



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado ponente
RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Radicado 79047

Acta

En la deliberación de la Sala, en el proceso de la referencia, manifesté que no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda instaurada por AVIANCA S.A, en cuanto se solicitaba la declaratoria de ilegalidad de la huelga emprendida por los pilotos de ACDAC, al menos, por cinco razones fundamentales que paso a exponer: **i)** el significado y alcance de la libertad sindical y del derecho a la huelga; **ii)** la legitimación para actuar procesalmente de las federaciones y confederaciones sindicales, **iii)** la importancia constitucional de la constatación del cese de actividades por el que se pretende la ilegalidad; **iv)** la aplicación y efectividad de normas internacionales del trabajo y de las recomendaciones de los órganos de control de la OIT, y **v)** la posibilidad de ejercer el derecho a la huelga en los servicios públicos.

i) El significado y alcance de la libertad sindical y del derecho a la huelga

La libertad sindical: derecho humano fundamental

Los derechos humanos fundamentales son aquellos sin los cuales no es posible la vida digna y, dentro de su catálogo se incorpora la libertad sindical, en tanto se ha considerado que esta permite el mejoramiento de las condiciones de existencia de los ciudadanos trabajadores, a través del derecho y el ejercicio de la sindicación, la negociación colectiva y la huelga.

Esa reseñada libertad se desdobra a su vez en: **a)** el derecho de los trabajadores y de los empleadores, sin ninguna distinción y autorización, de constituir organizaciones y afiliarse y no se perseguidos por tal decisión; **b)** redactar sus estatutos y reglamentos administrativos; **c)** elegir libremente a sus representantes; **d)** organizar su administración y actividades y formular su programa de acción; **e)** el derecho a constituir federaciones y confederaciones, así como afiliarse a las mismas; **f)** el derecho de las federaciones y confederaciones de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores; y **g)** el goce pleno del derecho, impidiendo todo acto de injerencia. Algunos de ellos fueron desconocidos en la providencia de la referencia, afectándose así tal libertad.

De enorme significancia en la consolidación de los Estados modernos, la libertad sindical y la huelga aparecieron en la Constitución Mexicana (1917), en la de Weimar (1919) también en la creación de la Organización Internacional del Trabajo (1919), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y luego se introdujeron en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), el PIDESC (1966), en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), en la Carta de Banjú o Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1986), y de forma más reciente en la Carta Árabe de Derechos Humanos (1995), solo por nombrar los más conocidos y para dar cuenta del enorme interés de los Estados en su preservación y ejercicio.

Los países que reconocen el derecho a la libertad de sindicación y, dentro de esta en específico el derecho a la huelga son Albania, Argelia, Angola, Argentina, Armenia, Azerbaiyan, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Cambodia, Camerún, Cabo Verde, Chad, Colombia, Congo, Costa Rica, Croacia, Chipre, República Checa, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, España, Guinea Ecuatorial, Estonia, Etiopía, Estonia, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, Hungría, Italia, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Mali, Mauritania, México, Montenegro, Marruecos, Mozambique, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Filipinas, Polonia, Rumania, Senegal, Sudafrica y Suiza y su introducción en las Constituciones no

solo tiene un significado político, sino también jurídico, en cuanto su eficacia directa¹.

El común denominador en el reconocimiento de la libertad sindical es la habilitación de la acción colectiva y, a la par su inclusión dentro del núcleo duro de garantías cuya eficacia puede ser exigida, bien porque está dentro del ordenamiento o, porque al ser un derecho humano fundamental integra el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, mas como conocido como el *jus cogens*² (art. 53 de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados), lo que la hace en disposición imperativa, que debe elegirse por sobre otras de igual categoría y por esta sencilla razón jurídica, además, prevalece en cuanto contenido sobre las de rango legal.

Incluso, soportada en tales definiciones, por las que se reconoce la protección prevalente del trabajo como derecho

¹ Como casos relevantes en los que tales países a través de sus jueces han protegido el derecho de huelga, aun en los casos de servicios públicos esenciales pueden consultarse 1) Tribunal Superior de Lobatse, Sindicato de Empleados Públicos de Botsuana y otros c. Ministerio de Trabajo y Asuntos Internos y otros, MAHLB-000674-11, 9 de agosto de 2012 2) Tribunal Superior de Trabajo, Zavascki, Roberto Antonio c. Companhia Minuano de Alimentos, Brasilia , 15 de Febrero de 2012, caso N° TST-RR-77200-27.2007.5.12.0019 3) Tribunal de Apelación de Bobo-Dioulaso, Sala Social, M.M. Karama y Bakouan c. la Société Industrielle du Faso (SIFA), 5 de julio de 2006, núm. 035; 4) Tribunal Arbitral de Fiyi, Fiji Electricity & Allied Workers Union c. Autoridad Eléctrica de Fiyi, 9 de mayo de 2006, [2006] FJAT 62; FJAT Dictamen 24 de 2006 5)- Tribunal Constitucional de Sudáfrica, NUMSA c. Bader Bop, 13 de diciembre de 2002, núm. CCT 14/02 y que son de enorme interés para este debate.

² Sobre la vinculatoriedad de tal postulado la Corte Internacional de Justicia ha resaltado que "Las normas fundamentales de derecho humanitario deben ser respetadas por todos los Estados, hayan ratificado o no las convenciones en que están inscritas, pues constituyen principios intransgredibles de derecho internacional consuetudinario" y en el caso Barcelona Traction destacó que " Deberá establecerse una distinción fundamental entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto y las que le incumban respecto de otro Estado (...). Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Habida cuenta de la importancia de los derechos de que se trata, se puede sostener que todos los Estados tienen un interés jurídico en protegerlos; son obligaciones erga omnes. Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y normas relativos a derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial" (Caso Barcelona Traction, Light and power Company, 1970).

humano, la Sala de Casación Laboral adoptó, en la providencia CSJ AL 13, dic, 2007, rad. 32096, la tesis de no inmunidad de jurisdicción en materia laboral, amparada en el jus cogens que impone a los Estados proteger a los ciudadanos trabajadores y permitirles el goce pleno de sus derechos; en punto a la vinculatoriedad dijo que *«Bien es sabido que los Tratados materializan los postulados que los Estados han creado a través de la costumbre internacional, o el ius cogens, por lo que, pese a no estar ratificado el aludido Convenio en nuestro ordenamiento, en el momento actual se constituye en el instrumento idóneo para pregonar que, en la praxis de las naciones, la inmunidad de jurisdicción de los Estados ha sido revaluada, lo que impone la adopción de las medidas pertinentes»*.

De modo que la existencia de distintos instrumentos internacionales, entre ellos las Declaraciones que reconocen la libertad sindical y el derecho a la huelga, no es una ornamentación retórica, sino por el contrario impone, entre otros, que los jueces resolvamos sin ignorar su contenido, ni menos restarle su valor jurídico, como lo entiende la sentencia de la que me aparto, pues existe plena claridad que al unísono plantea su respeto como derecho humano laboral, lo que sería suficiente para su protección aunque no existiera norma interna -que no es este evento, pues en Colombia, como se sabe, no solo se han avalado tratados y declaraciones en ese sentido, sino también se ha incorporado como derecho fundamental en la Constitución y los convenios que la desarrollan se han introducido vía bloque de constitucionalidad, es decir existe un triple refuerzo jurídico que no puede desvanecerse por interpretaciones

legales que la erosionen, como lo hace la determinación de la que me aparto-.

Así mismo, aunque pueden sujetarse tales derechos, el de la huelga y el de la libertad sindical, al desarrollo legal con limitaciones, es evidente que estas en modo alguno pueden llegar a hacerlos nugatorios, por la sencilla razón de que, en este evento, es el tratado, la convención, o la norma superior, la fuente directa del derecho.

Por ejemplo, si bien el artículo 8.1 del Protocolo de San Salvador que incorpora el respeto del derecho a la huelga permite la limitación de la ley, inmediatamente aclara que esta solo es permisible **«siempre que estos sean propios de una sociedad democrática»**.

Esto mismo ocurre cuando, como en nuestro ordenamiento, la huelga se incorpora a la Constitución, pues esta difiere a la ley que la reglamente, pero no otorga, como parece entender la sentencia, una potestad omnímoda e incondicionada al legislador, por el contrario, los anteriores elementos esbozados le imponen límites a su acción que hacen inviables medidas regresivas o que afecten materialmente el ejercicio del derecho que se reconoce.

