prestación de servicios mínimos conforme al derecho comparado, cumpliendo con los tratados y convenios internacionales, así como con la doctrina de la OIT sobre el reconocimiento del derecho de huelga en servicios públicos no catalogados materialmente como esenciales.

Lo anterior, sustentado además en el salvamento de voto de la sentencia SL20094 (C.S.J., 2017), del caso ACDAC Vs. Avianca, por cuanto la prohibición de la huelga en el transporte aéreo es un tema de trascendencia nacional, que incluye como asunto los derechos del sindicato y de los usuarios. De modo tal que con el desarrollo de la presente investigación se pretende solucionar jurídicamente la controversia de cuáles son los criterios para que se configure un servicio público como esencial, y de vislumbrar si conforme a criterios internacionales el transporte aéreo se configura dentro de esta categoría, y no siendo de este modo, proponer unas recomendaciones para permitir la huelga de los trabajadores mediante la prestación de servicios mínimos, que reduzca la afectación de los derechos de los usuarios y logrando el equilibrio, justicia y equidad social requerida para realizar los fines del Estado Social de Derecho.

De ahí la importancia de realizar un análisis amplio y riguroso a la luz de la jurisprudencia constitucional, la normatividad internacional y la doctrina de la OIT, para conocer si el Estado colombiano cumple o no con lo determinado por el organismo internacional del trabajo, en particular por el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos, no sin antes verificar la vinculatoriedad de estos pronunciamientos, así como de las demás normas y

convenios internacionales suscritos por Colombia sobre derecho sindical, puesto que su incumplimiento significa la responsabilidad internacional del Estado y constituye una violación a los principios del Derecho Internacional Público en especial los que emanan de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

Derivado de los anteriores argumentos, es importante determinar si existe o no vulneración de las garantías y derechos de los trabajadores aéreos que optan por votar favorablemente la huelga, si va en contravía del interés general o de los derechos fundamentales, no obstante, es necesario revisar la verdadera y esencial naturaleza de este servicio público, su contenido, caracterización y alcance, en un marco de proporcionalidad y razonabilidad que comprenda la eficacia del derecho sindical como derecho social del Estado social de derecho.

En síntesis, es necesario conocer si efectivamente el transporte aéreo de pasajeros dadas sus características particulares es o no un servicio público esencial, a través de un análisis de su contenido material en el estricto sentido del término, partiendo de la regulación del Estado al respecto y trascendiendo del contenido normativo a un análisis rigurosos sobre derechos, libertades y principios del derecho a la libertad sindical en el plano nacional e internacional, así como de los derechos de los usuarios, el orden público y el interés general, sobre un criterio de proporcionalidad y de un estudio axiológico Constitucional.

Finalmente, la metodología a utilizar en la presente investigación consiste en el método cualitativo desarrollado por autores como Cesar Bernal, el tipo de investigación se basa en un análisis jurídico-comparativo entre legislación nacional, los principios y doctrina de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo y la regulación sobre derechos sociales relativos a la libertad sindical y el derecho de huelga en los convenios ratificados por Colombia y en el derecho comparado; se presentará una línea jurisprudencial sobre las diversas posturas de la Corte Constitucional sobre el derecho de huelga, así como un precedente reciente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la ilegalidad del derecho de huelga en el transporte aéreo, como estudio de caso.

A través del método cualitativo se desarrollará el problema jurídico planteado dando a conocer la evolución normativa, doctrinaria y jurisprudencial de la huelga, analizando los matices que la Corte Constitucional le ha venido dando al ejercicio de este derecho y de su

estrecha relación e inescindibilidad con la libertad sindical. Del mismo modo se analizará el contenido material del transporte aéreo como servicio público verificando si es o no un servicio público esencial conforme al análisis jurídico-comparativo propuesto, éste estudio comprende identificar y delimitar los rasgos, las características y el contenido material del servicio público esencial con el fin de determinar si el transporte aéreo se adecua y se circunscribe a él.

La técnica de investigación comprende el análisis de fuentes secundarias, documentales, que abarca el análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la revisión de la recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical sobre la huelga en los servicios públicos, la revisión de la normatividad nacional e internacional sobre libertad sindical, así como una consulta al Congreso de la Republica sobre el histórico de proyectos de ley presentados o tramitados sobre la regulación del derecho de huelga en los servicios públicos.

De igual forma, el enfoque de investigación pretende comprender si la legislación nacional que limita el derecho de huelga dentro del contexto del Estado Social de Derecho (en el entendido del carácter progresivo de los derechos sociales fundamentales) se adapta o no a lo determinado por la Organización Internacional del Trabajo y a la normatividad convencional sobre derecho a la libertad sindical, y en consecuencia, dilucidar las implicaciones que tiene para las organizaciones sindicales al restricción desproporcionada de este derecho. Para dicho estudio se emplearán algunos autores a fin de evaluar criterios de proporcionalidad y razonabilidad entre bienes jurídicos contrapuestos en el ejercicio de la huelga en el transporte aéreo como servicio público esencial.

En tal sentido, el trabajo estará organizado en tres capítulos en los cuales se desarrollará cada uno de los objetivos propuestos, el capítulo primero contendrá lo relativo al estado actual del conocimiento, se presentarán varios autores que disciernen acerca de la libertad sindical y la huelga en el marco del Estado Social de Derecho, trayendo a colación los eventos históricos de mayor connotación en el derecho colectivo del trabajo tanto en el contexto nacional como en el internacional. Esta primera parte se subdividirá en tres apartados, empezando por el que refiere sobre los orígenes y el contenido del Estado Social de Derecho y la función de prestar servicios públicos a la comunidad; seguidamente se expone el contenido del derecho de huelga como derecho inescindible a la libertad sindical; y para finalizar, se hará un análisis sobre relación de

la huelga en con los valores, principios y derechos constitucionales a fin de determinar criterios de proporcionalidad y razonabilidad en la prohibición de este derecho.

En el segundo capítulo se abordará la caracterización y el contenido de los servicios públicos esenciales a partir de una línea jurisprudencial que acude al control convencional en la revisión del ejercicio de la huelga en los servicios públicos, por tanto, se hará referencia a los criterios aportados por la Organización Internacional del Trabajo quien establece unos parámetros para definir los servicios públicos esenciales y concomitante para permitir la restricción de la huelga en dichas actividades. Por último, se examinará la regulación del transporte aéreo en Colombia y la situación actual del servicio con el objetivo de extraer unos parámetros o criterios que sirvan para precisar la esencialidad o no del servicio.

Finalmente, el ultimo capitulo enlista una serie de conclusiones del trabajo investigativo, así como unas recomendaciones tendientes a garantizar el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales que lo restrinjan en el menor grado posible, no obstante, se enuncia brevemente la regulación de la huelga dentro los servicios públicos en el derecho comparado de países como Italia, España, Alemania, Inglaterra, Argentina, entre otros, con el fin de dilucidar el tratamiento que estos le dan a la huelga y su incidencia en los servicios públicos esenciales y no es para más, cuando los mismos países hacen parte de la OIT, todo esto con la intención de concluir y recomendar unos criterios que se adapten a los estándares internacionales y a lo que aconseja la doctrina y la jurisprudencia.



## **1. Capítulo I. Estado Actual del Conocimiento: La libertad Sindical y los Servicios Públicos en el Estado Social de Derecho**

### **Introducción**

El derecho de sindicalización precede de una serie de acontecimientos históricos que desencadenaron en el auge de la movilización social de los trabajadores, estos acontecimientos produjeron el reconocimiento de algunos derechos laborales y el fortalecimiento del derecho colectivo como unos de los principales factores que incidieron en el origen del Estado Social de Derecho a comienzos del siglo pasado. Siendo que el derecho sindical está anclado al moderno Estado Social de Derecho, el objetivo de este primer capítulo consiste en conocer el estado del arte del problema jurídico reseñado, desarrollando los conceptos asociados a la libertad sindical y los servicios públicos en el marco del Estado Social de Derecho.

Por tanto, el presente capítulo contendrá tres acápite o apartados que conjuntamente desarrollan el objetivo arriba señalado. A fin de dar una lectura comprensible y organizada se da inicio con la formación y el contenido del Estado Social de Derecho y la prestación de servicios públicos a cargo del Estado, haciendo énfasis en la dinámica de las relaciones obrero patronales y en la intervención del Estado para hacer efectivo los derechos constitucionales que se desprenden de esta relación, reseñando la evolución sindical en Colombia y por otra, el carácter progresivo del derecho social a la huelga propio del Estado Social de Derecho.

Seguidamente se abordarán los conceptos principales asociados a la libertad sindical tales como, el derecho colectivo, la asociación sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga en los servicios públicos en especial en el transporte aéreo, explicando sus características, contenido y alcance a partir del método cualitativo, consultando la doctrina, la jurisprudencia y a la Organización Internacional del Trabajo, fruto de este análisis conceptual e histórico junto con el de Estado Social de Derecho y servicios públicos (entre ellos el de transporte aéreo), se deriva una colisión fáctica y jurídica entre valores, principios y derechos de rango constitucional que serán analizados bajo criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, a fin de que los mismo se garanticen de manera armónica y equilibrada con el sistema político, económico y social.

## 1.1 Estado Social de Derecho y Servicios Públicos

Las nuevas dinámicas laborales ocupan un papel fundamental dentro del Estado Social de Derecho, las relaciones entre empleadores y trabajadores han requerido la intervención del Estado para regular los vínculos del trabajo del que se derivan una serie de derechos fundamentales y sociales imprescindibles para garantizar los fines del Estado y la vigencia de un orden social justo, uno de estos derechos es el derecho a la sindicalización, ya lo menciona Monereo (2013), que estos incide en los objetivos de las asociaciones sindicales, de tal forma que no se limitan a sus fines altruistas y profesionales, sino que fundado en el marco Constitucional y Convencional, se produce una nueva configuración institucional de los sindicatos.

Quiere decir ello que los propósitos sindicales no se reducen a mejorar las condiciones laborales de los trabajadores sindicalizados, sino que sus objetivos se extienden al alcance progresivo de los derechos sociales en el contexto del Estado Social de Derecho, pues el sindicato reviste uno de los pilares básicos del sistema social y político, y su participación social ocupa hoy día una de sus mayores prioridades. Es por eso que el Estado Social de Derecho no desdibuja el modelo económico, de lo que se trata es de un ordenamiento jurídico y político que garantiza los derechos sociales y fundamentales en armonía con la propiedad privada, la cual implica deberes y obligaciones que requieren de la intervención del Estado para regular la defensa de ambos fines e intereses.

Como lo señaló Vallejo (2009) en las relaciones laborales el trabajador ha hecho parte del sistema socioeconómico capitalista y ha impulsado su crecimiento, por tanto, son importantes sus perspectivas futuras en el contexto del derecho sindical sobre todo cuando se trata de la prestación de servicios públicos. En consecuencia, la importancia de acotar los antecedentes más relevantes en el derecho colectivo y el uso de la huelga como mecanismo de presión para el logro de los objetivos sindicales.

Ahora bien, el contenido del Estado social de derecho se manifiesta en la efectividad de los derechos constitucionales dentro de la órbita de los fines del Estado, según se refiere en el libro Estado Social de Derecho (como se cita en Castro et al., 2007):

La cláusula de Estado social ha de ser interpretada como una norma definidora de fines del Estado, que obliga y justifica al Legislador a actuar en términos de configuración social. Su misión está ante todo dirigida a asegurar el mínimo existencial de cada persona. Además, hay que perseguir unas relaciones sociales justas y definir cada día la relación entre individuos y grupos sociales e intereses de la generalidad. (p.87)

En efecto, el Estado Social de Derecho según Madriñan (citado por Castro, et al.,) reúne las siguientes características: “1. La realización de la igualdad a través de la procura de un mínimo existencial. 2. Igualdad de oportunidades. 3. Procura del orden económico. 4. Procura de un orden social”. (p. 90), haciendo hincapié sobre este último, el orden social se erige como una de las características más novedosas traídas por el Estado Social de Derecho que lo diferencia con el Estado de Derecho, el orden social justo lo reitera la doctrina, el preámbulo constitucional y está dentro de los fines del Estado, son valores y principios que deben irradiar el sistema constitucional, legal y judicial.

Por otra parte, una importante labor cumple el derecho colectivo dentro del Estado Social de Derecho, el derecho colectivo según sentencia C-009 (C.C., 1994) lo conforma: “la libertad de asociación sindical (art. 39 C.P.), la institución de la asociación profesional, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga” (párr. 32), siendo tres las vertientes que se desprenden del derecho de libertad sindical recogido tanto por la jurisprudencia como por las normas convencionales sobre derecho del trabajo como más adelante se expondrá.

De tal forma que en el Estado Social de Derecho, los derechos sociales, entre ellos el derecho de huelga, deben homogenizarse como un todo, junto con los derechos fundamentales clasificados en la primera parte la Constitución Política del 91, es decir, pese al orden en su clasificación constitucional y a la distinción de uno sobre el otro, los derechos sociales, incluido el derecho de huelga, deben interpretarse como derechos fundamentales, pues su clasificación o consagración jurídica no reduce su importancia ni prevalencia, sino en consideración del ser humano en su ser y deber ser, no debe entenderse como derechos adjuntos a los primeros sino como verdaderas garantías ancladas indivisiblemente al ser humano.

El derecho de huelga tiene funciones importantes dentro del Estado Social de Derecho, entre ellas, equilibrar las relaciones entre empleadores y trabajadores de manera pacífica, de ahí su importancia para la conformación de un Estado democrático, participativo y pluralista, pues a través de la negociación y de la presión pacífica por parte de los trabajadores, es posible un orden social justo conforme a los valores y principios constitucionales.

Gran parte del cumplimiento de los derechos sociales incluido el de huelga, no depende de las posibilidades económicas o materiales de realización, sino como lo indica Ferralóji (citado por Torres, 2014) de actos de naturaleza política que posibiliten la materialización inmediata de los derechos sociales, es decir, la posibilidad para que un derecho se realice no siempre requiere de recursos técnicos o económicos para implementar su carácter progresivo, sino que su posibilidad material depende en gran medida de la actividad legislativa, de una decisión política que los haga ejecutables y exigibles de manera inmediata.

En el caso del derecho de huelga, éste no es menos importante que el derecho de asociación sindical, derecho que según la Constitución Política y algunos instrumentos internacionales se cataloga en sentido estricto como derecho fundamental, de ahí que la huelga sea un instrumento idóneo para el logro de los objetivos sindicales que no puede desligarse completamente del primero, “De tal manera que, sea cual fuere el catálogo de derechos adoptado por un ordenamiento jurídico, en él se consideran inmersos los demás derechos y prerrogativas de los ciudadanos, siempre que sean indispensables para hacer realidad aquellos” (Castro, et al., p.97), por supuesto que la huelga constituye el último mecanismo al que se debe acudir en la negociación colectiva, pero no por ello debe restársele importancia a su ejercicio.

Claramente las dinámicas de un modelo económico capitalista dentro de un Estado Social de Derecho, implica la protección de los derechos laborales como herramienta para lograr equidad dentro de las relaciones obrero patronales, pues claramente el empleador se haya en una mejor posición dentro de esta relación, y al trabajador debe dotársele de herramientas certeras que garanticen sus derechos y mejoren sus condiciones, no solo económicas sino sociales y de participación en general.

Por otro lado, frente al tema de los servicios públicos, en la obra denominada derecho administrativo general y colombiano (como cita Torres, 2014) se entiende por estos: “toda

actividad de una colectividad pública tendiente a satisfacer una necesidad de interés general” (p. 58), mientras que para Duguit (como se cita en Tascon, 1944) “es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social” (p. 121), en tal sentido, los servicios públicos están compuesta por un conjunto de actividades dirigidas a cumplir las necesidades de la comunidad, definición que vadiwi acompañada del artículo 365 constitucional, cuando señala que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (...) podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios” (p. 45).

En tal sentido, el Estado mantiene una clara regulación, control e intervención de los servicios públicos, de tal forma que asegura su prestación de manera eficiente en pro del bienestar general y en cumplimiento de los fines del Estado sustentado en la dignidad humana, entendida ésta como aquellas condiciones materiales concretas de existencia. Pueden ser prestados de manera directa por el Estado, a través de los organismos o empresas desinadas para tal fin, o por terceros, por organizaciones o empresas que contraten con el Estado, no obstante, el acceso y garantía a los servicios públicos estará siempre en cabeza del Estado.

Previamente, en la reforma constitucional de 1936, el concepto de servicio público se tomaba en consideración exclusiva de la administración en menor grado de lo que la jurisprudencia y la doctrina actual han indicado en la definición de servicio público, años más tarde, la ley 6 de 1945 en su artículo 50 señalaba como servicios públicos: las empresas de transportes, las de acueductos, energía eléctrica y telecomunicaciones, la higiene pública, los hospitales, clínicas y asilos, plantas de leche, las plazas de mercado y otros que pertenecieren a entidades públicas.

