



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Aerovías del Continente Americano S.A. – AVIANCA S.A.

Demandado: Asociación Colombiana de Aviadores Civiles – ACDAC

Radicación: 79047

Magistrado Ponente: Rigoberto Echeverri Bueno

Con el acostumbrado respeto disiento de la decisión que adoptó la mayoría, fundamentalmente por dos razones. Primero, porque a mi modo de ver, el transporte aéreo en Colombia, a todas luces, NO es un servicio esencial. Segundo, porque el procedimiento interno democrático de votación de la huelga se ajusta al orden jurídico. Empezaré por explicar lo primero:

1. El transporte aéreo no es un servicio esencial

Ha sostenido la jurisprudencia constitucional y ordinaria que la calificación de un servicio público esencial depende de la concurrencia de dos factores: *(i) uno formal o de orden legal*, en virtud del cual debe existir una decisión del legislador de catalogar un determinado servicio como esencial; y *(ii) uno material*, consistente en que ese servicio, real y efectivamente, sea vital para la comunidad, esto es, que su interrupción materialmente ponga en peligro la vida, la salud y la seguridad de las personas.

Aunque en este asunto se cumple la primera condición, pues los artículos 5 y 68 de la Ley 336 de 1996 determinaron que el transporte aéreo es un servicio público esencial sometido a la protección y regulación del Estado, la segunda condición no se cumple, como paso a exponerlo.

En primer lugar y a modo de preludio, debo recordar que la huelga, al ser un corolario indisociable del derecho de sindicación y de negociación colectiva, es un derecho fundamental de los trabajadores. Sin huelga las libertades sindicales quedan privadas de sustancia, sin mecanismos de reivindicación y autotutela, esto es, sin acciones concretas de fuerza colectiva. Por ello, la doctrina autorizada ha puntualizado que *«la inexistencia o defectuosidad de cualquiera de estos tres pilares [sindicato, negociación colectiva y **huelga**] determina el mal funcionamiento del derecho colectivo del trabajo»*¹.

En tanto derecho fundamental, las normas que consagran el derecho de huelga deben comprenderse del modo más amplio posible o extenso, y a la inversa, sus limitaciones deben interpretarse restrictivamente.

En virtud de este principio interpretativo del derecho a la huelga y sus limitaciones, los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo han rechazado doctrinas que toman como referente de la esencialidad criterios tales como el *respeto a los derechos y libertades fundamentales*, la *prosperidad económica*, el *interés general* o la *utilidad pública*, los cuales, por su alto grado de indeterminación y vaguedad, podrían conducir a colegir que cualquier servicio o proceso

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar. Apuntes sobre la huelga. Montevideo -Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria. 3ª edición. Pág. 9

productivo es vital para la humanidad. En su lugar y con un amplio consenso universal, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones han acuñado la fórmula estricta que considera como servicios esenciales a aquellos **«...cuya interrupción pone en peligro la vida, la salud o la seguridad de toda o parte de la población»**.

Como lo afirmé, esta definición adoptada por los órganos de control de la OIT debe ser interpretada de manera selectiva, estricta y restrictiva, lo que excluye la posibilidad de acudir a construcciones forzadas, complejas o indirectas para sostener que ciertas actividades ponen en peligro la vida, la salud y la seguridad. Dicho de otro modo: la esencialidad presupone que la afectación de estos derechos es directa, clara e inequívoca.

Y acá viene mi primera crítica al fallo, ya que en defensa de su tesis de la esencialidad del servicio de transporte aéreo acude a argumentos tales como el derecho a la movilidad, la libre circulación, el trabajo y la educación, lo cual es inadecuado. Por otro lado, la relación que establece con los derechos a la vida, la seguridad y la salud de las personas es indirecta y como consecuencia de la presunta afectación del derecho a la libre locomoción.

Así, en la sentencia se afirma que:

*El transporte de pasajeros que cumple la sociedad demandante y que se vio comprometido con la huelga de la organización demandada, como lo dijo el Tribunal, está ligado de manera inescindible a la realización efectiva de otros derechos de fundamental importancia en un estado social de derecho, como la movilidad y la locomoción, que autorizan a cualquier persona para transitar libremente por el territorio nacional, **lo que, a su***

vez, sirve de canal principal para la garantía de otros derechos fundamentales como la salud, la seguridad y la vida.