La postura en contrario, de la que disiento, implica permitir que existiendo una norma constitucional que avale la huelga y el derecho de asociación, una ley pueda restringirlas por completo, y por eso es necesario en todos los casos, un juicio de ponderación; avalar restricciones, como

en este proceso se justificó en parte, por razones de autoridad de ley constituye una trasgresión a las obligaciones que el Estado debe cumplir bajo el principio de buena fe³; de manera que incluso, esa disposición en contrario a la protección debida de tales prerrogativas, bajo el amparo del artículo 4 superior, debió ser inaplicada por inconstitucional – entre estas la propia Ley 336 de 1996- elemento que, repito, aquí se soslayó.

Adicional a lo anterior quiero destacar, en breve, que la libertad sindical también compone en Colombia el ordenamiento jurídico, no solo por contemplarlo el artículo 19 del CST, sino porque los Convenios 87 y 98 son una norma jurídica de aplicación directa, tal como lo señaló en su momento la Corte Constitucional en decisión CC C-401/2005, y sostengo por todo lo anterior, que uno de los mayores defectos de la decisión es el problema metodológico, en tanto crea un discurso retórico inconexo, que no corresponde exactamente al tema debatido y que finalmente resulta adoptando medidas invasivas, de forma injustificada, soslayando las reglas de interpretación constitucional y, en algunos eventos, aplicándolas selectivamente, con clara afectación de cánones superiores y de obligaciones internacionales.

³ La Corte Constitucional ha decantado que los tratados internacionales deben cumplirse de buena fe, entre otras, en decisión C CC400/1998 explicó que *“Pacta sunt servanda no solo significa que los tratados deben ser formalmente acatados sino que deben ser cumplidos de buena fe, esto es con la voluntad de hacerlos efectivos. Por ello la doctrina y la jurisprudencia internacionales consideran que el principio de buena fe es parte integrante de la norma Pacta sunt servanda. Este principio de que Colombia debe cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales tiene evidente sustento constitucional pues la carta señala que las actuaciones de las autoridades colombianas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, norma que también se aplica en las relaciones internacionales”*.

El derecho a la huelga en las sociedades democráticas

Existe una idea jurídica que se ha propagado, que aparece en la sentencia, y por razón de la cual se sostiene, a mi juicio sin fundamento, que en el derecho colectivo del trabajo no es posible compaginar la libertad sindical con la libertad de empresa⁴ y que, en ese dilema, solo una de ellas debe prevalecer; para sostener tal afirmación se acude a la noción de bien común o de interés general, o de tensión con libertades de locomoción y circulación, que se utiliza, indistintamente, para fortalecer la tesis según la cual las huelgas deben ser fuertemente restringidas, con imposición de reglas que materialmente hacen inviable su ejercicio, porque afectan la propiedad privada y derechos individuales y que aquellas solo son legales en la medida en que estén aceptadas por una teoría de mayorías bastante particular.

En términos de la dogmática jurídica laboral, si todos los derechos humanos fundamentales, dentro de los cuales se incluye la huelga que aparece inserta en el artículo 56 de la Constitución Política, deben ser respetados y se entienden que son inviolables, no puede sobreponerse una lectura que los desconozca, porque eso implicaría aceptar que en una sociedad democrática, pueden aquellas declinarse y aceptar ni más ni menos, en el derecho, y específicamente en el derecho del trabajo, que es viable renunciar a la libertad de reunión, la de expresión, el libre desarrollo de la

⁴Véase que en los tratados de libre comercio entre Canadá, México y Estados Unidos, la huelga se incorpora como principio, y en el de Colombia y Estados Unidos se introduce vía convenios de OIT en el capítulo 17.

personalidad, la seguridad social, o a la prohibición de la esclavitud, solo para ejemplificar.

En otras palabras, el principal interés general, que aparece reflejado en la Constitución Política de 1991, y que incluso dispone de mecanismos constitucionales para hacerlos exigibles, es el respeto a los derechos fundamentales, dentro de los que se encuentra la huelga⁵ así que sobreponer lecturas eminentemente legales sobre ellos es desafortunado, como también lo es negar que en el Estado las libertades y los derechos deben coexistir.

En ese dilema, que admito no es sencillo, la judicatura tiene un valor inconmensurable, en tanto puede conducir al establecimiento de relaciones de trabajo más simétricas y, a la par, construir una doctrina de derechos que permita compaginar aquellos que se consideran antípodas, acabando de esa manera con la idea de que son irresolubles dos libertades que, por demás, están en el centro del Estado liberal, y que se conectan con el trabajo o, como lo hace esta decisión, manteniendo una teoría del derecho colectivo del enemigo, en el que se hace necesario reprimir y sancionar el disenso, aunque los trabajadores hayan ejercido un derecho constitucional de manera pacífica y respetando la propia naturaleza de su organización.

⁵ Artículo 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho. Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento.

Lo que encuentro con frecuencia es que se ignora el carácter de la huelga, que se instituye dentro de las regulaciones internas como un mecanismo de defensa y de equilibrio de los trabajadores⁶, y que intentar introducir a la disposición constitucional, en la hermenéutica de una norma legal, dictada a mediados de siglo (Código Sustantivo del Trabajo), sin atender la sistematicidad de las regulaciones jurídicas que imponen su transformación y la propia naturaleza democrática del Estado, conduce finalmente a la construcción de un derecho laboral limitado y restrictivo.

A mi juicio, el efecto más perjudicial de la sentencia es que retrae a los sindicatos a la hora de ejercer los derechos colectivos, es decir plantea de plano la imposibilidad material de ejercitar un derecho constitucional que, además, como expliqué al inicio, tiene protección internacional y al hacerlo quiebra la eficacia de la huelga.

Los derechos de los ciudadanos trabajadores, como los que aquí se debatieron (debido proceso y huelga – derechos colectivos), no pueden ser un cascarón vacío, deben tener posibilidad cierta de ejercerse y para ello la judicatura cuenta con la enorme posibilidad de ponderarlos con otros (garantías individuales) y, repito, permitir que coexistan y eso debió hacer la Sala al resolver sobre el cese de los pilotos de ACDAC.

⁶ Fundamentalmente es un mecanismo de equilibrio, que intenta compensar los amplios poderes de dirección empresarial, entre ellos el despido y la posibilidad de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo, con el hecho de que los trabajadores, para defenderse, puedan cesar, a través de la huelga.

**ii) Legitimación para actuar procesalmente
de las Federaciones y Confederaciones sindicales**

El ejercicio de la autonomía sindical

La Confederación Unitaria de Trabajadores debió ser escuchada en el trámite judicial como coadyuvante, en tanto le asiste un interés legítimo: la defensa del derecho a la huelga como componente esencial de la libertad sindical, razón de ser de los sindicatos y, adicionalmente, porque las regulaciones jurídicas así lo establecen, como lo explico a continuación:

Los sindicatos pueden ser de primero, segundo y tercer grado, en su orden Sindicatos, Federaciones y Confederaciones y, sin excepción, tienen los mismos derechos, que no pueden ser sometidos al arbitrio público, en tanto hacerlo quebrantaría la autonomía sindical, que es parte esencial de la libertad.

Así el convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, en su artículo 6 dispone que las federaciones y confederaciones tienen plena libertad de elegir a sus representantes, organizar su administración, formular su programa de acción y restringe a las autoridades públicas, dentro de la que se cuenta la judicatura, abstenerse de intervenir o entorpecer su ejercicio legal.

Por su parte, el propio Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 417, refiere que todos los sindicatos tienen, sin

limitación, la facultad de unirse o coaligarse en federaciones y confederaciones y que estas tienen **«las mismas atribuciones que los sindicatos, salvo la declaración de huelga»**.

Es evidente, por demás, que al estar expreso en el numeral 5 del artículo 373 del mismo estatuto la función principal de los sindicatos de *«Representar en juicio o ante cualesquiera autoridades u organismos los intereses económicos comunes o generales de los agremiados o de la profesión respectiva, y representar esos mismos intereses ante los patronos y terceros en caso de conflictos colectivos que no hayan podido resolverse por arreglo»*, una federación o confederación está plenamente legitimada para integrar una controversia como la que aquí se resolvió, de allí que fuera inviable jurídicamente negarle su participación.