Para el año de 1956 se expidió el decreto 753 el cual subrogó el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, que define servicio público como “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas”, (art. 1), al mismo tiempo el artículo enlista las actividades que son considerada como tales, entre las que se destacan: las que se prestan en cualquiera de las ramas del poder público,

las de empresas de transporte, y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones, los servicios aseo, entre otros.

Adicionalmente, la Corte Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre determinados servicios públicos y la posibilidad de restringir el derecho de huelga en algunos de ellos conforme al artículo 56 de la Constitución Política, precisando que la prohibición solo recae sobre los servicios públicos de carácter esencial, luego, ejercer huelga en dichos servicios la hace ilegal. Anteriormente competía al ministerio del trabajo determinar su ilegalidad, sin embargo, un importante avance legislativo se dio mediante ley 1210 de 2008, en la cual se trasladó esta potestad al Tribunal Superior del distrito judicial en primera instancia y a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia, esto en cumplimiento de recomendaciones de la OIT que sugería otorgarle esa potestad al órgano judicial dada su autonomía e independencia.

Dado que los fines del Estado se circunscriben dentro de un contexto de amparo social, sus políticas, legislación y sus decisiones judiciales deben adapten a estos postulados, la huelga como uno de esos derechos sociales debe ser garantizada en el mayor ámbito posible, su radio de goce debe ser restringido de manera excepcional conforme a unas circunstancias de tipo social que afecte de manera seria y evidente derechos catalogados como fundamentales, el daño debe ser palpable y debe adaptarse a los criterios elaborados por la jurisprudencia y por las normas convencionales.

En tal sentido, el derecho de huelga no es un derecho absoluto, y en su restricción el Legislador debe tener una interpretación restrictiva y ceñirse en sentido escrito al contenido material del servicio público esencial, considerando los criterios que se desprenden de la Constitución y la jurisprudencia. Al respecto, Alexy en su libro *Sobre los Derechos Constitucionales a la Protección* (citado en Torres, 2014) considera que existen tres tipos de discrecionalidad a la que está sometido el Legislador: “(1) Discrecionalidad para la selección de medios, (2) discrecionalidad para la fijación de fines, y (3) discrecionalidad para la ponderación.” (p.47), todos ellos referidos al ámbito que tienen para regular ciertas materias tocantes a los derechos constitucionales, ámbito que se ve reducido precisamente por el deber de tener en cuenta ciertos criterios para el efectivo goce de los derechos.

En conclusión, uno de los fines del Estado Social de Derecho consiste en la prestación de servicios públicos a la colectividad y en la protección y garantía de los derechos constitucionales, en efecto, de acuerdo a la legislación nacional el transporte aéreo se configura como un servicio público; bien pueden ser prestados directamente por el Estado o a través de terceros y en cualquier caso se requiere la regulación e intervención del Estado. Visto que los movimientos laborales fueron una de las causas de mayor peso que forjaron el naciente Estado Social de Derecho, uno de los derechos que adquiere mayor relevancia es el derecho de libertad sindical y el derecho de huelga como núcleo esencial del primero, no obstante, su ejercicio, puede verse condicionado por criterios de orden constitucionalidad y convencional que deben ser armónicos y acordes a los principios del Estado Social de Derecho.

## **1.2 Libertad sindical**

Como se mencionó en el acápite anterior, uno de los derechos sobre los que se fundó el Estado Social de Derecho consiste en la libertad sindical, la cual está conformada por el derecho de asociación sindical, de negociación colectiva y el derecho de huelga, dichos derechos han venido evolucionando y han sido recogidos por la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad internacional, como derecho social, se consolida a partir de la Constitución de Querétaro de 1917 (México), la Constitución de Weimar de 1919 (Alemana), y los principios de la Organización Internacional del Trabajo, que crean el soporte sobre el cual se sustentan los derechos de “segunda generación” o llamados derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se destacan los derechos relativos a la libertad sindical los cuales pusieron en auge el constitucionalismo social.

En Colombia, los primeros antecedentes constitucionales sobre libertad sindical surgen con la reforma constitucional de 1936 bajo el gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo que vaticino los primeros matices del Estado Social de Derecho acogido en la Constitución de 1991, entre las modificaciones a la Constitución de 1886 se incorporó el derecho de huelga, con excepción de los trabajadores de los servicios públicos, en este primer antecedente, según lo afirma Botero (2006) los gobiernos liberales fueron claves para la historia de los trabajadores colombianos, desde la década de los años 10 surgieron en el país los primeros movimientos huelguísticos y éstos se acrecentaron y complejizaron a lo largo de los años veinte visibilizándose como un sector importante en la política colombiana.

En efecto, el contexto que precedía a la reforma según lo menciona el mismo autor, se enmarcó entre una serie de protestas sociales y huelguísticas que generaron presión para hacer realidad las conquistas sociales perseguidas, entre ellas el derecho de huelga, previo a ello, en el año de 1919 se expidió la ley 78 que la define “como el abandono del trabajo en una o varias fábricas o empresas industriales o agrícolas, abandono convenido o aceptado voluntariamente por un número tal de empleados, obreros o trabajadores, que produzca la suspensión del funcionamiento de las fábricas o empresas.” (Art.1), luego, en 1931 el Congreso de la Republica mediante la ley 83 reconoció a los trabajadores el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses, formando sindicatos o asociaciones profesionales, regulando su ejercicio y otorgándole la facultad de decretar la huelga previo cumplimiento de las normas sobre la materia.

En el libro Colombia: País fragmentado, sociedad dividida (como se cita en Botero, 2006), se refiere que en a la cuestión sindical, fue el gobierno el gran mediador para lograr las reivindicaciones sociales de los trabajadores, mas no el Congreso propiamente dicho, fue el acercamiento y la relación directa que tenían los gobiernos liberales de ese entonces con los sindicatos, los que permitieron parte del reconocimiento de sus derechos y no el activismo del Congreso como se pensaría, sin embargo, fue hasta el gobierno de López Pumarejo que se constitucionalizo el derecho de huelga prohibiéndose en los servicios públicos, no obstante, no se precisó su definición y se extendió la prohibición a toda clase de servicios públicos, no existiendo para entonces una clasificación entre esenciales y los que no lo eran.

Por otro lado, Monereo (2013) define el derecho sindical como la parte del ordenamiento de manera sistempública ática agrupa un conjunto de normas e instituciones propias del régimen jurídico de los sindicatos, mientras que para Osteau (2017) es “la regulación colectiva de los derechos laborales, incluida la huelga” (p.23), en ese sentido el derecho sindical comprende el conjunto de normas, principios, instituciones y practicas sobre la protección de los trabajadores. Para Ojeda (1998), la noción de libertad sindical comprende un conjunto de garantías de rango constitucional, conformada por el derecho fundamental de los trabajadores a agruparse establemente para participar en la organización de las relaciones productivas, de tal forma que permite asociarse y hacer uso de los mecanismos sindicales para lograr no solo el mejoramiento y la garantía de los derechos laborales sino consumir los fines sociales del sindicato.



Otro concepto con el que se asocia el sindicalismo tiene que ver con derecho colectivo, definido por De la Cueva (1988) como un derecho político, equivalente a la conquista de un poder social a partir de las organizaciones de trabajadores y que constituye el estatuto de una clase social, en otras palabras, el derecho colectivo equivale a la participación de los trabajadores en la construcción de la normatividad que regula las relaciones obrero patronales democratizando los patrones de mejoramiento de las condiciones sociales y laborales.

En efecto, para la Organización Internacional del Trabajo (2012), dentro de los derechos que componen la libertad sindical que permiten democratizar las relaciones obrero patronales, se encuentra la huelga como un medio de acción esencial del que disponen los trabajadores y sus organizaciones para defender sus intereses, se configura como un derecho fundamental, que debe ser empleado como último recurso por parte de los trabajadores, toda vez que desencadena en graves impactos tanto para los empleadores, trabajadores como para la economía en general.

Sin embargo, para autores como Mario de la Cueva “la huelga es un derecho de naturaleza procesal frente a la naturaleza sustancial del derecho de sindicalización y de los convenios colectivos” (1988, p. 588), a contrario sensu, los aportes del Comité de Libertad Sindical en el marco de los Convenios 87 y 98 de la OIT y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales en el sentido de incorporar ineludiblemente el derecho de huelga para gozar plenamente de la libertad sindical, pues este se torna como indispensable para los fines de las asociaciones sindicales.

Conforme a la sentencia C-271 (C.C., 1999) el derecho de huelga “hace parte del sistema constitucional del derecho colectivo del trabajo, el cual comprende: la libertad de asociación sindical; la institución sindical; el derecho de negociación colectiva; el fuero sindical”, (párr.2) radicado no de manera individual, sino que su titularidad reposa en la asociación de personas que forman parte del sindicato, de ahí que sea un derecho colectivo, sin embargo, no por eso tiene menos garantías, al contrario, está compuesto por otro conjunto de derechos, que de manera homogénea y uniforme conforman el derecho de libertad sindical, un derecho humano reconocido por el Estado Colombiano.

De manera análoga, la Corte Constitucional en sentencia C-450 (C.C., 1995), define la huelga como “un medio de acción directa, coactivo y legítimo sobre los empleadores, para

obligarlos a ceder frente a los reclamos de los trabajadores con el fin de asegurar un orden económico y social más justo en el ámbito de la empresa”, (párr. 4), de modo tal que la huelga se configura como un derecho que propende por mejorar la calidad de los trabajadores y sus familias, siendo el fin último al que deben acudir los trabajadores para presionar al empleador y lograr los fines sindicales.

Por su parte, reiterando la posición de la OIT (como se cita en sentencia C-122, C.C., 2012), el derecho de huelga señala una serie de criterios fundamentales para su análisis entre los que se destacan:

i) es un derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos; ii) constituye uno de los instrumentos esenciales para promover y defender sus intereses profesionales; iii) es corolario indisociable+ del derecho de sindicalización protegido por el Convenio número 87; iv) no busca sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social; y v) puede ser objeto de restricciones o incluso de prohibición y garantías compensatorias. (párr. 18).

Al mismo tiempo, este derecho puede ser objeto de restricciones, Torres (2014) señala que en Francia y en otros países europeos en donde primero se legislo sobre huelgas no se había aceptado el derecho de hacerlas en los servicios públicos, sin embargo, transcurrido más de medio siglo, en algunos países del mundo como en España, se permite la huelga mientras haya una prestación mínima del servicio permitiendo huelgas generales, pero las restricciones impuestas al ejercicio de este derecho debe sujetarse a unos parámetros de orden convencional y constitucional.

En Colombia, la ponencia de primer debate de la ley que propuso restringir la huelga en las actividades esenciales, no deja entrever de manera asertiva el propósito teleológico de su restricción; garantizar la vida, la salubridad y la seguridad de la comunidad han sido los criterios adoptados por la jurisprudencia constitucional y por la OIT, por ello Romero (1992) señala que el derecho de huelga queda a la deriva de interpretaciones legales y constitucionales, por tanto

deben ser esos criterios los cuales se debe determinar de manera estricta el carácter esencialidad o no de un servicio público, permitiendo restringir de manera proporcional y objetiva el derecho de huelga.

En sentencia C-122 (C.C., 2012), la Corte resume lo indicado por la jurisprudencia constitucional en las sentencias C-201 (C.C., 2002), C-691 (C.C., 2008), C-466 (C.C., 2008) y en sentencia C-349 (C.C., 2009), en el sentido de afirmar que la huelga es un medio legítimo de presión para alcanzar mejores condiciones de trabajo y lograr un equilibrio de justicia social, el respeto de la dignidad humana y la materialización de los derechos del trabajador, de modo tal que el núcleo esencial del derecho de huelga consiste en la facultad que se les otorga a los trabajadores de suspender las actividades laborales de manera colectiva como medio de presión para el logro de sus intereses. La ausencia de dicho núcleo esencial implica la imposibilidad de ejercer el derecho de libertad sindical con plenitud, de ahí la importancia de que no se desfigure el ejercicio al derecho de huelga haciendo nugatorio su ejercicio o limitándolo de manera desproporcionada y de la necesidad de repensar sobre qué servicios públicos se está aplicando dicha restricción.

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado la conexión directa entre el derecho social de huelga y los derechos y principios fundamentales, verbigracia, la sentencia T-568 (C.C., 1999), subraya que el derecho a la huelga es una garantía asociada a libertad de asociación sindical, así mismo en sentencia C-473 (C.C., 1994), la Corte señala que el derecho de huelga se encuentra en conexión no solo con derechos fundamentales como el derecho de asociación, sindicalización y trabajo, sino también con principios constitucionales como la solidaridad, la dignidad, la participación y la realización de un orden justo.

La huelga además de ser un derecho constitucional, constituye un medio de “acción directa, coactivo y legítimo sobre los empleadores particulares o del Estado para obligarlos a ceder frente a los reclamos de los trabajadores, con el fin de asegurar la creación de un orden económico y social más justo en el ámbito de la empresa” (sentencia C-450 C.C., 1995. párr.15); El derecho de huelga se configura como un mecanismo para que los trabajadores defiendan sus intereses y mejoren su calidad de vida, así como las condiciones de su profesión u oficio.

Por su parte, De la Cueva (1988) sostiene que la huelga es:

La suspensión concertada de trabajo, llevada a cabo para imponer y hacer cumplir condiciones de trabajo, que responden a la idea de justicia social como un régimen transitorio, en espera de la transformación de las estructuras políticas, sociales y jurídicas, que pongan la riqueza y la economía al servicio de todos los hombres y de todos los pueblos, para lograr la satisfacción integral de sus necesidades. (p. 588)

La anterior definición se acopla a una visión social y filosófica del contenido de la huelga, de lo cual se desprende que: primero, el derecho resulta de un consenso o acuerdo celebrado por la mayoría de los trabajadores, tal como lo ha establecido la legislación laboral, no como un fin en sí mismo sino como un medio para la consecución de los fines sindicales.

Segundo, previo a la huelga se surte la presentación del pliego de peticiones y la negociación colectiva, momento en el que de no haber acuerdo luego de agotada la etapa de arreglo y su prórroga conforme lo ordena la legislación laboral, se deriva el conflicto laboral y se propone voluntariamente la huelga o la decisión de arbitramento como medios de solución al mismo, entendiendo que se trata de los derechos de una colectividad, cual es el sindicato como ente con personería jurídica, por tanto sus derechos son colectivos mas no individuales.

Consecuentemente, deben celebrarse procedimientos celeres y de autorregulación sindical que propendan por la negociación y la concertación en ejercicio de los principios de autonomía y democracia, de tal suerte que, se ha implementado el mecanismo de unidad de negociación o de negociación concertada o acumulada, esto mediante el Decreto 089 de 2014 con fundamento en el artículo 39 constitucional, que propone por la racionalidad económica del procedimiento, en el entendido de que los sindicatos están plenamente representados mediante el pliego de peticiones en la mesa de negociación y en la comisión negociadora, permitiendo que varios sindicatos coexistan y fomente la unidad sindical, la negociación concentrada y concertada, permitiendo comparecer a la negociación de manera conjunta a través de la presentación de un único pliego de peticiones que será debatido ente los mismos.

Por otra parte, para autores como Camerlynck (1974) la huelga “consiste en una suspensión colectiva y concertada del trabajo, con el fin de presionar al empresario o a los poderes públicos. Así caracterizada, la huelga es un instrumento esencial de lucha para los

trabajadores.” (p. 22) de esta forma muchos doctrinantes definen la huelga y la enmarcan en el contexto de los derechos sociales predominantes en el Estado Social de Derecho.

Como se ha venido diciendo, este no es un derecho absoluto y sobre él recaen unas restricciones que se han venido disminuyendo con el paso de los años, toda vez que la gran mayoría de ellos hoy no se catalogan como esenciales, mediante sentencia T-568 (C.C., 1999) la Corte Constitucional se pronunció sobre la huelga en los servicios públicos esenciales en los siguientes términos “El derecho a la huelga no es un derecho fundamental, puesto que para su ejercicio requiere de reglamentación legal”, adicionalmente su ejercicio puede implicar la afectación los derechos de terceras personas, sin embargo “El derecho a la huelga puede ser objeto de tutela cuando se encuentra en conexión íntima con los derechos al trabajo y a la libre asociación sindical, derechos que si ostentan el carácter de fundamentales”, (párr. 32).

En la sentencia mencionada la Corte establece que el derecho puede verse limitado en los servicios públicos esenciales señalados como tales por el constituyente o el Legislador, claramente el constituyente no definió taxativamente los servicios públicos con carácter de esencial, pero le asigno esa labor al Legislador. Cita igualmente la sentencia T-443 (C.C., 1992) según la cual la huelga puede verse restringida por el Legislador para proteger el orden público, por el interés general y los derechos de los demás, frente a la protección del interés general y los derechos colectivos, algunos autores como Habermas señalan el peligro de sacrificar derechos individuales con el fin de proteger bienes colectivos, como también se explicará en el acápite siguiente.

En el mismo sentido, la sentencia C-858 (C.C., 2008), nos presenta las características de la huelga, manifestado que es un acto de solución pacífica de los conflictos, que no está sujeto a la arbitrariedad e quienes lo ejercen; “el derecho a la huelga no es fundamental y para su ejercicio requiere reglamentación legal” (párr. 4); es legal siempre y cuando no se esté en contravía de las causales fijadas por el Legislador; “el derecho a la huelga puede ser restringido por el legislador para proteger el interés general, los derechos de los demás y cuando de su ejercicio se derive alteración del orden público”; es un derecho colectivo radicado en la pluralidad de los asociados; es un derecho no universal; es derecho relativo; es ejercido exclusivamente por los trabajadores en procura de un equilibrio de la relación obrero-patronal; tiene por fin la defensa de los intereses exclusivamente con carácter económicos y profesionales.

Tal como se ha dicho, la huelga es núcleo esencial del derecho de libertad sindical pero debe ser el último mecanismo al que debe acudir el sindicato, sin embargo, esta debe de garantizarse de manera amplia, no limitándola de manera desproporcionada bajo el argumento de la protección de otros derechos e interés colectivos, el mismo artículo 56 constitucional, le asigna la labor al Legislador para que regule el derecho de huelga, no obstante, si bien existen leyes específicas para algunos servicios públicos, el Legislador no se ha encargado de legislar de manera uniforme al respecto.

Frente a esta facultad que el constituyente le otorgo al Legislador de delimitar la restricción de la huelga en los servicios públicos esenciales, la Corte mediante sentencia C-432 (C.C., 1996) indicó:

Estas facultades limitadoras que se delegan de manera exclusiva en el órgano legislativo, sin embargo, no pueden ser desarrolladas de manera arbitraria; de lo contrario, el derecho de huelga dejaría de ser un verdadero derecho. Por esta razón, la Corte puede entrar a revisar la reglamentación a la que se encuentra sometido el derecho, para determinar si ésta corresponde a los principios que informan la Constitución. (párr. 15).

Han sido varios los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el derecho de huelga en algunos de los servicios públicos, esto debido a la omisión legislativa en regularlo conforme al artículo 56 de la Constitución Política, por esos motivos es que mediante sentencia C-473 (C.C., 1994), la Corte exhortó al Congreso para que expidiera una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales acorde a la Constitución, lo mismo hace la sentencia C-075 (C.C., 1997).

Adicional a ello, en números fallos de revisión de tutela, tal como las sentencia T-171 (C.C., 2011) y la T-087 (C.C., 2012), la Corte continuó instando al Congreso para actualizar la legislación sobre los servicios públicos esenciales y la respectiva regulación de la huelga en el marco de la Constitución y de los Convenios internacionales del trabajo, considerando además que la Constitución restringe el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales, la Corte hace un llamado al Congreso para que regule su ejercicio en los servicios públicos con carácter de esencial.

Ahora bien, de darse una regulación concreta frente al ejercicio de la huelga en los servicios públicos esenciales, estos últimos deben ser actualizados a las nuevas realidades sociales y económicas, debe el Legislador dar una interpretación a favor de los derechos laborales, en este caso, el derecho de huelga, estableciendo de manera excepcional su prohibición, preferiblemente reduciendo su limitación a la prestación de un servicio mínimo.

En tal sentido, el derecho de huelga no es un derecho absoluto, pero la Corte no ha sido uniforme en señalar su limitación, toda vez que mediante sentencia C-122 (C.C., 2012), determinó tres criterios adicionales para prohibir de manera tajante su ejercicio, apartándose de la jurisprudencia que hasta entonces había mantenido el alto tribunal, la cual indicaba que su prohibición se reducía en aquellas actividades cuya suspensión pusieran en riesgo la vida, la seguridad o la salud de la población, los nuevos criterios indicados por la Corte fueron: el interés general, los derechos de los demás y cuando de su ejercicio conllevara a la alteración del orden público, parámetros que en la actualidad son tenidos en cuenta, pero no de manera preponderante como regla o precepto para determinar la esencialidad de un servicio público.

En conclusión, la huelga constituye un derecho constitucional del que gozan los asociados sindicalizados, no es un derecho absoluto pues está sujeto a restricciones, no obstante está consagrado en diversos instrumentos internacionales ratificados por Colombia, de modo que es un derecho inescindible a los derechos de asociación sindical y negociación colectiva propios de la libertad sindical como derecho reconocido en la declaración universal de los derechos humanos, por tanto, su restricción debe ser de manera excepcional asentada de manera exclusiva en el contenido material del servicio público esencial.

### **1.3 La Huelga en los Servicios Públicos en Relación con los Valores, Principios y Derechos Constitucionales**

Vista la importancia de la huelga dentro del marco constitucional y convencional que actúa dentro de la dinámica del Estado Social de Derecho, se entra a discutir cómo dentro de esa interacción surgen conflictos entre valores, principios y derechos de estirpe constitucional, y el respectivo análisis del derecho de huelga para solucionar la colisión entre los mismos. Para Castro, Restrepo & García (2007) la historia, concepto y estructura de los derechos sociales,

permiten dar una serie de argumentos con los cuales se sustenta que los derechos sociales entre ellos el derecho de huelga, deben ser considerados como derechos fundamentales, por tanto, la inmediatez en su aplicación, su mayor garantía y efectividad.

Afirmar que los derechos sociales incluido el de huelga son derechos de estirpe fundamental, también se sustenta en una concepción iusnaturalista, donde son igualmente fundamentales las libertades fundamentales como los derechos económicos, sociales y culturales, de ahí su equivalencia e importancia; en el libro los derechos fundamentales citado por el mismo autor, se afirma que “los derechos económicos, sociales y culturales, poseen un fundamento tan sólidamente vinculado a los valores iusnaturalistas como puedan tener los derechos derivados de la libertad” (p.100). De igual forma como se señala en el libro “el concepto de derechos sociales fundamentales”, (citado en Torres), los derechos sociales son una especie de derechos fundamentales que deben ser igualmente protegidos y cuyas garantías deben ser idénticas a los denominados derechos fundamentales, por ello la importancia de unos mecanismos constitucionales sólidos y efectivos para su consolidación real.

Sin embargo, para algunos persiste la diferenciación entre los derechos civiles y políticos con los derechos sociales, toda vez que estos últimos se caracterizan por su carácter progresivo, por su parte, Castro et al., señalan que “si bien la progresividad marca una diferencia, no por ello unos resultan independientes y más importantes que los otros” (p.79), un paralelo entre los derechos fundamentales con los derechos sociales, indica que en gran medida la materialización de los segundos depende de los primeros, por cuanto giran alrededor de la dignidad humana, lo que conlleva a la universalidad de los derechos humanos en la medida en que los últimos representan una vía real y efectiva para hacer realidad los derechos fundamentales.

Por esta razón es importante la distinción entre valores, principios y derechos y la puja en la primacía para su aplicación dentro de las actuaciones de los órganos estatales; por ejemplo, la efectividad de un orden justo como valor y principio constitucional debe ser un parámetro para la producción legislativa, verbigracia, catalogar un servicio público como esencial y en consecuencia prohibir la huelga en dicho servicio, es una decisión legislativa que incide en el ejercicio de un derecho constitucional, pero que puede ser debatido por el órgano judicial en la aplicación e interpretación normativa, que incluye algunas veces, controversias de orden constitucional, en el que es necesario ponderar y sopesar valores, principios y derechos, que en el



caso puesto de ejemplo, sirve para declarar la legalidad o ilegalidad de una huelga en un servicio público, tales como el transporte aéreo de pasajeros.

En tal sentido, Alexy (2003) entiende los principios desde diferentes tesis, una de ellas es la tesis de optimización en la cual “los principios son mandatos de optimización, que se caracteriza por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados, que no solo depende de posibilidades fácticas sino de posibilidades jurídicas” (p. 95), la posibilidad jurídica entendida desde la posible colisión con otros principios; por su parte, las reglas son mandatos definitivos, y tanto estas, como los principios, equivalen a normas.

Por consiguiente, los derechos fundamentales son concebidos como principios, pero los principios propiamente dichos distan del análisis que hace Alexy pues los primeros refieren a su ubicación dentro del texto constitucional, mas no como derechos fundamentales, de ahí la interpretación cuidadosa que debe darse de si los principios constituyen mandatos que deben aplicarse por regla general excepto en circunstancias que lo impidan, es decir, en aquellos eventos de colisión entre principios o derechos que impiden la efectividad de alguno de ellos, lo cual requiere usar el juicio de proporcionalidad a fin de determinar la primacía del uno sobre el otro.

Lo anterior, para poner en contexto la controversia que se presenta en la prohibición de la huelga en los servicios públicos esenciales, entre ellos el transporte aéreo, servicio que se revisará si efectivamente es o no esencial, puesto que Colombia como Estado Social de Derecho, debe propender por los principios al trabajo, la dignidad humana, la democracia y la pluralidad, además de acatar los principios del derecho internacional aceptados en el marco del derecho internacional público.

Como consecuencia de lo anterior, según Alexy (2003) surge la segunda tesis: la ley de la colisión que distingue: primero, los conflictos entre reglas, el cual solo puede ser solucionado introduciendo una cláusula de excepción o declarando la invalidez de una de las reglas, para el caso de la prohibición de la huelga en el transporte aéreo, los principios y reglas en colisión según jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia, corresponden a la efectividad de algunos derechos fundamentales de terceras personas, tales como el derecho a la vida, la seguridad y la salud, frente a la prohibición de ejercer el derecho de huelga y lo que en su

conjunto comprende el derecho de libertad sindical, derechos y prohibiciones que aparece formalmente en el texto constitucional y leyes inferiores.

En tercer lugar, está la colisión entre principios, como refiere el mismo autor compete a la justicia y a la doctrina resolver sobre sus cuestiones, en el presente caso se trata del interés general versus el principio al trabajo, la democracia y el pluralismo en la toma de decisiones, la vigencia de un orden justo y los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, sintetizado entre otros, en cumplir las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, en estos supuestos, resultan necesarios los criterios de ponderación y prioridad entre principios, reglas y derechos, que garanticen mayor razonabilidad y justicia en el ámbito de las relaciones obrero patronales y en el marco del Estado Social de Derecho, para Alexy “resolver un caso de ponderación significa decidirlo por medio de una regla que se fundamenta teniendo en cuenta los principios que juegan en sentido contrario. En esta medida, los principios son necesarios para las reglas” (p.101).

Finalmente Alexy establece la ley de la ponderación dentro la tesis de la optimización, *implica Conditio sine qua non* los criterios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, en la que se dé la máxima realización posible de los principios, en eso consisten los principios, “en mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible” (p. 108), bajo esos criterios la huelga en el transporte aéreo debe sopesarse con los derechos de los consumidores, trabajadores, empleadores y demás personas afectadas, revisando el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, frente al otro, sin embargo, previamente debe analizar la condición del transporte aéreo como servicio público esencial, como se estudiará en el siguiente capítulo.

Frente a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, se tiene que los dos primeros son herramientas para discernir de manera lógica y coherente cuándo determinada medida, en este caso, la restricción del derecho de huelga, se ajusta a salvaguardar derechos o principios de mayor jerarquía, y en caso de igualdad, a saber, cuál resulta más indispensable y benevolente a la dignidad del ser humano. Al respecto, el mismo autor considera que “la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorar una posición sin que esto represente costes para la otra.” En otras palabras, es procedente que, al discurrir sobre la

colisión de derechos y principios, no necesariamente se imponga uno sobre el otro, sino que es válido conciliar y ponderar de tal manera que sea posible el ejercicio de ambos.

Resulta importante el aporte de Habermas al debate sobre los principios, normas y valores, (como se cita en Alexy, 2003), para quien las normas no pueden entrar en contradicción, por el contrario, los valores entran en competencia por su prevalencia, es decir, las normas deben guardar coherencia no siendo posible la exclusión de una sobre la otra, pues si esto ocurre sería procedente aplicar la regla de exclusión referida por Alexy, por el contrario, en los valores existe una gama mucho mayor de elección y por consiguiente es factible la primacía del uno sobre el otro, decisión que compete definir al Juez; todo esto encaminando a la posibilidad de ejercer la huelga como derecho y como garantía de principios constitucionales y convencionales a favor de los trabajadores en posición a derechos de terceros y a valores y principios de la sociedad y el Estado.

Sin embargo, en el Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy (citado en Torres, 2014), en caso de ponderación deben surtirse tres pasos: el primero consiste en definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; luego, definir la importancia de la satisfacción del principio que va en contra del que se argumenta, y un tercer paso en el que “debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro” (p. 44). Frente a ello es importante acotar que en la revisión del estado del arte no se evidencio en ninguna de las sentencias el uso de un test explícito de ponderación, sin embargo, todas tratan el tema de protección a ciertos derechos y de la limitación de otros como el de la huelga.

En efecto, un conflicto de la naturaleza que aquí se plantea genera un debate mayor que parte de lo que se debe considerar en sentido material como servicio público esencial y siendo del caso, revisar la colisión entre derechos, principios y valores, en este punto Alexy se refiere a la objeción sustancial, entendida como la colisión entre derechos individuales y bienes colectivos, cita a Habermas (2003) quien “teme a que el modelo de ponderación o de la optimización pueda sacrificar derechos individuales frente a los bienes colectivos” (p. 132), el derecho de huelga que representa el derecho individual que poseen los trabajadores, frente al interés general, la seguridad o la salud de las personas, representación de los bienes colectivos.

Habermas de igual forma plantea que “de esta objeción es correcto que el entendimiento de los derechos como mandatos de optimización no puede evitar el peligro de que se produzcan restricciones excesivas de los derechos individuales a causa de algunos bienes colectivos” dicho riesgo se evita con la jerarquía normativa, sin embargo, a pesar dicha jerarquía rampante en nuestro sistema jurídico persiste la divergencia en la prioridad entre derechos y principios que sean de carácter colectivo, no obstante, el artículo uno de la Constitución Política de 1991 consagra la prevalencia del interés general sobre el particular.

Frente a lo anterior, la solución planteada por Alexy se apoya en la teoría de los principios, aquellos que irradian todo el sistema jurídico y abarca tanto derechos individuales como derechos colectivos, no como un criterio auxiliar sino como el fundamento principal que interviene para dirimir controversias fácticas y jurídicas, convirtiéndose en la columna vertebral del sistema normativo y el cimiento que dota de fuerza a los derechos sociales fundamentales y a la presunta prevalencia de los bienes colectivos.

Al respecto, en sentencia C-473 (C.C., 1994), la Corte Constitucional refiere sobre el conflicto entre derechos y principios y sobre la efectividad del derecho de huelga, estableciendo la necesidad de armonizar los derechos de los usuarios con los de los trabajadores, con el fin de justificar de manera proporcional, las limitaciones impuestas al derecho de huelga; de tal forma que de existir colisión entre principios y derechos fundamentales, en virtud del principio de efectividad, debe interpretarse de manera tal que permita la armonía y la compatibilidad de los derechos sin que haya un sacrificio desmesurado de alguno de ellos.

En conclusión, el derecho de huelga es un derecho constitucional del que gozan los asociados sindicalizados, no es un derecho absoluto pues está sujeto a restricciones, por lo que se ve abocado en una pugna entre derechos, principios y valores constitucionales, en que los que resulta necesario hacer un cuidadoso análisis bajo criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, a fin de determinar la posibilidad de restringir este derecho, esto por cuanto la sola ubicación y catalogación del derecho dentro del texto constitucional no le resta importancia o prevalencia al mismo, no obstante, luego de realizado un análisis doctrinal y jurisprudencial al respecto, se contempla la posibilidad de ejercer el derecho de huelga en el transporte aéreo y a su vez, garantizar los valores, principios y derechos constitucionales de terceras personas, de los usuarios y de los empleadores.

## **2. Capítulo II. Servicios Públicos Esenciales y Servicio de Transporte Aéreo**

### **Introducción**

El derecho de huelga se desarrolla en contextos donde su ejercicio afecta seriamente otros derechos y bienes de interés colectivo, tal como ocurre en los servicios públicos esenciales, es decir, en aquellas actividades cuya suspensión pone en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, sin embargo, el contenido material de un servicio público del que se desprende su esencialidad depende del contexto socio económico en el que desarrolle, siendo éste el criterio principal con el que se justifica la restricción o prohibición del derecho de huelga en determinadas actividades esenciales, pero siempre teniendo en consideración los tratados y convenios sobre derechos sociales y derecho colectivo aprobados por el Estado Colombiano.

En ese sentido, Colombia como Estado derecho y en ejercicio de su soberanía, se ha vinculado a organismos internacionales que han elaborado una serie de instrumentos a fin de garantizar los derechos tanto civiles y políticos, como derechos sociales incluido el de la huelga, dichos convenios se enmarcan en los principios del derecho internacional público y derecho de los tratados que obliga y vincula a los Estados partes, por lo que las demás normas sobre derecho sindical que expidan las autoridades debe ajustarse a tales instrumentos así como las decisiones judiciales que deben hacer el control respectivo para que el Estado cumpla con sus responsabilidades internacionales, no obstante se revisará la vinculatoriedad y contenido de los mismos.