Si se acude, además, al artículo 426 del mismo estatuto, surge patente el equívoco de la decisión, pues las federaciones y confederaciones pueden asesorar a los sindicatos ante los empleadores, en la tramitación de sus conflictos y también ante las autoridades o ante terceros, frente a todo tipo de reclamaciones; y el artículo 31 del Decreto Reglamentario 1469 de 1978, solo exige la acreditación de la organización sindical, así como que el interviniente esté inscrito dentro de la junta directiva, lo que se demuestra con la respectiva constancia expedida por el secretario general, todo lo anterior pasado por alto en el estudio de la apelación planteada.

En verdad, lamento que la mayoría de la Sala, en contra de tales regulaciones, impidiera a la Confederación Unitaria de Trabajadores (CUT) la coadyuvancia en el presente asunto, haciendo una lectura contraria al convenio y al Código Sustantivo del Trabajo, amparada en una regla civil del artículo 71 del Código General del Proceso, calificando su interés de abstracto e indicando que el mismo *«no puede ser meramente tangencial, especulativo, académico o doctrinario, como el del buen ciudadano preocupado por el desarrollo jurisprudencial de alguna figura jurídica tratada en juicio»* y, que además estimara, que la participación de la Confederación debe estar sujeta a la demostración sustancial y concreta del resultado del proceso, encontrándola en este evento *«simbólica»* y recabando que cualquier intervención de aquellas en un proceso está sometida al arbitrio judicial.

A mi juicio tales argumentos son endebles, primero porque no era necesario acudir a una disposición de coadyuvancia de raigambre civil cuando la propia legislación del trabajo define sobre la legitimación de las federaciones y confederaciones, y porque una idea en el sentido de sujetar una libertad y la autonomía sindical que supone una función principal que les asigna la Constitución y la propia ley al arbitrio judicial o administrativo, constituye un grave quebrantamiento de ambas.

Con tal tesis de la Sala mayoritaria, se ignora además, el contenido de la sentencia de constitucionalidad CC C-

797/2000⁷ que, en punto a este debate refirió que las federaciones y confederaciones tienen derecho al reconocimiento automático de su personería jurídica y hace claridad sobre la única restricción de las Confederaciones y Federaciones, cual es la votación de la huelga, dejando a salvo la posibilidad de concurrir en defensa de sus coaligados, lo cual se desconoce en el presente asunto.

Mi disenso también se apoya en la opinión consultiva OC2216/2016 de 27 de junio de 2016, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que recordó que las Federaciones y Confederaciones tienen plena legitimación para actuar en el sistema interamericano.

En efecto la CIDH al definir sobre la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano y, específicamente, en lo relacionado con las federaciones y confederaciones sindicales indicó que el Protocolo de San Salvador, ratificado por 16 Estados reconoce *«a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus*

⁷ Refiere la sentencia que *“en cuanto a la restricción que contiene la norma de atribuir exclusivamente a los sindicatos la declaración de la huelga, considera la Corte lo siguiente: Si bien las federaciones y confederaciones tienen los mismos derechos de los sindicatos conforme se ha precisado, hay que entender cuál es el papel que cumplen unos y otras, en efecto los sindicatos tienen como objetivo principal representar los intereses comunes de los trabajadores frente al empleador lo cual se manifiesta primordialmente en la integración de comisiones de diferente índole, en la designación de delegados o comisionados, en la presentación de pliego de peticiones, en la negociación colectiva y la celebración de convenciones colectivas y contratos colectivos, en la declaración de huelga y la designación de árbitros, de acuerdo con las previsiones de los artículos 373 y 374 del C.S.T. En cambio las federaciones y confederaciones son uniones sindicales de segundo y tercer grado, que desarrollan funciones de asesoría de sus organizaciones afiliadas ante los respectivos empleadores en la tramitación de sus conflictos y frente a las autoridades o terceros de cualesquiera reclamaciones y adicionalmente pueden, según sus estatutos, atribuirse las funciones de tribunal de apelación contra cualquier medida disciplinaria adoptada por una de las organizaciones afiliadas; la de dirimir las controversias que se susciten entre los miembros de un sindicato afiliado por razón de las decisiones que se adopten y las de resolver las diferencias que ocurran entre dos o más organizaciones federales (arts. 418 y 426 CST)”*.

intereses, Como proyección de este derecho los Estados permitirán a los sindicatos formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente» y recordó que, en el Caso Huilca Tecse Vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas de 3 de marzo de 2005, así quedó plasmado en tanto el referido protocolo y la protección del derecho de sindicación del Convenio 87 de la OIT, comprenden la obligación del Estado de permitir que sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente.

Resolvió allí la CIDH la inexistencia de ambigüedad del referido 8.1 del Protocolo, en cuanto a la titularidad de los derechos de sindicatos, federaciones y confederaciones al decir que *«el derecho que la norma consagra a favor de los trabajadores constituye un marco a través del cual se generan derechos más específicos en cabeza de los sindicatos, las federaciones y confederaciones como sujetos de derechos autónomos, cuya finalidad es permitirles ser interlocutores de sus asociados facilitando a través de esta función una protección más extensa y el goce efectivo del derecho de los trabajadores»*, y destacó que el artículo 45.c de la Carta de la OEA, reconoce personalidad jurídica a las asociaciones que, lee en conjunto con el artículo 10 de la Carta Democrática, para significar que tales asociaciones pueden funcionar libremente y *«entiende que la protección de los derechos de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones es indispensable para salvaguardar el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección. **Por su naturaleza misma, dichos entes colectivos buscan ser interlocutores por medio de los cuales se protejan y promuevan los intereses de sus asociados, así que una desprotección de sus derechos se***

traduciría en un impacto de mayor intensidad en sus asociados, ya que se generaría una afectación o limitación del goce efectivo de los trabajadores a organizarse colectivamente» (Énfasis fuera de texto).

Para abonar más razones, con ese mismo discernimiento, el Comité de Libertad Sindical ha destacado que *«por regla general, las autoridades públicas deberían respetar la autonomía de los sindicatos y de las organizaciones de nivel superior, incluso en lo que se refiere a las diversas relaciones que pueden establecer. Las disposiciones legales que menoscaben esa autonomía debería, por consiguiente, constituir una excepción y, cuando se estimen necesarias en razón de las circunstancias inhabituales, acompañarse de todas las garantías posibles contra una injerencia indebida»* (Recopilación 2006, párrafo 386), y también ha sostenido, en sintonía con nuestro artículo 417 del CST, que las Federaciones y Confederaciones comparten idénticos derechos que los Sindicatos de primer grado, por lo que, insisto, no es posible el menoscabo de su acción (así ha quedado inserto en reciente decisión de la Corte Constitucional CC C018-2015).

Todo lo anterior conducía a que, en el caso debatido, la Sala debiera declarar la nulidad de la sentencia, enviar el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, para que se le permitiera a la Confederación Unitaria de Trabajadores la coadyuvancia, pues debían escucharse sus razones y definirse el asunto con su participación.

Al no hacerlo, desde mi óptica, se vulneró el debido proceso y más que eso, se afectó la libertad sindical, desde la dimensión de la autonomía, al someter en este caso y para posteriores determinaciones que sea el juez del trabajo quien tenga la potestad o discrecionalidad de decidir si pueden o no acudir a los procesos las Federaciones y Confederaciones, según estime si su interés es o no «*abstracto*», afectando con ello su derecho de acción, lo que es impropio de la doctrina del trabajo, del contenido de la ley, de la Constitución Política y de los instrumentos internacionales que el Estado Colombiano ha suscrito.

iii) La importancia constitucional de la constatación del cese de actividades por el que se pretende la ilegalidad

Si incluso se dejara de lado el tema de la coayuvancia, la Sala estaba impelida a no acceder a los pedimentos de la demanda instaurada, porque la constatación fue irregular, pues no se incorporaron las actas del cese de manera íntegra y a cambio de estas se avaló la cobertura noticiosa que de la huelga se hizo, lo que jurídicamente no es posible.

Esta postura que asumió la Sala por mayoría, desconoce la propia línea jurisprudencial que se ha desarrollado en este tema, por la que era inviable emitir un pronunciamiento en el sentido en el que se hizo, flexibilizando la lectura en favor de la parte demandante y desconociendo el valor jurídico que supone para el juzgador

entender las particularidades en las que se desarrolla la suspensión de actividades⁸.