Debido a lo anterior, en el presente capítulo se abordará el valor normativo de los convenios internacionales y recomendaciones emitidas por la OIT, analizando la caracterización y el contenido de los servicios públicos esenciales a partir de una línea jurisprudencial sobre el derecho huelga en esta clase actividades, así como por la doctrina de la organización internacional del trabajo, que da unos criterios para distinguir y conceptualizar la actividades que materialmente constituyen un servicio público esencial permitiéndose restringir el derecho de huelga, y por último, se examinará la regulación del transporte aéreo en Colombia y la situación actual del servicio con el objetivo de extraer unos parámetros o criterios que sirvan para precisar la esencialidad o no del servicio.

## 2.1 Los Servicios Públicos Esenciales en la Jurisprudencia

Antes de adentrarnos en el tema que atañe al título aludido, es importante reseñarse que los convenios 87 y 98 de la OIT han sido ratificados por el Estado Colombiano y fueron aprobados por el Congreso de la República mediante ley 26 de 1976 y Ley 27 de 1976 respectivamente, no obstante, conforme al artículo 53 constitucional, los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna, sin que sea necesario la expedición de nuevas leyes para incorporar su contenido en el ordenamiento jurídico interno, en tal sentido, el convenio 087 y 098 de la OIT son fuente de derecho de aplicación directa.

En efecto, conforme la sentencia C-401 (C.C., 2005), que en desarrollo de la unidad normativa expone innumerables sentencias, se precisa la doble naturaleza de los convenios 87 y 98 de la OIT, en el entendido de que uno, hacen parte de la legislación interna al estar consagrados en la Constitución por mandato del artículo 53, y dos, hacen parte de convenios internacionales sobre derechos humanos de que trata el artículo 93, esto por cuánto protegen derechos humanos en el ámbito laboral, lo cual no quiere decir que sirvan como parámetros supletorios de interpretación ante vacíos normativos en el orden legal, dado que son fuente principal y son aplicables directamente para resolver las controversias.

Igualmente, la sentencia T-568 (C.C., 1999), fue una de las primeras sentencias en incluir en el bloque de constitucionalidad, los convenios de la OIT y consecuentemente otorgarle carácter vinculante a las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical aprobadas por el Consejo de Administración, “en la medida que Colombia es estado parte del Tratado Constitutivo de la OIT y éste dispone que dicho Consejo es el órgano que puede emitir recomendaciones de carácter vinculante”. (párr. 20)

Pasemos ahora a señalar los criterios definidos por la jurisprudencia constitucional para determinar en qué caso un servicio público reviste el carácter de esencial: inicia la línea jurisprudencial con la sentencia C-450 (C.C., 1995), la cual indica que la esencialidad depende de la contribución de modo directo y concreto a la protección de bienes, a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de

los derechos y libertades fundamentales, cuya diferenciación y aplicabilidad ya se señaló en último acápite del capítulo anterior.

No obstante, por servicio público esencial, entiende el Tribunal Constitucional Español de 1981 (Citado por Goerlich), como aquella actividad de la que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida en comunidad, y la vitalidad constituye la naturaleza de dichas prestaciones. Visto desde la jurisprudencia constitucional lo vital es aquello destinado a la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, estrechamente relacionado con la dignidad humana, cuyo objeto es “garantizar las condiciones materiales e inmateriales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia” ( T-458 de 1997), es decir, la esencialidad no puede predicarse de cualquier actividad, así se relacione con determinados derechos constitucionales, lo esencial se reduce al ámbito vital y necesario.

Por su parte en la sentencia C-473 (C.C., 1994), la Corte señala los requisitos para excluir el derecho de huelga de una determinada actividad, uno de ellos es que sea materialmente un servicio público esencial, la potestad que constitucionalmente tiene el Legislador debe ceñirse a la axiología y principios del Estado Social de Derecho, de tal forma que no excluye o límite de manera desproporcionada la protección de derechos sociales, los cuales hacen a parte de los principios finalísticos del Estado, debe propenderse por un equilibrio entre el derecho de los trabajadores a como instrumento para mejorar sus condiciones y el derecho que tienen los usuarios de los servicios públicos esenciales.

En la referida sentencia se considera que delimitar el carácter esencial de un servicio público corresponde al Legislador y lo asocia a la limitación misma que se hace al derecho de huelga, la Corte deja entrever que lo esencial se reviste propiamente de la pertenencia a un derecho fundamental, sin embargo, al Congreso tampoco puede hacer una interpretación exclusiva e ilimitada de los conceptos constitucionales, por lo que debe ceñirse a aquellos servicios materialmente esenciales sin restringir el artículo 56 constitucional.

Manifiesta el alto tribunal en dicha sentencia que:

El artículo 56 superior resulta de una tensión valorativa, propia a todo Estado social de derecho, entre, de un lado, el reconocimiento del derecho de los

trabajadores a efectuar suspensiones del trabajo para defender sus intereses y lograr un mayor equilibrio en las relaciones laborales y, de otro lado, la necesidad que tiene el Estado de garantizar la continuidad en la prestación de ciertos servicios públicos esenciales, por los graves efectos que su interrupción total podría tener en los derechos de los ciudadanos. Hay pues un conflicto eventual entre, de un lado, los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales, que, sin ser parte en el conflicto laboral como tal, se pueden ver afectados y perjudicados por ceses generales de actividades; y, de otro lado, los derechos de los trabajadores que laboran en tales servicios, quienes se pueden ver eventualmente despojados de instrumentos legítimos para la defensa de sus intereses, como la huelga. (párr. 15)

Ahora bien, el término esencial para la Corte es un concepto indeterminado sujeto a unos criterios de orientativos para delimitar el carácter esencial de un servicio público: el primero de ellos, no se fundamenta en la naturaleza intrínseca del servicio, ni por la importancia de la actividad en la economía, como tampoco en relación con la gravedad del perjuicio ocasionado derivado de la suspensión de las actividades laborales; el segundo, es que tampoco se cimienta sobre el concepto de utilidad pública o de la satisfacción de los intereses generales, lo cual se sobre entiende le pertenece a la prestación de servicios públicos del Estado social de derecho; y un tercer criterio, que incluso es retomado nuevamente por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia de 2017, tiene que ver con que este depende de la contribución de modo directo y concreto a la garantía de bienes o a la satisfacción de intereses relacionado con el ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales, ello es así, en razón de la prevalencia que se concede a los derechos fundamentales y de las garantías que lo tutelan, con el fin de preservar su respeto y efectividad.

A esto se le suma la interpretación que le dio el constituyente del 91, verificado en la gaceta constitucional N° 137 del 25 de octubre de 1991, para quien un servicio público esencial es aquel cuya “suspensión pueda poner en peligro la vida, la seguridad y la salubridad de los habitantes” (p. 7), el delegatario Álvaro Leyva exponía como ejemplo los servicios de urgencias hospitalarias, suministro de agua y energías y los referentes a la protección y auxilios en calamidades públicas, en tanto, se evidencia la estrecha e inmediata relación de estas actividades



con la vida, la seguridad y la salubridad, criterios que constituyen el contenido material de los servicios públicos esenciales según la intención inicial del constituyente.

Si bien estos no son parámetro taxativos sino indicativos, la Corte también ha sustentado la esencialidad del servicio en relación con la satisfacción de derechos y libertades fundamentales, siendo un criterio reduccionista para la protección al derecho de huelga, por cuanto el organismo internacional del trabajo a sentado otros parámetros a fin de garantizar en mayor medida posible este derecho, pues bajo este criterio muchos servicios serian esenciales, dado que se requieren para la realización tanto de derechos individuales como colectivos, creando la conexidad de un derecho con otro, por tanto cualquier actividad que se requiera para el disfrute de un derecho sería considerado como esencial, lo que acabaría con la imposibilidad de ejercer la huelga en más de un servicio público e incluso en actividades de tipo privado.

Por cierto, la jurisprudencia ha variado el criterio de interpretación del concepto de esencialidad de los servicios públicos, evidenciándose en la sentencia C-450 (C.C., 1995), demanda de inexequibilidad del literal b y h del artículo 430 del CST modificado por el artículo 1o. del Decreto 753 de 1956, sobre las actividades de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleos y sus derivados, de la cual existen tres pronunciamientos diferentes emitidos por el alto tribunal. En una primera sentencia la Corte manifestó que dichas actividades, eran actividades básicas que aseguraban concomitantemente otras actividades esenciales, tales como, el transporte, la generación de energía, etc., encaminadas en su conjunto a asegurar el ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales. Siendo así, la tesis de la Corte fundamentó la esencialidad en la necesidad directa o indirecta para el goce y ejercicio de otros derechos y libertades fundamentales, entre ellos el derecho a la vida, a la seguridad, a la salubridad de las personas.

El mismo literal fue demandado por segunda vez y la Corte se pronunció mediante sentencia C-542 (C.C., 1997), la cual declaro estarse a lo resulto en sentencia anterior, sin embargo, aclaró que sobre el mismo no había un pronunciamiento de fondo. Finalmente, el último pronunciamiento fue mediante sentencia C-796 (C.C., 2014), en donde se exhorta al Congreso para que en el término de dos (2) años delimitara el ámbito en el que no sería posible ejercer el derecho de huelga en el sector específico hidrocarburos y consideró que desde el punto de vista material, dichas actividades a se relacionan con un servicio trascendental, de modo tal

que deben acordarse mínimos de prestación con el fin de no afectar de forma desproporcionada a los usuarios.

Esto por cuanto, si bien es cierto que las actividades relacionadas con hidrocarburos se relacionan con un servicio trascendental, no es posible proscribir de forma definitiva la huelga, en caso de que se ejerza, debe acordarse un mínimo de prestación del servicio con el fin de no afectar de forma desproporcionada a los usuarios. Por tanto, la esencialidad de un servicio público debe analizarse no solo desde las nuevas perspectivas socioeconómicas y en el marco de la progresividad de los derechos sociales fundamentales, sino también a partir del marco convencional, de las recomendaciones y de la doctrina sentada por la OIT.

Eso en la medida en que la línea jurisprudencial sobre servicios públicos esenciales, se funda con la sentencia C-450 (C.C., 1995), que se produjo con base en el artículo 56 constitucional, pero omitió parte del espectro internacional o convencional, por eso la sentencia C-796 (C.C., 2014), reitera su exhorto al Congreso para actualizar el contenido del artículo 430 del C.S.T., y no es de otro modo porque como se ha reiterado en el presente investigación, las circunstancias reales y actuales permiten ampliar el derecho de huelga en determinados servicios que propiamente no constituyen servicios públicos esenciales, entre ellos el de transporte aéreo. Adicionalmente, ciertas actividades fueron consideradas por la jurisprudencia constitucional como servicios públicos esenciales, tal es el caso de las actividades de educación, salud, saneamiento ambiental y el suministro de agua, consideradas así mediante sentencia T-423 (C.C., 1996), es de anotar que aquí la razón principal de la Corte para definirlos como esenciales, fueron el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población como finalidades del Estado.

Bajo la misma línea jurisprudencial, la sentencia C-075 (C.C., 1997), agrego un criterio adicional, al establecer que la esencialidad del servicio no debe considerarse en razón del servicio mismo o por su naturaleza, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o prestacional en la economía del país, de manera que tampoco su esencialidad depende de la magnitud del perjuicio generado por la interrupción del servicio producto de la huelga, tal como lo manifiestan algunas recomendaciones de la OIT que más adelante se estudiarán; el perjuicio o la importancia económica del sector en que se desarrolla la huelga no tiene nada que ver con la esencialidad del servicio, por tanto, resultaría contrario a la libertad sindical prohibir la huelga en

determinada sector laboral o profesional dado su alto impacto o connotación económica como es el caso del transporte aéreo.

La misma sentencia, opto por eliminar dentro de la categoría de servicios públicos esenciales las plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y demás organismos de distribución de estos establecimientos, no obstante, la razón principal es que el Legislador no lo ha declarado como servicio público esencial, es decir, la Corte en alguna jurisprudencia sienta los criterios de esencialidad del servicio para justificar la prohibición de la huelga, en otras, solo hace un análisis de la esencialidad revisando si Legislador lo ha considerado como tal.

Otras de las actividades consideras como servicios públicos esenciales por la Corte Constitucional son la banca central, el servicio de seguridad social relativo al área de la salud y las actividades directamente relacionadas con el reconocimiento y pago de pensiones, consideradas así mediante sentencia T-568 (C.C., 1999); por su parte, la sentencia T-1059 (C.C., 2001), añadió como servicios públicos esenciales las actividades que se prestan en las ramas del poder público y reiteró la esencialidad del servicio de educación. Posteriormente, la Corte redirige la línea jurisprudencial mediante sentencia C-691 (C.C., 2008), retomando la tesis de que la esencialidad de un servicio público dependía de que su interrupción pusiera en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población, en tanto, consideró que las actividades de explotación, elaboración y distribución de sal no constituían servicio público esencial, pues no ocasionaba algún peligro inmediato en alguno de esos tres bienes jurídicos, argumentando la existencia de otros centros de producción de sal, que podían surtir las necesidades de la misma y nada impedía acudir a otras fuentes comerciales o de producción para adquirir tal producto.

En resumen, aunque la prohibición de la huelga en algunos casos se justifique por la protección de bienes, satisfacción de intereses o realización de valores, dichos parámetros son tan genéricos y abstractos que innumerables actividades de la vida social y económica están relacionadas con los derechos y libertades fundamentales, de hecho, al prohibir la huelga en todas las actividades que tengan relación con ellos, se desnaturalizaría la garantía del derecho de huelga y esa excepción de restricción se convertiría en un principio general lo cual es contrario a la libertad sindical.

Mientras tanto, en sentencia C-466 (C.C., 2008), la Corte precisó unos criterios para que sea válida la restricción del derecho de huelga, ellos son: 1. valorar que dicha actividad laboral corresponda con un criterio material de servicio público esencial, es decir según su naturaleza, 2. Que, desde un punto de formal, la ley expresamente lo defina como servicio público esencial, y 3. Que la Ley determine la restricción de la huelga frente a esta actividad. Estos criterios fueron los aplicados en sentencia C-122 (C.C., 2012), para determinar que los establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia, prestan un servicio público esencial, en el entendido que atiendan necesidades básicas de sujetos de especial protección constitucional y por tanto no es posible restringir el derecho de huelga.

Concomitante, otras actividades han sido consideradas como servicios públicos esenciales, pero ya por vía legislativa, tales como: los servicios públicos domiciliarios mediante Ley 142 de 1994; las actividades del Instituto Nacional Penitenciario (INPEC) mediante decreto 407 de 1994; la administración de justicia mediante Ley 270 de 1996; el servicio público prestado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales mediante Ley 633 de 2000; y la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos, mediante Ley 1575 de 2012.

Ahora bien, en el espectro convencional, el conjunto derechos laborales ha sido considerados derechos humanos reconocidos en diferentes instrumentos internacionales y que forman parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la declaración universal de derechos humanos (1948) arts. 23; la declaración americana de los derechos y deberes del hombre (1948) art. xiv; el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales “PIDESC” (1966), arts. 8.1; el protocolo adicional a la convención americana de derechos humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales (san salvador, 1988) art. literal b del artículo 8, así como la convención americana de derechos humanos de 1969 en su artículo 26, que indica que los derechos económicos, sociales y culturales son de carácter progresivo y compele a los Estados partes a lograr progresivamente la plena efectividad de dichos derechos, Al respecto, su progresividad en derechos sociales como la huelga, se predica de su mayor amplitud, garantía, goce y ejercicio, minimizando cada vez más su limitación y evitando en mayor medida su restricción.

Seguidamente, pasamos a desglosar el contenido de los Convenios más relevantes sobre derechos sociales dada su importancia para el derecho del trabajo y el derecho sindical, de este modo, el PIDESC determina en su preámbulo, la realización de los derechos de la persona que posibilitan su existencia en condiciones dignas y socialmente justas, derivados de la declaración universal de derechos humanos, y que se concreta en aquellas condiciones que permiten a las personas gozar de sus derechos, entre ellos el derecho de libertad sindical, de ahí que el Pacto obligue al Estado a garantizar el derecho de huelga y reconoce la facultad que tienen en regular su ejercicio, sin embargo, deja claro, que la restricción a este derecho solo puede comprender a los miembros de las fuerzas armadas, de policía o de la administración del Estado, en tal sentido, no hace relación de limitar el derecho de huelga a otro tipo de actividades y el margen que concede para regular su ejercicio no comprende la facultad de restringir el derecho de manera total ni parcial, la regulación está condicionada con la forma en que debe desarrollarse la huelga, los procedimientos para su declaración y demás reglas atinentes a su ejercicio, no refiriéndose a su restricción en otro tipo de actividades.

Por su parte, el protocolo de San Salvador, fundando a partir de un régimen de libertad personal y de justicia social y en el respeto de los derechos humanos esenciales del hombre, es claro en señalar el vínculo inquebrantable de los derechos sociales con los derechos civiles y políticos en la medida que el goce de uno no significa el sacrificio del otro, ambos se configuran bajo el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, siendo deber de los Estados partes adoptar internamente las medidas necesarias para la efectividad plena de los derechos allí reconocidos, sin obviar el carácter progresivo de acuerdo a la situación de cada Estado. Sin embargo, el reconocimiento de algunos derechos sociales como el derecho de huelga, no implica gasto adicional alguno para el Estado, sino de políticas que brinden mayor garantía para su realización.

En consecuencia, el mismo protocolo obliga a adoptar las disposiciones necesarias en la legislación interna o las modificaciones que deban hacerse con el fin de garantizar de manera efectiva tales derechos. Respecto del derecho de huelga, el Estado Colombiano se comprometió a garantizarlo y el protocolo posibilita limitarlo o restringirlo en aquellas situaciones previstas por la ley, siempre que la restricción recaiga en razones propias de una sociedad democrática necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así

como los derechos y las libertades de los demás. Claramente al Pacto no definió lo que se entiende por servicio público esencial, por lo que le dio al Legislador esta competencia como facultad limitada que se enmarca dentro de la prevalencia de los derechos sindicales y restringiendo la huelga exclusivamente con el fin de preservar el orden público, de proteger la salud o la moralidad pública, y los derechos y libertades de los demás.

De acuerdo a lo anterior, el protocolo no concreta el tipo de derechos y libertades que se pretenden proteger, no obstante de acuerdo al contenido literal y teleológico del artículo, dicha prohibición debe ser entendida de manera excepcional, no aplicándose como regla general so pena de limitar de manera desproporcionada el ejercicio al derecho de huelga, puesto resultaría que toda actividad es necesaria para garantizar de manera indirecta el orden, la salud, la moralidad o los derechos de la población.

En conclusión, el derecho de huelga se encuentra presente en diversos instrumentos internacionales, sobre el que recaen algunas limitaciones, de igual forma las Recomendaciones emitidas por los órganos de administración de la Organización Internacional del Trabajo deben ser tenidas en cuenta por el Estado, tanto de parámetro interpretativo y de aplicación de justicia, como de criterio en la elaboración normativa sobre leyes relativas al trabajo, imponiéndole al Estado la obligación de cumplir con dichos convenios en procura de respetar y cumplir los principios del derecho internacional público, no obstante, en el marco de dichos convenios, la más reciente jurisprudencia Constitucional, señala como servicio público esencial, aquel cuya suspensión pone en riesgo la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, y para su consagración el contenido material de los servicios esenciales debe ceñirse a postulados de orden constitucional y convencional a fin de garantizar el derecho de huelga, restringiéndolo de manera excepcional y no como regla general.

## **2.2 La Huelga en los Servicios Públicos Esenciales y en el Transporte Aéreo Según la Organización Internacional del Trabajo**

Verificado el contenido y alcance del derecho de huelga dentro de la Constitución y la jurisprudencia, pasamos ahora a precisar lo que dice el organismo internacional sobre este derecho en los servicios públicos esenciales y en particular y su incidencia en la legislación interna. Como se desprende de las normas del derecho internacional público y de las normas

internacionales del trabajo aprobadas y ratificadas por el Estado, el artículo 19 de la constitución de la OIT, indica que es a través de convenios y recomendaciones que ella se manifiesta, como se evidencia en la sentencia T-568 (C.C., 1999), los órganos de control de la OIT como el Comité de Libertad Sindical, también emiten recomendaciones que son vinculantes, puesto que de otro modo, ninguno de los derechos consagrados en los convenios internacionales del trabajo podrían exigirse a través del mecanismo de la queja o de las acciones consagradas en el ordenamiento interno, razón obvia para acatar las recomendaciones emitidas por todos sus órganos. Como ejemplo se tiene el caso del sindicato de las Empresas Varias Municipales de Medellín, en donde el Comité a través del Consejo de Administración solicitó al Gobierno Colombiano modificar el artículo 430 del CST que prohíbe la huelga en varios servicios que no ostentan el carácter de "esenciales", la Corte en dicha sentencia indica que:

Las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en éste y los casos que sean similares.(párr. 36).

En tal sentido, los Convenios 87 y 98 de la OIT relativos a la libertad sindical, al derecho de sindicalización y a la negociación colectiva, son relativos a derechos humanos en el ámbito laboral, que si bien no hacen referencia expresa al derecho de huelga, si lo hace la doctrina de la OIT, en el entendido de que la huelga es uno de los núcleos esenciales del derecho de libertad sindical y de que, no solo los convenios debidamente ratificados son vinculantes, sino también lo es el tratado constitutivo del mismo, lo que deviene en el deber de cumplimiento de las directrices y doctrina sentada por el organismo, concediendo un mayor rango de protección a los derechos laborales, en particular al derecho de libertad sindical y al derecho de huelga en él incorporado.

En consecuencia, la lucha contra la injusticia social y el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores hacen parte de las finalidades consagradas en el preámbulo constitutivo de la

OIT, y el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana, garantizan el derecho de huelga pero otorga la potestad de restringirlo en servicios públicos esenciales, por tanto, los mismos conceden un margen de limitación al derecho de huelga a la luz de los mismos.

Así mismo, según la recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (2006), el derecho de huelga puede limitarse o prohibirse: “1) en la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)” (p.124), sin embargo, aunque dicho documento no representa obligatoriedad alguna para Colombia, si constituyen parámetros doctrinarios que deben orientar la legislación y la jurisprudencia en el ordenamiento interno.

Ahora bien, la Comisión de Expertos en aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT (1994), considera que debe definirse de manera restrictiva la prohibición o limitación del derecho de huelga en los servicios públicos esenciales, entendiéndolos como aquéllos cuya interrupción podría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona, dado que desconfiguraría el derecho de huelga si la legislación nacional definiese esos servicios de forma demasiado extensa, “Además, un servicio no esencial en el sentido estricto del término puede convertirse en esencial si la huelga que repercute en el mismo dura más de un cierto período o adquiere tal dimensión que pueden correr peligro la salud, la seguridad o la vida de la población” (p. 606), es decir, no siempre el carácter esencial es a razón de la afectación inmediata sobre los bienes jurídicos protegidos.

De ahí que tanto el Comité de Libertad Sindical como la comisión de expertos (2006) han propuesto reducir la restricción de la huelga a cambio de una prestación mínima del servicio, lo que conlleva garantizar de manera parcial y paralela tanto el derecho de huelga de los trabajadores como la prestación de determinado servicio público “a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión” (p. 161), siendo el fin primordial la garantía de todos los derechos en colisión.



Así por ejemplo la Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical (2006), ha determinado como servicios públicos esenciales; el sector hospitalario; los servicios de electricidad; los servicios telefónicos; los servicios de bomberos; los servicios penitenciarios públicos o privados; el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares; y el control del tráfico aéreo.

Por el contrario, la misma organización, ha determinado que no constituyen servicios públicos esenciales el sentido estricto del término:

La radio-televisión; los sectores del petróleo; los puertos (carga y descarga); los bancos; los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos; los grandes almacenes y los parques de atracciones; la metalurgia y el conjunto del sector minero; los transportes, en general; los pilotos de líneas aéreas; la generación, transporte y distribución de combustibles; los servicios ferroviarios; los transportes metropolitanos; los servicios de correos; el servicio de recolección de basuras; las empresas frigoríficas; los servicios de hotelería; la construcción; la fabricación de automóviles; las actividades agrícolas, el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios; la Casa de la Moneda; la Agencia Gráfica del Estado y los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco; el sector de la educación; y tampoco las empresas de embotellamiento de agua mineral. (p. 252).

En ese sentido, el Comité de Libertad Sindical de la OIT desde el año 2006 mediante la recopilación de decisiones y principios del Consejo de Administración, acogió una serie de criterios para determinar la esencialidad de un servicio público que permita con ello restringir en cierta medida el derecho de huelga, el primero de ellos es “la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población” (p. 125), consiste este en un criterio material, es clara la OIT en el uso de los adjetivos (evidente e inminente) para recalcar que dicho peligro o amenaza debe irrumpir de forma manifiesta el estado armónico del goce de estos tres bienes jurídicos protegidos, mas no de forma distante o aparente.

El segundo criterio acogido por el Organismo tiene que ver con las condiciones propias de cada país siempre y cuando se respete el criterio anterior y no se entienda como una permisión absoluta, este es un criterio nacional que debe interpretarse como la posibilidad de que un servicio público no esencial puede convertirse en esencial en la medida en que la larga duración de la huelga ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas, pero no en la facultad de ampliar la restricción de la huelga a servicios que en estricto no son esenciales por no abarcar el primer criterio mencionado.

El último criterio y quizás el más relevante en la presente investigación consiste en la posibilidad de quedar desvirtuado el principio de prohibición de la huelga, cuando ésta se trate de declarar ilegal “en una o varias empresas que no prestaran un servicio esencial en el sentido estricto del término” (p. 126), es decir, en aquellas situaciones que mediante un proceso judicial se discuta sobre el contenido material del servicio público y si es o no un servicio público esencial. En el ámbito colombiano, bien puede la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral crear un precedente al respecto, pero sin dirimir de fondo la cuestión que se plantea, entre tanto, compete a la Corte Constitucional debatir ampliamente sobre el contenido material del servicio que nos atañe, el de transporte aéreo, con el fin de delimitar el derecho de huelga.

Ahora bien, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (2008) ha expresado que los trabajadores del transporte aéreo y aviación civil deberían poder realizar huelgas, sin embargo, antes de referirnos a la envergadura del servicio de transporte aéreo, es importante traer a colación la recomendación 2355 del Consejo de Administración de la OIT elaborada por el Comité de Libertad Sindical, en cuanto afirma que de conformidad con los parámetros generales y la doctrina sentada por el Organismo, la actividad de los petroleros no es propiamente un servicio público esencial siendo posible ejercer el derecho de huelga, sin embargo, dada la libertad legislativa de los Estados al respecto, y conforme a las circunstancias sociales y económicas de cada país, es posible imponer algunas restricciones a su ejercicio, en consecuencia recomienda someter a restricción la huelga pero mediante la prestación de un servicio mínimo que debe ser acordado entre las partes, no dejando de garantizar este derecho.

Como consecuencia de esto, en la sentencia C-796 (C.C., 2014), sobre el carácter esencial en las actividades de los petroleros, se produjo salvamento de voto de parte de los magistrados, en el

cual manifiestan su acuerdo frente a la mayor protección y legitimidad constitucional del derecho de huelga y de la posibilidad de “acordarse mínimos de prestación con el fin de no afectar de forma desproporcionada a los usuarios”, sin embargo, distan de la exequibilidad del mismo, pues a su criterio debió declararse inexecutable por los motivos expuestos en la *ratio decidendi*, es decir, no se puede contradecir la Corte en ratificar el carácter vinculante de las recomendaciones de la OIT y en darle la razón frente al carácter no esencial del servicio, y al mismo tiempo restringir de manera absoluta el derecho de huelga. Resta además mencionar que, de acuerdo a esta sentencia, es un deber del Legislador restringir de la menor manera posible el derecho de huelga, respetando los criterios adoptados tanto por la jurisprudencia constitucional, como el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo pues el derecho de huelga lleva implícita la libertad y la participación democrática y su regulación debe inspirarse en los derechos humanos laborales.

Llama la atención la interpretación de que el servicio de control del tráfico aéreo sea considerado un servicio público esencial mas no la actividad que prestan los pilotos o transportadores aéreos, pues según la OIT la primer actividad “pueden ser tan peligrosa como una huelga tradicional para la vida, la seguridad personal o la salud de la totalidad o parte de la población” (p.126), evidentemente para la OIT, la suspensión de los controladores aéreos implica la parálisis total del transporte aéreo, sin importar la aerolínea que hagan uso del aeropuerto o plataforma diseñada para el tránsito o aterrizaje de aeronaves, no obstante la huelga para dichos trabajadores está claramente prohibida por cuanto implica una interrupción grave del servicio y la puesta el peligro de la vida, la seguridad o la salud de parte de la población.

Esto debido a que los controladores aéreos son responsables de la movilización, el tránsito y aterrizaje de las aeronaves que sobrevuelan por determinado espacio geográfico, su interrupción lógicamente pone en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, dado que ellos son los encargados de direccionar el tráfico aéreo, visto así, el fin teleológico perseguido por la OIT al prohibir la huelga en los contralores aéreos, se relaciona estrictamente con la protección inmediata de tales derechos y no necesariamente con la conexidad con otros derechos fundamentales, es decir, no aplican los criterios específicos señalados por la jurisprudencia para fundamentar la prohibición dela huelga en el transporte aéreo.

En cambio, en el mismo documento la OIT afirma que el transporte en general, así como los pilotos de líneas aéreas no constituyen servicios públicos esenciales en estricto sentido, y no lo es así por cuanto no pone en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, y señala que “El transporte de pasajeros y mercancías no es un servicio esencial en el sentido estricto del término; no obstante, se trata de un servicio público de importancia trascendental en el país y, en caso de huelga, puede justificarse la imposición de un servicio mínimo” (p.134), de tal forma que no siendo posible prohibir en su totalidad la huelga, se pueda exigir una prestación que garantice la movilización de personas o cosas y con ello la satisfacción de las necesidades esenciales.

Si a la par de lo anterior, quisiera justificarse la restricción de la huelga en el transporte aéreo por sus repercusiones en la economía, en casos reseñados por la OIT que son citados en el documento de libertad sindical de la OIT (diferentes a los referidos sobre el transporte aéreo o a la actividad de pilotos, pues su criterio es el arriba indicado), el organismo señala que cuando la suspensión del trabajo dentro de un sector importante de la economía pueda provocar una situación que ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de la población, puede ser legítimo impartir a determinada categoría del personal la orden de reanudar el trabajo, no obstante, hacer la misma exigencia en casos que se aparten de dicho criterio es contrario a los principios de la libertad sindical. En síntesis, la orden de reanudar labores está destinada a solo a una parte de los huelguistas, y dicha potestad solo esta encabeza de empleadores que hagan parte de actividades cuya suspensión afecte un sector importante de la económica.

En consideración a ello, resulta relevante comprobar si la interrupción en la prestación del servicio de transporte aéreo pone en peligro alguna de las tres variables propuestas por el organismo internacional y concomitante desvirtuar los argumentos que invoca el Legislador para restringir el derecho de huelga: En primer lugar cuando la interrupción del servicio pone en peligro la vida, a simple vista la ausencia del transporte aéreo no pone en peligro la vida, sin embargo plantéese la posibilidad de que el transporte sea necesario para conservar la existencia de la vida o impedir la muerte, tal sería el caso del transporte de víveres, insumos médicos, agua o cualquier u otro elemento indispensable para la vida de toda o parte de la población, ahora bien aún bajo estos supuesto no es nugatoria en su totalidad el transporte, bien porque existen otros medios de transporte que hacen posible la movilización de personas, víveres, insumos u otros

elementos, verbigracia, vía marítima o terrestre, o también porque al no haber un monopolio en la prestación de servicio de transporte aéreo, es posible acudir a otras aerolíneas que prestan con normalidad el servicio.

En segundo lugar cuando pone en peligro la seguridad: en tratándose de temas de seguridad, corresponde principalmente al Estado brindar seguridad a la población, razón por la cual la suspensión en la prestación del servicio de transporte de una aerolínea privada no pone en riesgo la seguridad de la población, es el Estado a través de sus instituciones que garantiza la seguridad de los ciudadanos, ya sea a través de las fuerzas armadas o de policía, o demás intervinientes en el transporte de armas o elementos indispensables para garantizar la seguridad, en tal sentido no es cierto afirmar que la suspensión de este servicio pone en peligro la seguridad de la población.

Finalmente, cuando pone en peligro la salud de la persona en toda o parte de la población: los argumentos esgrimidos en el primer punto son equiparables a las situaciones que hipotéticamente puede poner en peligro la salud, agrégueseles a estas, aquellas circunstancias en que una persona requiera desplazarse a otro sitio por atención médica de urgencias, tratamientos o demás, sería la misma solución propuesta: tomar otro medio de transporte o recurrir a otra aerolínea en la que se pueda movilizar. Cosa diferente sucede cuando la huelga se celebra propiamente en un servicio indispensable para mantener la vida o la salud, es el caso de los servicios de urgencia o de similar naturaleza médica, inclusive por paro en la administración de justicia haciendo imposible resolver tutelas relacionadas con temas de salud o que pongan en riesgo la vida.

Del mismo modo, aunque no forma parte de la caracterización de los servicios públicos esenciales dado por la OIT o la jurisprudencia nacional, si deben tenerse en consideración otros ítems que permitan dilucidar el contenido material de la esencialidad de un servicio público, y consiste en aquellas situaciones que aproximan de manera más certera un servicio a un derecho en cabeza de los ciudadanos, verbigracia, la posibilidad económica y material de disfrutar de determinado servicio, pues si bien el transporte aéreo está a disposición de todos los usuarios, no todos pueden hacer uso de éste o tener derecho a él dado los costos que ello acarrea y las barreras económicas existentes, así como la inexistencia de mecanismos de protección constitucional para garantizar a la población el fácil y obligatorio acceso a este servicio público.