Incluso recordé en las deliberaciones, que en reciente pronunciamiento, de forma unánime la Sala, de 7 de noviembre pasado, CSJ SL18956-2017, consideró que un cese de actividades debe declararse legal cuando no se demuestra, objetivamente, la manera en la que se desarrolla.

En la providencia que nombro, incluso lo fue, porque pese a existir el acta de constatación no se incorporó la postura del Sindicato y se realizó de forma irregular, en lo pertinente y relevante para este asunto se dijo:

*Es que un proceso de calificación de legalidad de huelga, que puede, eventualmente, desembocar en una declaratoria de ilegalidad de la medida de presión, exige de la parte actora, la comprobación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la acción sindical. **No puede, por tanto, proferirse una decisión de ilegalidad, con base en especulaciones o suposiciones respecto a las realidades en que se ejecutó la protesta; con mayor razón, si se tiene en cuenta que este tipo de determinaciones comportan una restricción a una de las libertades sindicales fundamentales.***

*Aunque podría objetarse que, en todo caso, es indiscutible que hubo una jornada de manifestación en las afueras de la empresa, frente a la cual ha debido el juez de primer grado constatar si cumplió con los requisitos de convocatoria y quorum, y no afectación a un servicio público esencial, a ello habría que replicar que **el juicio de calificación se ocupa en estrictez de verificar la legalidad de la huelga, es decir, de toda acción colectiva que materialmente implique la parálisis, suspensión o interrupción de actividades.***

⁸ Añado que si las noticias periodísticas no pueden ser tenidas como pruebas en los procesos ordinarios, menos podrían adoptarse como tales para derivar de ellas un hecho notorio en el caso del proceso especial contenido en Ley 1210 de 2008 y que es evidente que el Sindicato acepta la huelga, solo que esto era insuficiente, pues se hacía necesario determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se ejerció el derecho.

Si existió unanimidad en tal criterio, no encuentro plausible que ahora, en este, se supla tal acta por hechos noticiosos, o por la admisión del Sindicato del cese, alterando de forma evidente las propias competencias del Estado sobre inspección y sujetando ahora a los trabajadores al arbitrio de demostrarse por las calificaciones que de ellos hagan los medios de comunicación, o quedando someramente aceptado por la organización.

Es más, si solo se acudiera al rango de la ley, el artículo 129A del CPTYSS es el que impone, so pena de inadmisión, el acta de constatación, sin perjuicio de los demás medios de prueba, pues no es incidental que esta se reclame, por el contrario es una de las salvaguardas para que se respete la libertad sindical y se preserve la imparcialidad; pero la Sala en forma mayoritaria estimó que podía demostrarse el cese, así fuera por noticias.

A mi juicio, al asumir esta posición, la Sala opta por desconocer el contenido de la libertad sindical, pues si el procedimiento de Ley 1210 de 2008, tiene como propósito el análisis de un derecho constitucional fundamental, de una libertad que es a la vez un derecho humano colectivo laboral, debía ser muy cuidadosa al momento de establecer su ilegalidad, no solo porque se entiende, basado en el artículo 56 de la Constitución Política, que el ejercicio del derecho de huelga, como el eventual reclamo de derecho a la salud, a la educación, está amparado por el ordenamiento, sino porque en clave de la hermenéutica constitucional, no es posible

hacer una lectura amplia para afectar el núcleo de las garantías reconocidas a los ciudadanos.

La providencia hace caso omiso de lo anterior y, por el contrario, aunque en su discurso reconoce la relevancia de las actas de constatación del Ministerio del Trabajo, de su incidencia en el debido proceso, con venero en la propia jurisprudencia, a renglón seguido refiere que el juzgador tiene libertad de apreciación probatoria, que se erige, en este caso, en una postura particular, pues pese a que no existía ninguna probanza al interior del expediente sobre la manera en la que la huelga se desarrolló, esto podía suplirse con la figuración, a mi juicio desacertada, de la existencia de un hecho notorio *“ampliamente divulgado en los medios de comunicación”* o del hecho de que el Sindicato aceptara la huelga, cuando la constatación va mucho más allá.

Cierto es que no hay una prueba solemne sobre la forma como se debe demostrar la paralización de las actividades, aunque añado que justamente es el Ministerio del Trabajo, por mandato de los convenios internacionales, específicamente por el 081⁹, que contempla a su cargo, entre otros, velar por la protección de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos -entre ellos la huelga- y poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos, que erige su competencia en estos trámites, pues

⁹ Allí por eso se contempla con claridad que *“ninguna otra función que se encomiende a los inspectores del trabajo deberá entorpecer el cumplimiento efectivo de sus funciones principales o perjudicar, en manera alguna, la autoridad e imparcialidad que los inspectores necesitan en sus relaciones con los empleadores y trabajadores”* pues el Gobierno garantiza, en el concierto internacional, el cumplimiento de sus obligaciones.

es el que de forma independiente y, a quien le corresponde, sin tomar partido por ninguna de las partes, determinar de forma transparente cómo se desenvuelve la huelga, no simplemente que esta ocurra.

En ese sentido, la función de la Inspección del Trabajo¹⁰ es determinante en cuanto con ella se busca reflejar la imparcialidad en los conflictos del trabajo, de allí que su inclusión como vigilante en el marco del ejercicio constitucional del derecho de huelga no es fortuita, y si bien considero que el acta no es una prueba solemne, bajo el amparo de tal convenio, que es de aplicación directa, cualquier probanza que la supla debe garantizar de la misma o de mejor manera el objetivo que con ella se busca, esto es determinar qué tipo de cese aconteció.

Jurídicamente y por la incidencia constitucional de la constatación del cese, la simple aparición de noticias o la amplia cobertura de estas, no es suficiente para que el juez adopte una determinación, pues de un lado no aseguran la imparcialidad y, de otro, no establecen los parámetros necesarios para poder estudiar los aspectos materiales del desarrollo de tal prerrogativa superior.

¹⁰ Por ello no es gratuito que quienes la integran deban tener “*la estabilidad en su empleo, y los independicen de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida*” (artículo 6 Convenio 81 OIT), así mismo es el precepto 12 del referido instrumento el que preserva que los Inspectores entren libremente y sin ninguna restricción a cualquier hora del día o de la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección, que pueda interrogar “*solo o ante testigos al empleador, o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales; para exigir la presentación de libros, registros u otros documentos que la legislación nacional relativa a las condiciones de trabajo ordene llevar, a fin de comprobar que están de conformidad con las disposiciones legales y para obtener copia o extractos de los mismos*”, e incluso para proteger tal función es que la propia Comisión de Expertos de la OIT, en sus informes de los años 2011 y 2014, ha indicado que el Estado Colombiano debe cumplir con tal contenido, que se extiende para el caso de la Ley 1210 de 2008.

Es decir, no es cualquier prueba, sin miramientos, como lo estimó la Sala apoyando la tesis del Tribunal, la que va a suplir la comparecencia de la Inspección del Trabajo, que es importante, como se vio, pues finalmente con presencia del Sindicato verificará las condiciones del cese, quienes participan, el modo, tiempo y lugar, si la parálisis es total o parcial, si ha sido o no pacífica, si existió conocimiento previo del empleador, todos ellos elementos determinantes a la hora de estudiar sobre la legalidad o no del cese.

En ese sentido, en este asunto el debido proceso y la libertad sindical se funden para preservar el contenido del derecho a la huelga, y por eso no podía acompañar la elección de una postura en contravía de su contenido; de manera que, amparado en la propia doctrina jurisprudencial de la Sala y al no estar acreditadas las condiciones del cese, no debió accederse a las pretensiones de la demanda.

iv) Aplicación y efectividad de las Normas Internacionales del Trabajo y de las recomendaciones de los órganos de control de la OIT¹¹

¹¹ Quisiera recordar en este disenso que el primer convenio de la Organización Internacional del Trabajo que ratificó Colombia en materia de derecho sindical fue el 011, el 20 de junio de 1933, mucho antes de que existiera la jurisdicción del trabajo, e incluso el Código Sustantivo Laboral, que vino a ser adoptado, décadas después, a través de un Decreto dictado por el Ejecutivo.

Cuando fue expedido el referido Código vino a incorporar los Convenios como normas supletorias en su artículo 19, pero como se sabe la Corte Constitucional, en sentencia C CC401/2005 declaró la exequibilidad condicionándola a que estos son fuente principal y se aplican directamente para resolver la controversia y en esos términos lo dejó claro:

La norma acusada es anterior a la Constitución de 1991. Ello explica que genere dificultades interpretativas y que no exprese claramente lo que se ha sentado en los párrafos anteriores, en aplicación de los artículos 53 y 93 de la Carta. Por eso es necesario condicionar la interpretación de la expresión convenios.

Para desconocer la efectividad de las Normas Internacionales del Trabajo y las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, y de esa forma sostener que, en cambio, el transporte es un servicio público esencial, la Sala, mayoritariamente, entendió que no había vinculación de aquellas, en el tema de huelga. Paradójicamente la exposición de motivos de la Ley 1210 de 2008, que se puede consultar en la Gaceta 070 del Congreso del mismo año, dice todo lo contrario y por la importancia para este debate me permito transcribirlo:

(...) la OIT se manifiesta a través de convenios y recomendaciones, sobre estas últimas, la jurisprudencia ha avanzado en el sentido de darles el carácter de vinculantes para los Estados Partes en la medida que las mismas buscan honrar los convenios y recomendaciones, máxime cuando estas últimas sean emitidas por un órgano de control de una organización

No siempre existe una norma exactamente aplicable a las controversias, pues bien, para llenar el vacío específico, se puede también acudir a los convenios ratificados por Colombia, no porque sean normas supletorias, sino porque son fuente principal y directa de derecho que pueden servir de base para llenar el vacío ...

*Así, en la parte resolutive se declarará la constitucionalidad de la expresión demandada, pero se excluirá la interpretación que pueda llevar a que los convenios de la OIT ratificados por Colombia tengan carácter supletorio. Estos, al incorporarse a la legislación interna (art. 53) son fuente principal y son aplicables para resolver las controversias. Además, es importante recalcar, que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma suprema y que aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el orden interno. **Así habrán de valorarlos especialmente los jueces y los funcionarios administrativos.** (énfasis fuera de texto).*

Luego en providencia que nos es vinculante CC C-465/08 la Corte Constitucional clarifica que las obligaciones internacionales, en ese caso derivadas de la libertad sindical, si bien pueden tener restricciones de índole legal, estas solo serán posibles mientras sean “necesarias, mínimas, indispensables y proporcionadas a la finalidad que persiga ... por lo tanto se advierte que las aludidas restricciones o limitaciones no pueden, en modo alguno, afectar lo que se considera el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical, de modo que la desnaturalicen o impidan su normal y adecuado ejercicio”.

De lo anterior se extrae por lo menos una regla indiscutible, la libertad sindical, prevista en el Convenio 87 y el 98 de la OIT son de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico, de forma que no es posible utilizar argumentos retóricos para restarles tal alcance y luego resquebrajarlo con alusión a disposiciones legales; así mismo como es aceptado que el CLS sí ha hecho recomendaciones directas al Gobierno Colombiano, que este ha admitido, relacionadas con el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales, de manera directa, no es posible oponer que esto no es vinculante, lo que de suyo comporta otra incongruencia interna de la decisión que sigo explicando.

internacional, en el caso que nos ocupa, el Comité de Libertad Sindical, es un órgano de control de la OIT.

En Sentencia T-568 de 1990, Magistrado Ponente, doctor Carlos Gaviria, se precisa este concepto:

b) Obligatoriedad de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT

1. Estructura interna de la OIT

Tres órganos principales componen la OIT. Cada uno está integrado por delegaciones tripartitas: representantes de los gobiernos, de los trabajadores, y de los empleadores, para así lograr políticas concertadas entre todos los actores, y diseñar programas que apunten al objetivo esencial de la Organización: conseguir que los Estados adopten regímenes de trabajo realmente humanos y buscar la justicia social. Son ellos:

La Conferencia Internacional del Trabajo: es el órgano supremo. Su función principal consiste en discutir y adoptar instrumentos normativos de carácter internacional (convenios y recomendaciones) y someterlos a consideración de los Estados, y controlar el cumplimiento de los convenios ya ratificados.

La Oficina Internacional del Trabajo: es el secretariado permanente de la Organización. Es el centro de registro y distribución de los documentos sobre la reglamentación del trabajo y las condiciones laborales en todo el mundo, y entre sus funciones están las de realizar investigaciones y publicaciones y absolver consultas.

El Consejo de Administración: es el órgano ejecutivo de la Organización. Fija el orden del día de la Conferencia, nombra al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, elabora el programa y presupuesto de la Organización, y constituye e integra las comisiones y comités que considera necesarios, entre otras atribuciones y funciones.

Los principales órganos de control y aplicación de los procedimientos son tres: las Comisiones de Encuesta, la Comisión de Investigación y de Conciliación, y el Comité de Libertad Sindical. Las primeras están previstas en la Constitución de la OIT (artículo 26), y los dos restantes fueron creadas en desarrollo de las funciones del Consejo.

El Comité de Libertad Sindical es el organismo especializado de la OIT que examina las quejas que se reciben sobre violaciones a la libertad sindical, y en ese proceso estudia las legislaciones domésticas sobre sindicalización, negociación y huelgas, y examina las medidas de hecho que se tomen en los Estados contra estas libertades. Es una instancia previa a la Comisión de Investigación y Conciliación. Sus recomendaciones están dirigidas al Consejo de Administración, a fin de que este pueda decidir el rechazo de una queja, darle traslado a la Comisión para un examen más detenido o señalar a los gobiernos las anomalías encontradas y su posible solución, en relación con los derechos sindicales y su ejercicio dentro de un contexto necesario de respeto de los Derechos Humanos.

Como se explicó atrás, los órganos de control también emiten recomendaciones y, en ocasiones son vinculantes. Es el caso, por

*ejemplo, de las que profiere la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: La Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que este ha asumido al ratificarla o adherir a ella, Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria.... Por último, **Todos los órganos de los Estados Parte tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, no pudiendo esta establecer el modo de ejecutarlas a nivel interno (...) siendo por tanto el Estado (...) el que debe determinar la forma de cumplir con las mismas.***

Como se enunció anteriormente, el Comité de Libertad Sindical es un órgano de control de la OIT; confronta las situaciones de hecho que se le presentan o las normas internas de los Estados, con las normas internacionales aplicables según los Tratados ratificados por los Estados involucrados (en este caso, la Constitución de la OIT y los Convenios sobre libertad sindical); luego, formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración, ya que este es el órgano que puede emitir recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la Organización.

***En la presente iniciativa legislativa de origen Gubernamental, en la exposición de motivos, se acogen las recomendaciones emanadas del Comité de Libertad Sindical y la comisión de expertos, en lo que se refiere al derecho de huelga.** Por el contrario, dos resoluciones de la Conferencia Internacional de Trabajo- Resolución sobre la abolición de la legislación antisindical en los Estados miembros de la OIT, (1957) y la resolución sobre derechos sindicales y su relación con las libertades civiles- (1970), han reconocido el derecho de huelga en los Estados miembros.*

En contra de la aceptación del Estado colombiano al expedir la norma de Ley 1210 de 2008, que otorgó competencia a la Sala para definir, la sentencia de la que me aparto sostiene, que las recomendaciones solo son vinculantes si los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo exhortan de manera clara a la desclasificación expresa del transporte aéreo.

Esa postura que se adopta por la mayoría en la determinación de la que discrepo, adicionalmente, desconoce

la línea jurisprudencial sobre vinculatoriedad de recomendaciones que, en apretada síntesis, pero dada la importancia en el disenso me permito recapitular.

La primera decisión que resolvió sobre la vinculación de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT fue la CC T-568 de 1999 en ella, en atención a lo dicho sobre el Convenio 87 y 98 sobre libertad sindical y específicamente resolviendo un caso sobre ilegalidad de la huelga en servicios públicos esenciales, se destacó que *«la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos no indica la forma precisa en la que han de ser incorporados a los ordenamientos internos; el derecho internacional ha dejado a los Estados, según su organización, sus sistemas normativos y la forma que hayan designado para asumir los convenios internacionales en su legislación la posibilidad de diseñar mecanismos propios. En todo caso, los Estados que los ratifican deben tener en cuenta dos asuntos fundamentales, primero, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados obliga a los Estados a cumplir las disposiciones de los acuerdos que concluyan de buena fe (pacta sunt servanda) y el 27 prohíbe a las partes invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de sus obligaciones internacionales; segundo, si bien los derechos no deben ser traducidos literalmente a leyes internas, ni en los Convenios se aconsejan procedimientos determinados para invocarlos en los sistemas domésticos, el Estado debe asegurarse de que la organización o la legislación locales prevean mecanismos efectivos de protección de los derechos consagrados en los instrumentos. **En lo que hace a los derechos laborales, el cumplir de buena fe las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados, consiste en ampliar en lo posible el espectro de protección de los derechos de los trabajadores en el orden interno, de acuerdo con los avances de la legislación y jurisprudencia internacionales. Se supone***

entonces que los Estados deben abstenerse de legislar internamente en contra de los tratados ratificados sobre la materia; la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho al respecto: Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional (...) puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado -por el tratado-. También por supuesto dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la convención» (Énfasis fuera de texto).