Mientras que para la Comisión de Expertos de la OIT (como se cita en la sentencia C-796 C.C., 2014), debe tenerse de presente la situación económica o social de cada país para determinar con mayor precisión los servicios públicos esenciales, sin que estos puedan apartarse drásticamente de la doctrina sentada por la OIT, para el caso Colombiano conforme se expondrá en el siguiente apartado, luego de consultar las condiciones del mercado, el auge y las múltiples ofertas de aerolíneas que presten el servicio de transporte aéreo tanto de personas y cosas en todo el territorio nacional, se desprende la posibilidad de permitir la huelga así sea de manera limitada, sin que necesariamente se desetiquete el carácter esencial del servicio, aun cuando bien es posible hacerlo.

En conclusión, según doctrina de los órganos de control de la OIT, de las razones para prohibir la huelga, se tiene que se trate de servicios públicos esenciales en el sentido estricto del término, entendido esencial como aquéllas actividades cuya interrupción genere una amenaza o peligro evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de la persona, por consiguiente, de acuerdo a la doctrina colectada por la OIT en uno de sus documentos, la actividad que prestan los controladores aéreos si constituye un servicio público esencial mientras que el servicio que prestan los pilotos aéreos no lo es, sin embargo, para limitar la huelga en servicios públicos pueden tenerse de presente tres criterios adicionales: 1) la condiciones propias de cada país, 2) la larga prolongación en la suspensión de dichas actividades no esenciales cuando afecten gravemente los derechos de los titulares del mismo, y 3) en aquellos casos en los que queda desvirtuado el principio de prohibición en servicios no estrictamente esenciales dentro de un proceso judicial de declaratoria de ilegalidad, por tanto, en ciertos casos excepcionales es posible imponer algunas restricciones al ejercicio de la huelga mediante la prestación de un servicio mínimo como se propondrá en el capítulo siguiente.

### **2.3 La Huelga en el Transporte Aéreo: Legislación Nacional y Derecho Comparado**

Antes que nada es importante mencionar como antecedente jurisprudencial dos sentencias, una de ellas proferida por la Corte Constitucional que data de 1995 y una más reciente proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral del año 2017 que servirá como estudio de caso; la primera de ellas es la sentencia C-450 (C.C., 1995), que trata de la demanda de inconstitucionalidad contra el literal b del artículo 430 del CST, en donde se estimó que “las

actividades de las empresas de transporte por tierra, mar y aire, constituyen servicios públicos esenciales, por cuanto están destinadas a asegurar la libertad de circulación (art. 24 C.P.), o pueden constituir medios necesarios para el ejercicio o la protección de otros derechos fundamentales (vida, salud, educación, trabajo, etc.)”, en este punto cabe recordar cómo se anotó en acápites anteriores, que esta sentencia no incluyó un análisis a la luz de los convenios de la OIT y otros convenios en su conjunto, y considerando la transformación de las condiciones socio económicas y de la expedición de la Ley 336 de 1996, por lo que resulta necesario hacer un nuevo análisis constitucional a partir de estas circunstancias fácticas y jurídicas que permitan determinar con mayor precisión si se prohíben o restringen el derecho de huelga para los trabajadores del transporte aéreo.

Así pues, en la citada sentencia la Corte no se pronunció respecto del contenido material del transporte aéreo como servicio público esencial, pues para entonces el Legislador lo consideraba un servicio público sin la característica de esencial, como sí ocurrió mediante Ley 336 de 1996, empero, la Corte sostuvo que “ello no obsta, para que el Legislador en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 56 de la Constitución y con base en la experiencia y la realidad nacionales pueda hacer una redefinición total o parcial de dichas actividades como servicios públicos esenciales”. En tal sentido quedó abierta la viabilidad para que la Corte revise nuevamente el literal el b del artículo 430 del CST subrogado por el D.E 753/56, en concordancia con los artículos 5 y 68 de la Ley 336 de 1996 normas que limitan el derecho de huelga en el servicio de transporte aéreo.

Y es que de acuerdo con el estatuto nacional de transporte Ley 336 de 1996

El carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado que la Ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente, en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios. (art. 5).

Adicionalmente, tenemos la sentencia SL20094 (C.S.J., 2017), dentro del proceso especial de calificación de cese colectivo de actividades promovido por Aerovías del Continente Americano S.A. (AVIANCA S.A.) contra la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC), que dejó algo más de 401 vuelos nacionales y 77 vuelos internacionales cancelados

del 20 al 24 de septiembre del año 2017, situaciones imprevistas para la prestación del servicio de los consumidores que sirvió de argumento al demandante dentro de dicho proceso para sustentar que el transporte aéreo es un servicio público esencial, además de fundamentarlo en la prestación del transporte de mujeres embarazadas, de población en situación de discapacidad, el suministro de víveres y productos perecederos a las ciudades de Leticia y San Andrés, así como en el traslado de insumos médicos, órganos humanos, tratamientos para quimioterapias, entre otros, “cuya interrupción pone en riesgo el ejercicio de varios derechos fundamentales y, especialmente, la movilidad, la salud y la vida de la población” (párr.. 80), argumentos que disienten de la doctrina sentada por los órganos de control de la OIT que desapruueba criterios genéricos y abstractos para la prohibición de la huelga, verbigracia, el respeto a los derechos fundamentales, la trascendencia económica de dicha actividad para el país, el interés general o la utilidad pública, dada la ambigüedad y el contenido indeterminado de los bienes que se pretenden proteger.

Por su parte, el artículo 68 de la Ley 336 de 1996 establece el transporte aéreo como un servicio público esencial, por lo que se cumple con ello el factor formal o de orden legal para determinar la esencialidad de un servicio público, sin embargo, con base en los criterios de la OIT y de la jurisprudencia constitucional y tal como lo menciona Dueñas en su salvamento de voto de esta última sentencia, falta el criterio material “consistente en que ese servicio real y efectivamente sea vital para la comunidad”, es decir, que se constate peligro para la vida, la salud o la seguridad de la población, por lo que “la esencialidad presupone que la afectación de estos derechos es directa, clara e inequívoca”, en tanto en la sentencia aludida se fundamenta la restricción de la huelga en el derecho a la movilidad y la locomoción que “sirve de canal principal para la garantía de otros derechos fundamentales como la salud, la seguridad y la vida”, (párr.. 43), por lo que bajo los argumentos dados por la Corte se evidencian criterios generales e indeterminados, que no gozan de una relación directa e inmediata con la cual se ponga en inminente peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, siendo este un criterio desacertado que se aparta a lo dicho por la OIT.

En contraste, suponer la afectación de derechos tales como la movilidad, la libre circulación, el trabajo, la educación, entre otros, justificaría restringir de manera absoluta la huelga derivando en una medida desproporcionada y poco ajustada a los principios, valores y



derechos del Estado Social de derecho, así como contraria a los convenios sobre derechos sociales que garantizan la libertad sindical y apartándose de los criterios de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

Pese a ello es importante revisar las variables en la prestación del servicio para justificar la restricción absoluta de la huelga en el transporte aéreo, entre ellas, las consecuencias para los consumidores derivados de la suspensión en la prestación en el ejercicio de sus derechos y el desarrollo de sus actividades, examinando si la huelga de los pilotos de determinada aerolínea impide de manera absoluta el disfrute del derecho a la libre circulación, considerando la existencia de otras aerolíneas que permiten la circulación de pasajeros, así como los factores de intervención y control que ejerce el Estado sobre tal servicio, refiriéndome aquí al control sobre tarifas, precios, reinversión social, entre otros elementos asociados a la regulación de servicios públicos, verbigracia, la Ley 115 de 1994 reglamentada mediante Decreto 2253 de 1995 establece un régimen vigilado y controlado en las tarifas y calidad del servicio público de educación privada, o la Ley 142 de 1994 que establece un régimen tarifario a las empresas de servicios públicos, con lo cual se deduce la innegable intervención del Estado en los servicios públicos.

De hecho, la sentencia T-987 (C.C., 2012), indica que el transporte público aéreo es un servicio público esencial sujeto al mercado económico que se encuentra intervenido altamente por el Estado, entre otras razones porque hay autoridades facultadas para regular esta actividad, siendo la Aerocivil como autoridad aeronáutica a quien corresponde en este caso ejercer dicho control, que se erige entre otros, por los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC) en el que se configura por ejemplo; a su vez el código de comercio en los artículo 981 y siguientes, regula lo atinente al contrato de transporte refiriéndose a las obligaciones y elementos propios del derecho comercial, pues el estatuto del transporte (art. 4), remite a otras normas las condiciones de regulación del servicio.

En ese orden de ideas, es imperativo tener en consideración factores tales como: el monopolio en la prestación del servicio, pues como indica la Corte “es un hecho comprobado que en el país tienen permiso de operación 44 empresas en la modalidad de transporte aéreo regular de pasajeros, de las cuales 7 son nacionales y 37 extranjeras” (SL20094 C.S.J., 2017. párr. 4); la intervención del Estado en el mismo, e inclusive en la posibilidad acceso de la

población a dicho servicio, pues tal como reza la sentencia T-535 (C.C., 2002) (como se cita en la T-987 C.C., 2012) el servicio de transporte debe ser accesible para todas las personas, por lo que estos parámetros se ponen de presente como criterios con los cuales se podría determinar la esencialidad o no del transporte aéreo.

Retomando el primer punto en mención y bajo la óptica del salvamento de voto de la sentencia de la Corte Suprema, basta revisar las ofertas del transporte aéreo para evidenciar la multiplicidad de ofertas, incluyendo a San Andrés y Leticia, lugares apartados que conforme al artículo 2 del Decreto Ley 2344 de 1971, reformado mediante Decreto 2180 de 1984, corresponde a la empresa oficial Servicio Aéreo a Territorios Nacionales "SATENA" la prestación del “servicio de transporte aéreo de carga, pasajeros y correo, en las regiones menos desarrolladas del país”, por lo que su vínculo inescindible con el ejercicio de derechos fundamentales no sirve de argumento para considerar esencial el transporte aéreo resultando endeble e incongruente a la luz de las realidades del servicio.

Después de todo, según la sentencia en mención el Estado intervine como mínimo de dos formas, una en el ámbito de la seguridad por ostentar el transporte el carácter de actividad peligrosa, y dos, en el control del mercado de prestación del transporte con el fin de satisfacer los derechos de los usuarios y el acceso equitativo a los ciudadanos, razón suficiente para entrar a debatir al esencialidad del transporte aéreo en el contexto colombiano, donde si bien hay competencia entre las aerolíneas que se rigen por la oferta y la demanda, se han presentado algunos casos donde hay un incremento excesivo de las tarifas, por ejemplo, durante la huelga de los pilotos de la ACDAC, tal como se evidencia en el artículo de la revista dinero que se cita al final de este trabajo, que impide a sectores marginados de la sociedad acceder a este servicio, sin que exista un control por parte de las autoridades al respecto, dándose prioridad a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa sobre los derechos de los usuarios y de los asociados.

Se sigue que el derecho de los usuarios no puede tampoco socavar el derecho de huelga y con ello las libertades sindicales, toda vez que la huelga se configura como el medio de presión para que el empresario acceda a las reclamaciones de los trabajadores, pues la interrupción del servicio persigue claramente (SL20094-2017): llamar la atención a la opinión pública y visibilizar problemas sociales y laborales en la empresa, y provocar una presión de los usuarios

hacia el empleador para que resuelva la negociación colectiva y con ello se restablezca la normalidad en la prestación del servicio, medidas necesarias para que la huelga tenga los efectos esperados y se garantice con efectividad este derecho.

Finalmente, hay que recordar los intentos legislativos de regular el derecho de huelga para restringirlo únicamente en servicios materialmente considerados como servicios públicos esenciales en el estricto sentido del término, un breve recorrido legislativo que se obtuvo mediante derecho de petición al Congreso de la República como parte de la metodología empleada en la presente investigación. A su turno, se trata del proyecto de Ley N° 059 de 2008, por el cual se reglamenta el artículo 56 de la Constitución Política y se define el concepto de “servicios públicos esenciales”, entre la exposición de motivos el autor del proyecto consideraba que debían ponerse en armonía los conceptos de huelga y servicios públicos del Código Sustantivo del Trabajo de 1956, en contraposición a la constitución de 1991, así como “actualizar los pronunciamientos de los magistrados en aras de lograr una concreción normativa basada en las distintas interpretaciones de la Corte Constitucional” (p.1) y garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado ante la OIT.

Este proyecto de Ley elevaba a rango legal la definición dada por la Organización Internacional del trabajo, al definir los servicios públicos esenciales como aquellos que “podrían poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona, en toda o parte de la población.” (p.2), y enumerando taxativamente las actividades que se ajustan a esta definición siendo idéntica a lo precisado por los órganos de control de la OIT: a. La prestación de servicios de salud en el sector de hospitalización, cirugía y urgencias; b. Los servicios de abastecimiento de agua; c. El servicio telefónico; d. Los servicios de electricidad; y e. El control de tráfico aéreo, modificando entre otros, el artículo 430 del C.S. del T., evidenciando que se elimina la prohibición de la huelga en el transporte aéreo e incluyendo únicamente a los controladores aéreos tal como lo dictamina la doctrina de la OIT, enfatizando que cuando el derecho de huelga ha sido suprimido o limitado, los trabajadores deben gozar de una protección que le compensen las restricciones impuestas, todo esto determina que actualmente su existe una restricción desproporcionada de la huelga en algunos servicios públicos, incluyendo al transporté aéreo

Del mismo modo, cursó en el Congreso de la República el proyecto de Ley N° 158 de 2017, por medio el cual se pretendía regular el derecho de huelga, y en el cual su articulado

ofrecía una propuesta más vaga y ambigua frente a la prohibición de la huelga en servicios públicos esenciales, pues textualmente se lee: “Se garantiza el derecho constitucional a la huelga en todos los servicios y actividades, salvo en los cuales, con su interrupción, se pongan en peligro la vida, la seguridad o la salud de los ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto por la OIT en sus informes y recomendaciones.” (Art.2), como se lee, el texto no ofrece una identificación clara de las actividades materialmente consideradas como servicios públicos esenciales como si lo hace el proyecto de Ley anterior, sino que remite a lo determinado por la OIT dejando al arbitrio de las partes y de los jueces la interpretación que de ello pueda hacerse; adicionalmente el proyecto incorporaba la participación de la Subcomisión de la Comisión de Concertación de Políticas Salariales y Laborales con el fin de crear mecanismos de auto composición para la solución del conflicto laboral. es de anotar que este proyecto no surtió los debates necesarios para ser Ley en las respectivas Cámaras.

Finalmente se tiene el actual proyecto de Ley N° 010 de 2018 “Por medio del cual se modifica el Código Sustantivo del Trabajo, con el fin de armonizar el derecho de huelga con los Convenios sobre Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo”, un importante intento legislativo de garantizar de la manera más amplia posible el derecho de huelga, en tanto permite el derecho de huelga en todos los servicios incluida la huelga parcial en los servicios públicos esenciales, siempre y cuando se garantice la prestación de servicios mínimos y no se ponga en riesgo la vida, seguridad, salud de la persona, en toda o parte de la población, destacando la prohibición de la huelga total en los servicios públicos esenciales en sentido estricto del término, adicionalmente establece diversas modalidades de ejercer la huelga, en las que se encuentran los brazos caídos y la ocupación de la empresa.

En contraste con lo anterior, en el derecho comparado se evidencia una garantía más amplia del derecho de huelga según se cita en la sentencia C-122 (C.C., 2012), sin embargo, antes de desarrollar la legislación de algunos países sobre el derecho de huelga, es pertinente traer a colación las huelgas llevadas a cabo por los pilotos de la aerolínea Ryanair durante varios periodos de tiempo del año 2018, que afectó a diferentes países del continente europeo, entre ellos, Alemania, Bélgica, Holanda, España y Suecia, un ejemplo que evidencia la posibilidad de huelga en el transporte aéreo en países europeos, claramente limitada a realizarse por fragmentos de tiempo, en horas o días, con el fin de garantizar servicios mínimos impuestos por el gobierno,

tal como lo refirió el medio de comunicación El Pías de España, de lo que resulta en una medida practica que logra el fin principal de la huelga, cual es presionar al empleador para llegar a un acuerdo colectivo con los trabajadores y a su vez permite la movilidad y el ejercicio de los derechos de los usuarios.

Ahora bien, en España, el derecho a la huelga se consagra en el artículo 28.2 de la Constitución, precisando que la ley “establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”, lo cual se regula de acuerdo a lo previsto en el Real Decreto Ley 17 de 1977, un completo compendio sobre reglas que regulan el contenido sustancial y procedimental de la huelga, entre lo cual se destaca que ejercer la huelga en servicios públicos esenciales no es una casual de declaratoria de ilegalidad conforme al artículo 11 de esta normatividad, e incluso el artículo 10 señala que en caso de huelga en servicios públicos o “de reconocida e inaplazable necesidad” la autoridad puede intervenir o acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los mismos.

Por su parte, el Tribunal constitucional Español en sentencia del 17 de julio de 1981, considera servicios públicos esenciales “aquellos que pretenden satisfacer derechos e intereses, y por tales debe entenderse los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos”, (párr. 24), a contrario sensu, la sentencia del 15 de marzo de 1990, aún vigente, (citado por Goerlich), señala que “cuando el servicio prestado por las empresas afectadas por la huelga pueda ser obtenido alternativamente por los usuarios, no ha lugar a considerar la existencia de servicio esencial” (párr.. 37), es decir, la esencialidad del servicio se somete incluso a las condiciones sociales o económicas, verbigracia, la existencia de otras empresas que presten ese servicio, lo que facilita el acceso de quienes se ven afectados por la huelga y que desestima la esencialidad del mismo, antes bien, el miso Tribunal reitera que debe buscarse "un razonable equilibrio entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los sacrificios soportados por los usuarios del servicio" (como se cita en la sentencia C-473, C.C, 1994).

Sin embargo, en España numerosas actividades son consideradas servicios públicos esenciales, tales como, la radio y la televisión mediante Ley 17 de 2006, la producción, transporte y distribución de hidrocarburos mediante Ley 34 de 1998, entre otros. Por su parte, el transporte aéreo también es un servicio público esencial conforme al Real Decreto 1673 de 2010

y la sentencia 51 de 1986, la cual otorga la facultad a la autoridad gubernativa de determinar tanto los servicios públicos esenciales como la intensidad en que deben surtirse mediante la prestación de servicios mínimos a fin de salvaguardar los intereses esenciales de la comunidad, de lo que se deduce que si bien no de manera absoluta, se garantiza el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales en especial en el transpiro aéreo, ejemplo de ello es la Resolución del Ministerio de Fomento de España del 29 de septiembre de 2017, por la que se determinan los servicios mínimos de los servicios públicos esenciales aeroportuarios y de control y tránsito aéreo.

En el caso de Italia, el derecho de huelga está consagrado en su Constitución Política y lo que hace es remitir a las leyes que regulen la materia, esto es, a la ley 146 de 1990, reformada por la ley 83 de 2000, que regula el ejercicio del derecho a la huelga en los servicios públicos esenciales, como menciona Mastinu (2003), regula ciertas condiciones para su convocatoria y propone distintas medidas conciliatorias y de negociación para evitar la realización de la huelga, entre tanto, como lo menciona la sentencia C-473 (C.C., 1994), predominado el principio de la autodisciplina sindical a través de los códigos de autorreglamentación sindical, sin embargo, en caso de huelga se garantiza una prestación mínima del servicio que se pacta de manera concertada, siendo el sector transporte donde existe la regulación más completa e innovadora.

Por su parte en Francia, la huelga está consagrada en el preámbulo de la Constitución y en el artículo L2511-1 y siguientes del Código del Trabajo, en los servicios públicos se desarrolla a través de la ley del 31 de julio de 1963 que garantiza el derecho de huelga en los servicios públicos, imponiendo escasas restricciones, no existiendo referencia expresa sobre el concepto de esencialidad, sin embargo, el código de trabajo establece procedimientos de conciliación pactados mediante el convenio colectivo, el acuerdo posterior o mediante la Comisión Nacional, imponiendo la obligación de garantizar ciertos servicios mínimos, pues según el Consejo Constitucional corresponde al legislador, bajo el control del juez constitucional, “conciliar el derecho de huelga con la continuidad del servicio público, puesto que ambos son principios constitucionales de igual valor” (sentencia C-473 C.C., 1994. párr. 15), de lo que sobresale el valor de la huelga como derecho y principio constitucional y su semejanza con los servicios prestados a la comunidad en la que debe prevalecer la mutua armonía.

A su vez Inglaterra, según Marzal (como se cita en la sentencia C-122, C.C., 2012) la huelga está regulada en la Trade Union and Labour Relations (Consolidation) sujeta de varias modificaciones, en las que la huelga se prohíbe de manera excepcional en “militares, la policía, el personal de prisiones y algunas profesiones como los carteros, los marinos en alta mar y los trabajadores de las telecomunicaciones”, lo que permite inferir que no existe una definición de servicios esenciales, como tampoco un criterio que permita restringir la huelga a actividades no contempladas en este tratado, por lo que se evidencia una verdadera garantía al derecho de huelga.

Por su parte Alemania, tiene una regulación más flexible y consecuente con el derecho de huelga, pues no refiere el concepto de servicio público esencial, sino que se reduce a los servicios de urgencia (Notdienste) y a los trabajos de servicios de urgencia (Notdienstarbeiten), consagrado según sentencia citada, en el párrafo tercero del artículo 9 de la Ley Fundamental tutela la libertad de asociación “sin referirse específicamente a la huelga aunque la misma ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional Alemán como un desarrollo de la misma en la sentencia BVerfGE 84, 212.”, (sentencia C-122, C.C., 2012. Párr.. 23), lo cual comprende de manera exclusiva los asuntos relacionados al área de la salud, empero, se han realizado huelgas en el transporte aéreo conforme reportes de medios de comunicación<sup>2</sup> que afirman que en el mes de agosto de 2011 el sindicato de controladores aéreos alemanes (Gdf) realizó la primera gran huelga de ese sector en el país luego de haber sido aprobada por la Magistratura de Trabajo de Alemania, no obstante la huelga es permitida en intervalos de tiempo, de lo que deduce una gran diferencia con la legislación Colombia e incluso con lo determinado por la OIT, pues para esta última los controladores aéreos si cumplen un servicio públicos esencial, mas no los pilotos aéreos, como ya se refirió.

Ya en el continente americano, se tiene que “En los Estados Unidos el derecho a la huelga está protegido en el artículo 164 del National Labor Relations Act y ha sido objeto de algunas restricciones en actividades como el transporte en la Railway Labor Act.” (Sentencia C-122, C.C., 2012. párr. 38), una ley federal que regula las relaciones laborales en las industrias ferroviarias y aéreas, con la cual se busca prevenir la huelga por la negociación, el arbitraje y la mediación a través de juntas de intervención para resolver los conflictos laborales, sin embargo,

no existe mayor normatividad de la huelga en servicios públicos bien sea de tipo permisivo o restrictivo.

Finalmente en Argentina, el tema de la huelga en servicios públicos esenciales esta regulada por el artículo 24 de la Ley 25.877, el cual consagra el derecho de huelga mediante la garantía de la prestación de servicios mínimos que eviten su interrupción total, refiriendo como servicios públicos esenciales servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo, añadiendo además aquellos “  
b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo, los cuales eran determinados o calificados por la comisión de garantías, dice además la normatividad otros servicios allí contemplados pueden ser considerados como servicios esenciales cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, o cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, criterios que se ciñen a lo determinado por la Organización internacional del Trabajo.

Por otra parte, de acuerdo a reciente concepto de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, la oficina, recopilo una serie de pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, reconociendo en primer lugar que el derecho de huelga no es un derecho absoluto, y que entre las causales válidas para restringirlo es que se trate de servicios esenciales en el estricto sentido del término, en este caso, debe dotarse de garantías compensatorias que equilibre la limitación del derecho de huelga impuesta, es de acotar la definición precisa del termino esencial a que hace referencia la Oficina, anota ésta que debe interpretarse en el sentido estricto del término, reiterando lo señalado en el trabajo principal de la monografía de grado, entendiendo esencial como aquellas actividades cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.

Cita nuevamente la OIT, los pronunciamientos que sobre servicios públicos esenciales, en particular sobre los transportes aéreos, ha emitido el Comité de Libertad Sindical, en los cuales se considera como servicio esencial el control de tráfico aéreo, (recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, quinta edición de 2006, párrafo 585, recopilación de



1996, párrafo 544 y 3217° informe, caso núm. 2127, párrafo 191), a contrario sensu, no constituye servicio esencial en el sentido estricto del término los transportes en general (recopilación op. cit. párrafo 588, recopilación de 1996, párrafo 545; 302° informe, casi núm. 1849; párrafo 203, caso núm., 1695, párrafo 248: 303. ° informe, casos núms. 1810 y 1830, párrafo 62; 316. ° informe, caso núm. 1989, párrafo 191; 319. ° informe, caso núms, 197, párrafo 56); ni los pilotos de líneas aéreas (recopilación op. Cit. Párrafo 588 y 329. ° informe, caso núm. 21954, párrafo 737.).

En ese contexto, diferencia entre los servicios relativos al transporte considerados como esenciales y los que no, siendo el control de tráfico aéreo parte del primero, y el transporte aéreo y los pilotos de líneas aéreas parte del segundo, empero, pueden imponerse algunas restricciones a los servicios del transporte dado el contexto específico de cada país, verbigracia, la imposición de un servicio mínimo. En efecto, se trata de diferenciar entre, uno, los servicios que en el estricto termino son esenciales, dos, aquellos donde la prolongación más allá de cierto tiempo de acuerdo a la circunstancias especiales de cada país desencadena en que se convierta en un servicio esencial, y tres, en el caso del transporte aéreo y los pilotos, si bien no son servicios esenciales, de acuerdo al contexto propio de cada país puede imponerse alguna restricción, en este último caso, la restricción debe ser compensada con garantías a los trabajadores sindicalizados.

Adicionalmente, señala que el transporte de pasajeros no es un servicio esencial, pero se trata de un servicio público de importancia trascendente en el país, (recopilación op. Cit., párrafo 621, recopilación de 1966, párrafo 566; 320. °, informe, caso núm. 2044, párrafo, párrafo 453; 324, ° informe, caso núm. 2078, párrafo 616: 325. ° informe, casi núm. 2018, párrafo 88 y 330. ° informe, caso núm. 2212, párrafo 749.), frente a los servicios trascendentales es un tema que también se desarrolló en el trabajo de grado, por lo cual lo que se hace es citar y sintetizar nuevamente los pronunciamientos de la OIT.

Ahora bien, la descripción pormenorizada de los servicios esenciales en relación con el derecho de huelga, no puede desconocerse a luz de los convenios 87 y 98 suscritos por Colombia con la organización, deben tenerse como criterios interpretativos y como parámetros para adaptar la legislación interna a los mismos, en procura de cumplirlos y de estar a la par de la

normatividad de otros países, tal como se evidenció en el tercer acápite del segundo capítulo del trabajo de grado sobre derecho comparado.

Finalmente, caso de importante relevancia reviste el caso núm. 2841, párrafo 1041 (Francia), en su 362. ° informe, en el que se subraya que “en el sector aeroportuario, solo el tráfico aéreo puede considerarse como un servicio esencial que justifique una restricción del derecho de huelga [...], de esta manera el transporte en sí mismo no podría considerarse como servicio esencial en el sentido estricto del término”, (p. 7), al tiempo señala que al ser un sector de muy alta importancia del país se puede justificar la imposición de un servicio mínimo.

Caso igual es núm. 2723 (Fiji), párrafo 842 del mismo informe, donde el Comité considera que la aviación civil no constituye un servicio esencial en el estricto sentido del término; y el caso núm. 2519 (Sri Lanka), párrafo 1144 en su 348. ° informe, en el que pide al Gobierno tome las medidas necesarias para revisar y modificar la lista de servicios esenciales que contempla el Decreto de ese país; igual medida adoptó en su 336. ° informe, caso núm. 2340 (Nepal), párrafo 654, solicitando la modificación de la ley sobre servicios esenciales que prohibía la huelga en los servicios de transporte vial, aéreo y marítimo.

En el caso núm. 1788 (Rumania), párrafo 358 en el 297. ° informe, el Comité precisa que las empresas de transportes en sus diferentes modalidades, si bien causa molestias y “puede conducir a la perturbación de la vida normal de la comunidad” (p. 8), no es posible admitir que su suspensión produzca una crisis nacional aguda, por tanto limitar el derecho de huelga en defensa de los intereses profesionales y económicos, lo cual se profundiza en el trabajo de grado cuando se analizaron pormenorizadamente los criterios impuestos por la jurisprudencia y por la OIT sobre los criterios válidos para restringir el derecho de huelga, y que para el caso colombiano se sale de la línea que traza dichos parámetros. Situación igual sucede con los casos números 1775 (Belice) informe 295, caso 1755 (Turquía), caso 1431 (Indonesia), y caso 1384 (Grecia) informe 251.

En conclusión, lo anterior sirve como aporte para evidenciar una vez más, la discordancia entre los criterios adoptados por la OIT sobre servicios esenciales y el derecho de huelga, en particular en el transporte aéreo, con la legislación interna, y señalar una posible vulneración al derecho de huelga de estos trabajadores en Colombia, dado que la legislación nacional ni siquiera

contempla la imposición de un servicio mínimo, ni tampoco medidas compensatorias al derecho de huelga que se ve cercenado.

En conclusión, varios han sido los intentos legislativos en Colombia de moderar la posición actual de prohibición total de la huelga en servicios públicos esenciales, lo cual evidencian un latente atropello al derecho de huelga al aplicarse la prohibición de la huelga en un conjunto de actividades que materialmente no son servicios públicos esenciales, entre ellas, el transporte aéreo pues su contenido material se aparta de los criterios sentados por los órganos de control de la OIT; mientras tanto, en el derecho comparado se reconoce la huelga como un derecho fundamental que puede ser limitado por la ley en casos excepcionales, principalmente para la protección de intereses o bienes constitucionales necesarios para la protección de la vida, la salud o la seguridad principalmente, sin embargo, esta limitación no es absoluta, pues en la mayoría de los casos, se proponen distintos métodos y fases de conciliación mediación, y se concede la huelga mediante la prestación de servicios mínimos inclusive en el transporte aéreo, con lo cual se observa una gran distinción frente a la legislación nacional, la cual no propone ni métodos conciliatorios durante la negociación o previo a la declaratoria de huelga, como tampoco contempla la posibilidad de prestación de servicios mínimos.

### **3. Capítulo III. Conclusiones y Recomendaciones Finales**

#### **Introducción**

La revisión del estado del arte fungió como el primer paso para conocer los antecedentes académicos más relevantes sobre el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales, en especial en el transporte aéreo, permitiendo establecer el punto de partida para el desarrollo de los objetivos propuestos; en ese sentido, resulta relevante rescatar el papel derecho de huelga dentro de un contexto axiológico propio del Estado social de derecho, y sobre el cual se deriva una serie de problemáticas jurídicas que requirió de un análisis ponderativo de valores y principios constitucionales, que colisionan con el ejercicio del derecho de huelga.

Es a partir de allí, que se lleva a cabo una revisión formal y material de los servicios públicos como uno de los fines del Estado social de derecho, los que según el marco legal y constitucional, pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado, no siendo otro el propósito que la satisfacción de los derechos de los asociados, no obstante, estos pueden ser interrumpidos por el ejercicio de otro derecho fundamental de igual o mayor valor, como lo es el derecho de huelga inmerso en la libertad sindical, la cual, según la doctrina especializada, debe garantizarse en su integridad tanto en razón del Estado social de derecho como parámetro de cumplimiento de los convenios sobre derechos sociales y fundamentales y de la Organización Internacional del Trabajo.

Ahora bien, se encuentra que según la legislación nacional y la OIT, el derecho de huelga puede someterse a restricciones que han de ser proporcionales, empero, se dilucida una discordancia de la caracterización, contenido y alcance de los servicios públicos esenciales, entre la legislación nacional y los criterios propuestos por la Organización internacional del Trabajo, principalmente respecto del servicio de transporte aéreo, en tanto que el contenido de esencialidad se funda sobre la directa e inmediata protección a la vida, la seguridad y la salud de toda o parte de la población, pese a ello, a partir del derecho comparado, se propone unas recomendaciones tendientes a garantizar el derecho de huelga, limitándolo en el menor grado posible, permitiendo el goce armónico con otros derechos fundamentales.

### 3.1 Conclusiones

En primer lugar, se tiene que, uno de los fines del Estado Social de Derecho consiste en la prestación de servicios públicos a la comunidad y la protección y garantía de los derechos constitucionales, por ende, de acuerdo a la legislación nacional el transporte aéreo se configura como un servicio público que bien pueden ser prestados directamente por el Estado o a través de terceros, y en cualquier caso se requiere la regulación e intervención del Estado. Visto esto, los movimientos laborales fueron los grandes causantes del naciente Estado Social de Derecho, y uno de los derechos que adquiere mayor relevancia es el derecho de libertad sindical y el derecho de huelga como núcleo esencial del primero, no obstante, su ejercicio, puede verse condicionado por criterios de orden constitucionalidad y convencional que deben ser armónicos y acordes a los principios del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, la huelga constituye un derecho constitucional del que gozan los asociados sindicalizados, no es un derecho absoluto pues está sujeto a restricciones, no obstante esta consagrado en diversos instrumentos internacionales ratificados por Colombia, de modo que es un derecho inescindible a los derechos de asociación sindical y negociación colectiva propios de la libertad sindical como derecho reconocido en la declaración universal de los derechos humanos, por tanto, su restricción debe ser de manera excepcional asentada de manera exclusiva en el contenido material del servicio público esencial.