En ese sentido, el referido pronunciamiento arguye que la ratificación de la Constitución de la OIT y de los convenios sobre libertad sindical, obligan al Estado Colombiano a no menoscabar los derechos allí reconocidos, dentro del cual está el ejercicio de la huelga, específicamente la viabilidad de ejercerla en un servicio público.

Incluso, en reciente sentencia del Consejo de Estado, de 23 de octubre de 2017, al resolver sobre la acción directa que se ejerció, por error jurisdiccional contra la referida CC T-568 de 1999, radicado 35289, destacó que *«la prohibición de la huelga en los servicios públicos esenciales se concibió como excepción a la regla. En suma, la calificación de esencialidad del servicio público, exclusiva y excluyentemente por parte del legislador, representa la especie en presencia de la cual se justifica exceptuar el ejercicio del derecho de huelga, sustituyéndose el género servicio público, al que aludían las normas preconstitucionales contempladas por los artículos 430 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo por la especie de servicios públicos esenciales, a los que se refiere el artículo 56 CP»*. Arguyó el referido fallo que, finalmente, la Corte Constitucional acogió, válidamente, la recomendación emitida por el Comité de Libertad Sindical en su informe número 309, caso 1916.

Más tarde en el Auto 078 A/1999, la misma Corte Constitucional ratificó la vinculatoriedad de los convenios y recomendaciones de OIT, bajo el amparo del artículo 93 de la Constitución Política, pues estas últimas, aunque doctrina, sirven de referente válido para dar contexto al Convenio 87 y 98, lo que, en ese asunto, ni siquiera se tuvo en cuenta.

Para consolidar tal postura, la sentencia de la Corte Constitucional CC T603/2003, recaba sobre la finalidad jurídica de las recomendaciones y el hecho de que estos se constituyan en pilares a partir de los cuales deben interpretarse los Convenios debidamente ratificados por el país, que se sujeta a lo dispuesto por los órganos de control de la organización internacional del trabajo.

Luego la decisión CC T974/2004, vendría a clarificar cuáles recomendaciones del Comité de Libertad Sindical eran vinculantes, esto es las aprobadas por el Consejo de Administración, línea que se mantuvo con la providencia CC T171/2011 en cuanto, bajo el venero del Convenio 87 y del 98 del OIT, recabó sobre la imposibilidad de desconocer recomendaciones que el Gobierno debía atender de la mejor manera.

Incluso en la T 261/2012, la Corte Constitucional destacó que de no estimarse obligatorias ni vinculantes las recomendaciones *«se permitiría una interpretación libre de los convenios y recomendaciones internacionales, los cuales no tienen la*

misma significación que una norma de derecho interno, sino que por el contrario prevalecen sobre la misma».

La sentencia CC SU555/2014, que se transcribió parcialmente en la providencia de la referencia, acude ahora a la teoría del marco de apreciación nacional. En esta nueva decisión la Corte Constitucional no recoge las anteriores subreglas, por el contrario, es evidente que el acatamiento de las recomendaciones permanece, solo que admite que el Estado asuma mayor protagonismo a la hora de realizar los propósitos de las recomendaciones, que van en sintonía con los Convenios que integran el bloque de constitucionalidad.

Es justamente bajo ese entendimiento de la memorada sentencia SU555/2014, y en ejercicio de la labor de unificación como máxima autoridad en materia laboral que esta misma Sala, en pronunciamiento también reciente CSJ SL12498-2017 destacó con amparo en esa sentencia unificadora, sobre el carácter vinculante de las recomendaciones, lo que deja sin piso la idea que se intenta introducir en la providencia de la que disiento, sobre la falta de eficacia de aquellas.

Recapitulo que si desde la propia exposición de motivos, de iniciativa gubernamental, cuyo primer proyecto acogía las recomendaciones para emitir reglas que compaginaran la huelga en los servicios públicos, no podía la Sala, en desconocimiento de ellos, aludir que esto no es posible, trayendo para el efecto decisiones contradictorias y dispersas que no se encontraban en sintonía con el debate propuesto,

esto es si las recomendaciones de los órganos de control de la OIT imponían a la Corte un examen distinto que el acogido para el estudio de la legalidad de la huelga.

Como lo expliqué al inicio de mi salvamento, la libertad sindical y la huelga son derechos robustos en el ordenamiento jurídico global, leerlos en contravía no conduce a afianzarlos, sino a erosionarlos.

En todo caso y para desvertebrar la tesis inserta en la sentencia, de que no existen recomendaciones directas por el respeto al derecho de huelga en servicios públicos esenciales, bastaba con leer el informe de expertos de la OIT del año 2012, en el que se indica que *«La comisión reafirma que el derecho de huelga se deriva del convenio. La comisión subraya que la legislación de la gran mayoría de países y un número considerable de constituciones, así como varios instrumentos internacionales y regionales, se refieren a él con frecuencia, lo que justifica sus intervenciones al respecto. Los principios elaborados por los órganos de control solo tienen por objetivo garantizar que el derecho de huelga no sea un recurso retórico, sino que, por el contrario, sea debidamente reconocido y respetado en la práctica»*.

Así mismo, esa lectura debe complementarse con la del Comité de Libertad Sindical que, en ese contexto, ha adoctrinado que *«el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida que constituyan un medio de defensa de sus intereses económicos»* (párrafo 520).

Lo anterior debe mirarse acompañado con los informes del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones -CEACR- de los años 2009, 2010, 2012 y 2013, en los que se indica, contrario a lo aquí afirmado sobre el transporte aéreo en el caso colombiano:

La Comisión también se refirió a la prohibición de la huelga, no sólo en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, sino también en una gama muy amplia de servicios que no son necesariamente esenciales (artículo 430, incisos b), d), f), g) y h); artículo 450, párrafo 1), inciso a), del Código del Trabajo, Ley Tributaria núm. 633/00 y decretos núms. 414 y 437 de 1952; 1543 de 1955; 1593 de 1959; 1167 de 1963; 57 y 534 de 1967) y la posibilidad de despedir a los trabajadores que hayan intervenido o participado en una huelga ilegal (artículo 450 párrafo 2, del Código del Trabajo), incluso cuando la ilegalidad resulta de exigencias contrarias a los principios de libertad sindical. La Comisión había pedido al Gobierno que en el marco de un proyecto de ley que estaba examinando el Congreso y que preveía ciertas modificaciones al Código de Trabajo, se modificaran las disposiciones comentadas invitándose al Gobierno a que recurriera a la asistencia técnica de la Oficina. A este respecto, la Comisión toma nota de que el Gobierno señala que: 1) al valorar los intereses en conflicto, a efectos de hacer la definición de los servicios públicos esenciales, el legislador debe partir de bases serias objetivas y razonables, de modo que la respectiva regulación guarde proporcionalidad entre el respeto de los derechos fundamentales de los usuarios y el derecho de los trabajadores a la huelga; 2) la Constitución reconoce el derecho de huelga pero este no es absoluto; 3) en virtud de la ley núm. 1210 de Libertad sindical, negociación colectiva y relaciones laborales.

LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACION COLECTIVA Y RELACIONES LABORALES

la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales de carácter tripartito deberá presentar un informe dentro de los seis meses sobre los proyectos que haya presentado en relación con los artículos 55 (negociación colectiva) y 56 (huelga y servicios esenciales) de la Constitución. La Comisión pide al Gobierno que le informe sobre todo avance para modificar la legislación en lo que respecta a la gama muy amplia de servicios en los que, por ser considerados esenciales, se prohíbe la huelga, así como el segundo párrafo del artículo 450 en virtud del cual se puede despedir a los trabajadores que hayan participado en una huelga en dichos servicios.