En efecto, el derecho de huelga se ve abocado en una pugna entre derechos, principios y valores constitucionales, en que lo que resulta necesario hacer un cuidadoso análisis bajo criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, a fin de determinar la posibilidad de restringir este derecho, esto por cuanto la sola ubicación y catalogación del derecho dentro del texto constitucional no le resta importancia o prevalencia al mismo, no obstante, luego de realizado un análisis doctrinal y jurisprudencial al respecto, se concluye la posibilidad de ejercer el derecho de huelga en el transporte aéreo y a su vez, garantizar los valores, principios y derechos constitucionales de terceras personas, de los usuarios y de los empleadores.

En consecuencia, el derecho de huelga se encuentra presente en diversos instrumentos internacionales, sobre el que recaen algunas limitaciones, de igual forma las Recomendaciones emitidas por los órganos de administración de la Organización Internacional del Trabajo deben

ser tenidas en cuenta por el Estado, tanto de parámetro interpretativo y de aplicación de justicia, como de criterio en la elaboración normativa sobre leyes relativas al trabajo, imponiéndole al Estado la obligación de cumplir con dichos convenios en procura de respetar y cumplir los principios del derecho internacional público, no obstante, en el marco de dichos convenios, la más reciente jurisprudencia Constitucional, señala como servicio público esencial, aquel cuya suspensión pone en riesgo la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, y para su consagración el contenido material de los servicios esenciales debe ceñirse a postulados de orden constitucional y convencional a fin de garantizar el derecho de huelga, restringiéndolo de manera excepcional y no como regla general.

Así pues, según doctrina de los órganos de control de la OIT, de las razones para prohibir la huelga, se tiene que se trate de servicios públicos esenciales en el sentido estricto del término, entendido esencial como aquéllas actividades cuya interrupción genere una amenaza o peligro evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de la persona, por consiguiente, de acuerdo a la doctrina colectada por la OIT en uno de sus documentos, la actividad que prestan los controladores aéreos si constituye un servicio público esencial mientras que el servicio que prestan los pilotos aéreos no lo es, sin embargo, para limitar la huelga en servicios públicos pueden tenerse de presente tres criterios adicionales: 1) la condiciones propias de cada país, 2) la larga prolongación en la suspensión de dichas actividades no esenciales cuando afecten gravemente los derechos de los titulares del mismo, y 3) en aquellos casos en los que queda desvirtuado el principio de prohibición en servicios no estrictamente esenciales dentro de un proceso judicial de declaratoria de ilegalidad, por tanto, en ciertos casos excepcionales es posible imponer algunas restricciones al ejercicio de la huelga mediante la prestación de un servicio mínimo.

Por su parte, los intentos legislativos en Colombia de moderar la posición actual de prohibición total de la huelga en servicios públicos esenciales y en la imprecisión de los que se consideran en el sentido estricto del término como tal, evidencian un latente atropello al derecho de huelga, al aplicarse la prohibición de la huelga en un conjunto de actividades que materialmente no son servicios públicos esenciales, entre ellas el transporte aéreo pues su contenido material se aparta de los criterios sentados por los órganos de control de la OIT en el entendido de que son servicios públicos esenciales aquellos cuya interrupción pone en peligro la

vida, la salud o la seguridad de toda o parte de la población, siendo este un criterio estricto y restrictivo, que no puede interpretarse de manera amplia y general esgrimiendo argumentos tales como, el respeto a los derechos y libertades fundamentales, la prosperidad económica, el interés general o la utilidad pública, por tanto resulta desproporcionado prohibir la huelga en el transporte aéreo.

Finalmente, se evidencia que en el derecho comparado se reconoce la huelga como un derecho fundamental que puede ser limitado por la ley en casos excepcionales, principalmente para la protección de intereses o bienes constitucionales necesarios para la protección de la vida, la salud o la seguridad principalmente, sin embargo, esta limitación no es absoluta, pues en la mayoría de los casos, se proponen distintos métodos y fases de conciliación mediación, y se concede la huelga mediante la prestación de servicios mínimos inclusive en el transporte aéreo, con lo cual se observa una gran distinción frente a la legislación nacional, la cual no propone ni métodos conciliatorios durante la negociación o previo a la declaratoria de huelga, como tampoco contempla la posibilidad de prestación de servicios mínimos.

### **3.2 Recomendaciones**

En primer lugar, se recomienda como primera medida, la invención de protocolos de negociación y concertación que faciliten el dialogo de mera eficaz y dinámica, en tanto se permita la participación de un tercero neutral dentro de la misma fase de negociación colectiva, que permita mediar e inclusive proponer fórmulas que se ajusten en la mayor medida posible a los intereses de ambas partes, y que impida la decisión de huelga por parte de los trabajadores, esto mediante la mediación y la advertencia de las posibles consecuencia para ambas partes en conflicto, lo cual también permite considerar la ampliación de la fase de negociación y la prohibición de votar a huelga mientras se cumple este termino de negociación con la intervención de un tercero que puede quedar establecido desde la convención colectiva que antecede.

Adicionalmente y como recomendación más importante, se propone llevar a cabo una reforma legislativa que implemente lo determinado por la Organización Internacional del Trabajo y varios países según el derecho comparado expuesto en la presente investigación, en el entendido de reformular la categoría de servicios públicos esenciales entre ellos el de transporte

aéreo, y de garantizar la huelga en los servicios públicos esenciales en el mayor grado posible, esto mediante la prestación de servicios mínimos planteando como opciones la huelga parcial, huelga en días o horas intermitentes e incluso que la autorización previa de la huelga por el Tribunal según corresponda a la ubicación geográfica, todo lo anterior con el fin de armonizar el derecho de huelga con los derechos de los usuarios y el interés general.

Finalmente, no sobraría recomendar que se eleve a rango legal la importancia del sindicato como figura defensora de los derechos laborales y sean involucrados activamente en la toma de decisiones tanto dentro de las compañías como en la formulación y debate de los proyectos de ley del sector laboral, esto con el fin de que los sindicatos se apropien y adquieran identidad frente a las dinámicas empresariales y laborales de acuerdo a las necesidades y posibilidad reales del país, es decir, que con su participación dentro de la mismas compañías y en los estamentos políticos a través de sus representantes, sean conscientes de su relevante figura en las decisiones político -legislativas y sean prudentes al momento de presentar los pliegos de peticiones y de votar a huelga conforme a la situación económica del empleador y del país en general.



### Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Pulido, C. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R., (2002). Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 66, 13-64. Recuperado de <http://pp.di.unito.it/index.php/epp/article/viewFile/85/68>
- Arango, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis
- Argentina, Congreso de la Nación (2004, 18 de marzo), “Ley 25.877, Régimen Laboral”, Buenos Aires. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93595/norma.htm>
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación*. 3Ed. Bogotá: Universidad de la Sabana.
- Botero, S. (2006). *La reforma constitucional de 1936: El estado y las políticas sociales en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Camerlynck, G. (1974). *Derecho del trabajo*. Madrid: biblioteca jurídica agilar.
- Castro, E., Restrepo, O., García, L., (2007). Historia, concepto y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista estudios socio- jurídicos*. Universidad del Rosario, 77-108.
- Código sustantivo del trabajo. [C.S.T.]. (2018) 5a ed. Legis
- Colombia, Congreso de la Republica. (2018). [Proyecto de Ley N° 010 de 2018]. Recuperado de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2018-2019/1136-proyecto-de-ley-010-de-2018>
- Colombia, Congreso de la Republica. (2017). [Proyecto de Ley N° 157 de 2017]. Recuperado de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2017-2018/1050-proyecto-de-ley-158-de-2017>

Colombia, Ministerio del Trabajo (2014, 20 de enero), “Decreto número 089 del 20 de enero de 2014, por el cual por el cual se reglamentan los numerales 2 y 3 de artículo 374 del código sustantivo del trabajo enero 20 de 2014”, Bogotá.

Colombia, Congreso de la Republica. (2008). [Proyecto de Ley N° 059 de 2008]. Respuesta a derecho de petición Congreso de la Republica

Colombia, Congreso Nacional de la República (2012, 21 de agosto), “Ley 1575 del 21 de agosto de 2012, por medio de la cual se establece la ley general de bomberos de Bogotá”. *Diario Oficial* No. 48.530 de 22 de agosto de 2012, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2000, 29 de diciembre), “Ley 633 del 29 de diciembre del 2000, Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial”. *Diario Oficial* No. 44.275, de 29 de diciembre de 2000, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1996, 20 de diciembre), “Ley 336 del 20 de diciembre de 1996, “por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte”. *Diario Oficial*, núm. 2948 del 28 de diciembre de 1996, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1996, 7 de marzo), “Ley 270 del 7 de marzo de 1996, Estatutaria de la administración de justicia”. *Diario Oficial* núm. 42.745, de 15 de marzo de 1996, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1994, 11 de julio), “Ley 142 del 11 de julio de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”. *Diario Oficial*, núm. 41.433 del 11 de julio de 1994, Bogotá.

Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho (1994, 21 de febrero), “Decreto número 407 del 20 de febrero de 1994, por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”, *Diario Oficial*, núm. 41.433 de 21 de febrero de 1994, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1931, 23 de junio), “Ley 83 del 23 de junio de 1931, “sobre los sindicatos”. Diario Oficial, núm. LXVII. N. 21735. 10, junio, 1931, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1919, 19 de noviembre), “Ley 78 del 19 de noviembre de 1919, “sobre huelgas”. Diario Oficial, núm. LV. N. 16962. 24, noviembre, 1919. Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2014, octubre), “Sentencia C-796” M.P. Pretelt Chaljub J.I., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2012, febrero), “Sentencia C – 122” M.P. Pretelt Chaljub, J.I., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2012, febrero), “Sentencia T – 087” M.P. Pinilla Pinilla, N., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2011, marzo), “Sentencia T – 171” M.P. Palacio Palacio, J. I., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2008, septiembre), “Sentencia C-858” M.P. Pinilla Pinilla N., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2008, julio), “Sentencia C – 691” M.P. Cepeda Espinosa, M.J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2008, mayo), “Sentencia C – 466” M.P. Araujo Rentería, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2005, abril), “Sentencia C – 401” M.P. Cepeda Espinosa, M., Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (2001, octubre), “Sentencia T – 1059” M.P. Araujo Rentería, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2000, noviembre), “Sentencia C – 1491” M.P. Morón Díaz, F., Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (1999, abril), “Sentencia C – 271” M.P. Barrera Carbonell, A.,  
Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1999, agosto), “Sentencia T – 568” M.P. Gaviria Día, C.,  
Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1998, mayo), “Sentencia C – 191” M.P. Cifuentes Muñoz, E.,  
Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1997, octubre), “Sentencia C-542” M.P. Herrera Vergara H.,  
Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1997, septiembre), “Sentencia T – 458” M.P. Cifuentes  
Muñoz, E., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1997, febrero), “Sentencia C – 075” M.P. Herrera Bergara, H.,  
Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (1996, septiembre), “Sentencia T – 423” M.P. Herrera Vergara,  
H., Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (1996, septiembre), “Sentencia C – 432” M.P. Gaviria Días, C.,  
Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1995, octubre), “Sentencia C-450” M.P. Barrera Carbonell, A.,  
Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1994, enero), “Sentencia C – 009” M.P. Barrera Carbonell, A.,  
Bogotá

Colombia, Corte Constitucional (1994, octubre), “Sentencia C – 473” M.P. Martínez Caballero,  
A.L., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1993, febrero), “Sentencia C-071” M.P. Martinez Caballero A.,  
Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992, julio), “Sentencia T- 443” M.P. Hernández Galindo, J.G., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1992 B, junio), “Sentencia T-418” M.P. Rodríguez Rodríguez S., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2017, noviembre) “Sentencia SL- 20094-2017 Radicación n.º 79047 Acta 44” M.P. Echeverri Bueno, R., Bogotá

Colombia, gaceta constitucional, gaceta la Comisión Primera. (1991, 8 de mayo de 1991) “Acta N 36”, Bogotá. Recuperado de [http://abogadosrosaristas.org.co/2016/2016/10/19/gacetas-constitucionales/?drawer=gacetas\\*Gaceta%20Constitucional%20Tomo%20126%20a%20144-1991\\*Gaceta%20Constitucional%20Tomo%20133-1991](http://abogadosrosaristas.org.co/2016/2016/10/19/gacetas-constitucionales/?drawer=gacetas*Gaceta%20Constitucional%20Tomo%20126%20a%20144-1991*Gaceta%20Constitucional%20Tomo%20133-1991)

Constitución política de Colombia [C.P.]. (1991) 15 va ed. Legis.

De la Cueva, M. (1988). *Nuevo Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa.

<sup>2</sup>EFE. (8 de agosto de 2008). *Los controladores aéreos alemanes convocan una huelga para este martes*. Recuperado de <https://www.20minutos.es/noticia/1129466/0/huelga/controladores/alemania/#xtor=AD-15&xts=467263>

España, Jefatura del Estado (1977, 9 de marzo), “Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo”, *BOE* núm. 58, de 09/03/1977, Madrid.

España, Juan Carlos I Rey de España (2006, 5 de junio), “Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal”. *BOE* núm. 134, de 06/06/2006, Madrid.

España, Ministerio de Fomento de España (2017, 29 de septiembre), “Resolución por la que se determinan los servicios mínimos de los servicios públicos esenciales aeroportuarios y de control y tránsito aéreo”, Madrid. Recuperado de [https://www.fomento.gob.es/recursos\\_mfom/ssmm\\_aviacion\\_civil.pdf](https://www.fomento.gob.es/recursos_mfom/ssmm_aviacion_civil.pdf)

España, Tribunal Constitucional (1986, abril), “Sentencia 51” M.P. Rodriguez, M. y Bravo, F., Diez, P., Madrid.

España, Tribunal Constitucional (1981, julio), “Sentencia 26” M.P. Jeronimo A., Rubio, F. y Diez, P., Madrid.

Francia (2015), Code du travail. Recuperado de [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=363341](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=363341)

García, S. (1996). *Temas de introducción a las instituciones de Derecho Público*. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo.

Goerlich, J., (Sin fecha). *El derecho de huelga en lo servicios esenciales*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2531949.pdf>

Habermas, J. (1996). *die einbeziehung des anderen*. Alemania

<sup>1</sup>Lopez, C. (1 de octubre de 2018). *Huelga europea en Ryanair: más de 80 vuelos cancelados en España y viajeros en busca de alternativas*. Recuperado de [https://elpais.com/economia/2018/09/27/actualidad/1538061488\\_569850.html](https://elpais.com/economia/2018/09/27/actualidad/1538061488_569850.html)

Madrñan, R. (1997). *El estado social de derecho*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Marzal, A., (2005). *La huelga hoy en el derecho comparado*. Valencia: Bosch editor.

Mastinu, E.M., (2003). La regulación italiana en materia de prevención y composición de las controversias y conflictos colectivos intersindicales en la perspectiva europea. *temas laborales* N° 70/2003. 23, 147-169. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/801998.pdf>

Monereo, Molina y Nieves. (2013). *Manual de Derecho sindical*. Ed. 8 Granada: Comares.

OIT, Oficina Internacional del Trabajo. (2006). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición. Ginebra. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/info/translatns/pdf/digest-2006\\_es.pdf](https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/info/translatns/pdf/digest-2006_es.pdf)

- OIT, Oficina Internacional del Trabajo. (1998). *309° Informe del Comité de Libertad Sindical*. boletín Oficial. Vol. LXXXI, Serie B, núm. 1. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---.../wcms\\_592689.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---.../wcms_592689.pdf)
- OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (1994). *Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. informe III parte 4B. Recuperado de [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1994-4B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1994-4B).pdf)
- Osteau, F. (2017). *La libertad sindical en el mundo del trabajo en Colombia*. Bogotá: universidad católica de Colombia.
- Palacios, Marco y Frank, S. (2002). *Colombia: País fragmentado, sociedad dividida*. Bogotá: Norma.
- Peces, B. (1999). *Los derechos económicos sociales y culturales: Apunte para su formación histórica y su concepto*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Pérez, L. y Antonio, E. (1984). *Los Derechos Fundamentales*. Ed 7. Madrid: Tecnos.
- Tascon, T. (1944). *Derecho Constitucional Colombiano: Comentarios a la Constitución Nacional*. Ed 3. Bogotá: Gran Colombia.
- Torres, J., (2014). *La huelga y los servicios esenciales en Colombia: análisis a partir de la Constitución de 1991 y la Organización Internacional del Trabajo*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Recuperado de <http://bdigital.unal.edu.co/40019/1/1104699265.2014.pdf>
- Vallejo, F. (2009). *El derecho a la huelga, calificación judicial de la huelga por los tribunales*. Medellín: Librería jurídica Sánchez.