Esbozo los elementos jurídicos que encuentro más cercanos al caso aquí discutido, pero quiero resaltar que es prolífica la doctrina y la jurisprudencia sobre este asunto y que como pocos países Colombia, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo ha sido exhortada, en múltiples oportunidades, a cumplir con los estándares internacionales de protección de libertad sindical, de forma que no puedo acompañar tampoco las estimaciones mayoritarias de la Sala en esta materia y me aparto de ellas por lo explicado.

v) La posibilidad de ejercer el derecho a la huelga en los servicios públicos

La Sala de Casación Laboral, desde que asumió la competencia dada por la Ley 1210 de 2008, ha aceptado la huelga en los servicios públicos, aun cuando estos hayan sido calificados por el legislador como esenciales.

El primer caso de transporte del que conoció, radicado 40418 de 2009, concluyó que, aunque la Ley 336 de 1996 hubiese definido a este sector como esencial, los trabajadores en el sector de carga bien podían acudir a la huelga, en tanto era necesario ponderar si la actividad realizada, afectó materialmente a la ciudadanía.

También ha avalado la huelga parcial en el servicio público de educación, en radicado SL16402-2014, encontró que los trabajadores bien podían acudir a este legítimo medio de presión cuya afectación se vio compensada con la

recuperación de las horas cátedra perdidas y que, si bien se afectaba a los estudiantes, era necesario encontrar un punto meridiano de compensación de garantías constitucionales la huelga y la educación.

En el sector de la electricidad, la Sala decantó en providencia SL19955-2015, que el cese no fue ilegal, y lo mismo ocurrió en el sector transporte terrestre en los casos SL 26, nov, 2012, rad. 59419 y SL 10, May, 2013, 58702, en los que caso, a caso, se definió sobre su legalidad, incluso en contravía del contenido legal y jurisprudencial que se esgrimió en la sentencia de la que me aparto, que es contradictorio en cuanto desconoce su propia teoría sobre el contenido material de los derechos.

En ese sentido, los pilotos de ACDAC prevalidos de la propia doctrina jurisprudencial de la Sala, ejercieron el derecho a la huelga, de allí que la carga argumentativa que correspondía para, en este caso, variar el criterio, no podía ser ambigua o vaga, y por el contrario implicaba que, de una vez por todas, y por la incidencia de la unificación jurisprudencial que nos atañe, se adoptara una tesis precisa para evitar futuras frustraciones, sobre todo en el ámbito social sobre el ejercicio de la huelga.

Desde mi óptica, la Corte en este pronunciamiento deja al descubierto la insuficiencia de sus reglas jurisprudenciales sobre la manera en la que pueden compaginarse los derechos de huelga y libertad sindical, y la manera de determinar el criterio material en los servicios

públicos, aunque el legislador los califique de esenciales, y esto tiene unas consecuencias que hoy se aprecian, en tanto, aunque lo intenta con distintas transcripciones, no cumple el objetivo de diferenciar, por ejemplo, cómo el cese en el transporte de carga, o la electricidad o la educación, que tienen honda repercusión en la vida de la ciudadanía, pueden coexistir con los derechos individuales y ser legales los ceses -lo cual comparto - y, no así, el transporte aéreo, que no se paralizó por completo, que afectó solo parcialmente las operaciones, que se desarrolló en una empresa privada que tiempo atrás conocía sobre la posibilidad de la cesación y que, por sobre todo, no reviste igual importancia en la locomoción de las personas, pues su utilización es reducida y, además, existen otras compañías que, por doquier, realizan idéntica actividad, incluso una estatal.

Por eso era necesario, como lo insistí, crear una propia doctrina jurisprudencial que sirviera para conciliar los distintos derechos en tensión en este tipo de asuntos, en los que no es posible, bajo ningún argumento, descartar a uno para sobreponer otro; una tesis en perspectiva incluso, estando ante servicios públicos que la ley defina como esenciales, de **prestación de servicio mínimo de dignidad**, hace mucho más fácil alcanzar ese cometido y por eso, en este evento, era determinante la constatación efectiva del cese de actividades como lo expresé.

En ese sentido, la Sala bien podía acudir, por lo menos, a la definición concreta sobre la esencialidad de un servicio público, esto es que su parálisis afecte **gravemente** la vida,

la salud o la integridad de parte o de toda la afectación y cuya ausencia suponga una carga injustificada, no compensada por otros medios.

Si a tal definición y con metodología hubiera acudido, hubiese descartado que una huelga de pilotos aéreos como la desarrollada por ACDAC, estuviera catalogada dentro de servicio público esencial, pues con rapidez se concluiría que, sin negar que algunas personas pudieron verse afectadas, esto no solo era solucionable por la propia empresa, ante las propias cláusulas de los contratos de transporte aéreo, sino que además, esa parálisis no podía tenerse como injustificada, no solo por el ejercicio de huelga del que hicieron uso, sino por las manifestaciones recurrentes de incumplimiento grave de las obligaciones del empleador, a las que incluso añadieron ser contrarias al propio artículo 200 del C.P.

Dificultades en la construcción del argumento

En síntesis, la decisión acude a otras tantas sentencias de la Corte Constitucional y de esta propia Sala, en las que se ha catalogado al transporte como servicio público esencial y, en todo caso, en todas ellas se destaca, que es el juzgador quien debe determinar si, en efecto, materialmente, hubo afectación del núcleo del derecho a proteger, de manera que, y en eso coincido, al margen de que el legislador hubiese definido un servicio como esencial, ello no significa una camisa de fuerza para la declaratoria de ilegalidad.

El pronunciamiento, pese a dar por cierto tal hipótesis, se concentra en demostrar que existe legislación que prohíbe la huelga en los servicios públicos esenciales y, específicamente en el sector transporte, y que ello está avalado por decisiones de exequibilidad, solo que esa pérdida de energía no desdibuja el hecho que da por cierto de estudiar caso por caso, y aunque exista la talanquera legal, si el cese en realidad afectó un servicio público esencial.

A su vez encuentro deficiencias en las citas utilizadas, pues en ellas no se hace referencia a la huelga, ni a la imposibilidad de que esta se produzca en el sector transporte, allí por el contrario, en la mayoría de pronunciamientos que se traen a colación, se habla de la justiciabilidad del derecho a la salud y de la obligatoriedad del Estado de disponer, entre otros, servicio de transporte para los pacientes, de manera que resulta desatinada su referencia, pues en este asunto nadie discute que los ciudadanos requieren movilizarse, por el contrario el cuestionamiento trascendental es si ello se impidió injustificadamente por razón de la huelga, si podían hacerlo por otros medios, si la mayoría de la población utiliza el transporte aéreo, si AVIANCA S.A. es la única que presta tal servicio y si estaba obligada por razón de las cláusulas de transporte a responder por el servicio al que se había comprometido y cuyo incumplimiento no podía trasladar a los trabajadores, pues recuérdese que en el derecho al trabajo, y así lo refiere el Código Sustantivo Laboral en su

artículo 28, «*El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas*».

Por eso también me resulta desacertada la alusión de la providencia, según la cual la movilización del año 2016, fue de 36 millones de pasajeros, de los cuales el 48% corresponde a la demandada; pues de tal conclusión aflora a priori una contrariedad, y es la de que esa cifra, por sí sola no demuestra nada, incluso si a ese terreno de debate se llegara, fácilmente se opondría, con los datos del DANE del año 2016¹², que dentro del porcentaje de la participación del sector transporte, el aéreo, ocupó el 13,89%, versus el 68,58% del transporte terrestre y el 17,53% del transporte complementario, y que si en estos dos últimos, que como atrás se explicó, se ha declarado la legalidad de la suspensión de labores, no podía argüirse que es la globalización la que determina su importancia, y menos que se trata de un recurso social vital, pues en términos, estos si, estrictamente jurídicos, el juicio sobre esencialidad no deriva de reglas de experiencia del juzgador, sino de constataciones certeras sobre la afectación en concreto, la parálisis total, con riesgo grave en la población.

Cuando se habla de que un servicio público esencial no puede paralizarse, se hace referencia a una lectura restrictiva, es decir a aquellos que representan afectación gravísima, imposible de resolver por otros medios; pero por ejemplo, acudir a contextos particulares, a casos concretos e

¹²<https://www.mintransporte.gov.co/visorpdf.php?id=15483&pdf=1>

individuales, en este evento a testimonios parciales, que no reflejan la exigencia doctrinal, lo que hizo fue introducir un sofisma argumentativo, pues insisto, nadie duda que muchas personas se vieron afectadas, la pregunta es si podía compensarse tal afectación y si, además, existían otras maneras para remediarla, como el cambio de aerolínea.

La decisión, además, parece plantear que la empresa accionante es la que presta un servicio público esencial y que es la única que llega a regiones apartadas, para desmontar tal afirmación basta únicamente con acudir al parágrafo 3 del artículo 1 de la Ley 1437 de 2010, en la que se deja claro que es SATENA S.A., con capital público, es la que integra *«las regiones más apartadas con los centros económicos del país, para coadyuvar al desarrollo económico, social y cultural de estas regiones y contribuir al ejercicio de la soberanía nacional de las zonas más apartadas del país»*.

Es decir que SATENA, empresa a cargo del Estado, como se dispone en tal norma, así como en el Decreto 942 de 2016, tiene la obligación de llegar a los lugares más apartados, impidiendo con ello que una empresa particular tenga tal monopolio en el transporte, de manera que los ciudadanos de los lugares remotos debieron ser reubicados, insisto, dadas las cláusulas del contrato que suscribieron con AVIANCA S.A. al adquirir sus tiquetes.

Entonces, en términos del criterio material, no puede entenderse demostrado que la huelga parcial de pilotos hubiese impedido la satisfacción de otros derechos que se

encuentran garantizados por el propio Estado y en términos del criterio legal, acompañado con las Normas Internacionales del Trabajo y las recomendaciones que acató el Gobierno Nacional al expedir la Ley 1210 de 2008, no era viable tener al transporte aéreo como servicio público esencial que impidiera la realización de la huelga, lo cual suma a las razones para que considerara que el resultado del proceso no debió ser el de la declaratoria de la ilegalidad de la huelga que definió el Tribunal Superior del Distrito judicial – Sala Laboral y que prohijó la Sala Laboral de la Corte por mayoría de sus integrantes.

Guía de la doctrina internacional en transporte aéreo como servicio público no esencial

A lo largo de mi disenso he destacado mi postura sobre la vinculatoriedad de los Convenios 87 y 98 de la OIT, pero además sobre el valor de las recomendaciones que como doctrina son obligatorias y permiten su ejercicio material.

En ese sentido, para destacar sobre la no esencialidad del sector transporte aéreo, acudo al contenido de la Recopilación del referido CLS, que en su párrafo 587, expresa que no constituyen, en sentido estricto, servicios esenciales, entre otros, «*los transportes, en general (párrafo 545 Recopilación 1996; 302. informe, caso núm. 1849, párrafo 203, caso núm. 1695, párrafo 248; 303. informe, casos núm. 1810 y 1830, párrafo 62; 316. informe, caso núm. 1989, párrafo 191; 317. informe, caso núm. 1971, párrafo 56); “los pilotos de líneas aéreas (véase 329. informe, caso núm. 2195, párrafo 737)”*».

Así mismo, el Comité de Libertad Sindical -CLS- ha decantado también que *«El principio sobre prohibición de huelgas en los «servicios esenciales» podría quedar desvirtuado si se tratara de declarar ilegal una huelga en una o varias empresas que no prestaran un «servicio esencial», y ha establecido un criterio material de ponderación según el cual «Para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga, el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población», así mismo ha explicado que «lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país».*

Esto guarda coherencia con la propia sentencia CC C450/1995, en cuanto esta también exige, caso a caso determinar sobre la afectación real de la huelga, en atención a los anteriores aspectos ya indicados por el CLS, que desde mi óptica no se atendieron en la providencia de la que me aparto, pues como lo he desarrollado en este evento no se satisfacen los requerimientos de la doctrina para hablar de esencialidad.

Quiero anotar además, que si por ejemplo, los controladores aéreos sí desarrollan un servicio público esencial, en la voz del CLS, es precisamente porque su labor se conecta plenamente con la seguridad aérea y porque su falta paralizaría a todos los componentes del transporte aéreo, no a una empresa de aviación en particular, pero en el caso de los pilotos, esta idea no puede atenderse, menos cuando existió prestación de servicios y que cualquier carga que se generara debía ser resuelta por las autoridades

públicas, en razón a sus competencias legales y constitucionales.

En suma, creo que la Sala debió nutrirse de tales elementos, caracterizando una ponderación de garantías constitucionales, a través del establecimiento de una teoría de servicio mínimo de dignidad, en el que los Sindicatos, por ejemplo, previo al cese, explicaran la forma en la que el mismo va a operar y a garantizar, como parece ocurrió en este asunto, la prestación de unos servicios básicos, pues los restantes, por la función social que le atañe a la propiedad privada, debe solventarlos la empresa.

Conclusiones

1) *Siendo la libertad y el derecho a la huelga derechos humanos laborales no es posible hacerlos nugatorios, ni vaciarlos de contenido.*

2) *La huelga y la libertad de empresa deben coexistir y por ello se hace necesario que la jurisprudencia establezca reglas para permitir su ejercicio, sin hacerlo inane, como lo plantea la providencia de la que me aparto.*

3) *No es posible impedir a las Federaciones y Confederaciones la participación en los procesos de su interés pues ello quebranta la libertad sindical.*

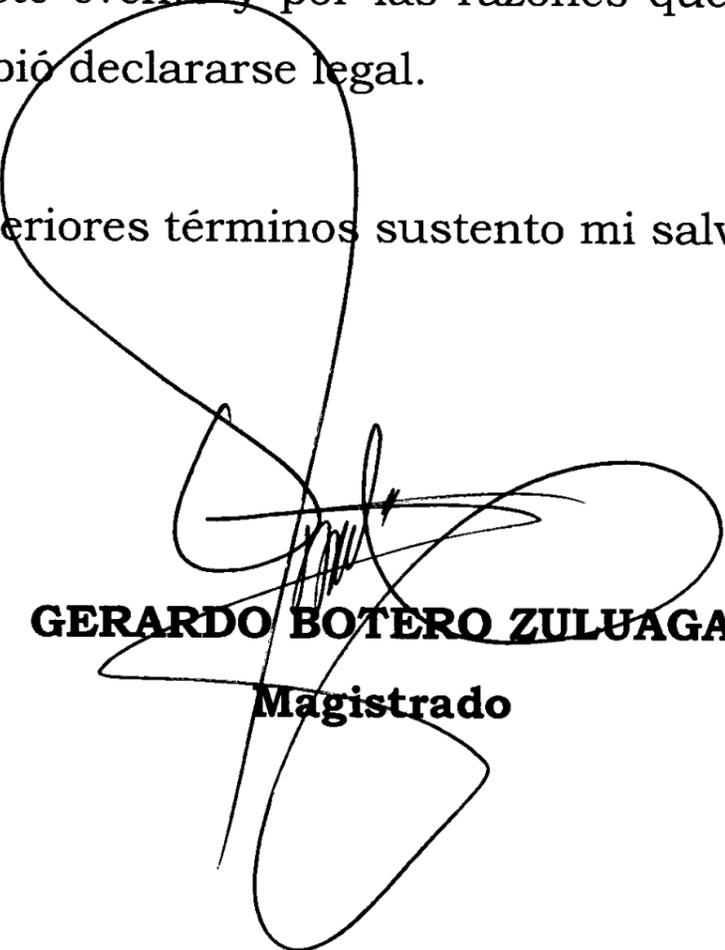
4) *La constatación de cese de actividades no es un formalismo, por el contrario, es una garantía de imparcialidad, que abona a la realización del derecho*

constitucional de huelga que solo puede ser suplida con un medio probatorio que la garantice de mejor manera.

5) *La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha aceptado, bajo el criterio material, el ejercicio de la huelga en el sector transporte y por eso no resulta plausible que negara en este evento la huelga para los Pilotos que estaban prevalidos de tal doctrina, por razón de la cual el transporte aéreo no es un servicio público esencial.*

6) *Las sociedades democráticas son aquellas que aceptan la coexistencia de distintos intereses y derechos y buscan la realización de una vida en condiciones dignas (artículo 1 Constitución Política), la libertad sindical y la huelga permiten que ello suceda, y por ello los jueces del trabajo estamos obligados a **«lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social»** (artículo 1 C.S.T.), de allí que, en este evento y por las razones que expliqué la huelga debió declararse legal.*

En los anteriores términos sustento mi salvamento.



GERARDO BOTERO ZULUAGA
Magistrado