Como se puede fácilmente advertir, la Corte cae en el equívoco de no establecer una conexión directa entre el transporte aéreo y la garantía de la vida, la salud y la seguridad de las personas, sino que lo hace a través de otros derechos presuntamente transgredidos como el de la movilidad y libre circulación. Al hacerlo de esta forma, el fallo infringe la regla hermenéutica de interpretación de los derechos fundamentales, en virtud de la cual su protección debe garantizarse al máximo y sus restricciones interpretarse restrictivamente.

Aquí importa destacar que de aceptarse la posibilidad de declarar la esencialidad de un servicio en virtud de este tipo de construcciones indirectas, poco sólidas o forzadas, se cae en el riesgo de llegar a prohibir la huelga en actividades que en rigor no comprometen las condiciones de existencia de la población. Bajo estas elaboraciones complejas cualquier bien o servicio ofrecido en el mercado podría llegar a ser esencial y, por ello, insisto, la relación con la vida, la salud y la seguridad tiene que ser inmediata y clara.

En segundo lugar, la sentencia parece entender que los malestares padecidos por los usuarios, derivados de la falta de infraestructura hospitalaria suficiente y de médicos especializados en algunas zonas del país, así como de la ausencia de una real accesibilidad a los servicios de salud, es culpa de los pilotos, quienes con la huelga impidieron el transporte de los pacientes.

Empero, este razonamiento que supone que la huelga es el obstáculo a la satisfacción de los servicios de salud, esconde la

falacia de no tener en cuenta que los problemas expuestos son consecuencia de fallas estructurales del sistema de salud. Y, por otro lado, en todos ellos, la aerolínea Avianca S.A. era la que debía, en su calidad de garante, buscar soluciones. Bien podía, en tal sentido, reubicar a esos usuarios en un vuelo suyo en otro horario, pues es un hecho notorio que a pesar de la huelga, Avianca S.A. siguió prestando sus servicios parcialmente a casi todos los destinos en los cuales opera.

Ahora, de no poder reubicar a los usuarios con problemas de salud en un vuelo suyo, estaba en el deber de hacerlo, a cero costo, en otra aerolínea. Otra sería la discusión si en Colombia Avianca S.A. fuese la única línea aérea y si la huelga fuese total, pero ello no es así, ya que 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 (fl. 112 c. de la Corte), a lo que se suma que Avianca continuó prestando sus servicios parcialmente y con una capacidad de casi el 60%, según lo afirmó ante los medios de comunicación Hernán Rincón, presidente ejecutivo y CEO de Avianca².

Por consiguiente, es sorprendente que la mayoría de los magistrados de la Sala de Casación Laboral consideren esencial un servicio que evidentemente no lo es. Su suspensión, en la realidad colombiana, no compromete directa e inequívocamente la salud, la seguridad y la vida de la población, toda vez existe multiplicidad de ofertas de vuelos y, en este caso, Avianca S.A. tuvo suficiente capacidad operativa para seguir funcionando, así sea parcialmente. Adicionalmente, las contingencias de los

² <http://www.portafolio.co/negocios/empresas/operacion-de-avianca-a-diciembre-de-2017-510603>

usuarios debían ser solucionados eficazmente por la aerolínea demandante.

Es más, si se miran los casos que la sentencia trae a colación se advertirá que todos demuestran fallas o negligencias empresariales. Dice por ejemplo la Corte:

En correspondencia con lo anterior, en este caso, en el curso del proceso rindió testimonio la señora Luz Adriana García (archivo MVI_0049, minuto 51 y ss.), encargada de atender reclamos de los clientes de la empresa, en el que informó que, a raíz del cese, se habían cancelado más de 3600 vuelos, fruto de lo cual se habían visto afectadas personas que necesitaban cumplir citas médicas, obligaciones laborales o acceder a la educación, así como menores de edad, personas de la tercera edad y personas en condiciones de discapacidad. Asimismo, confirmó que los víveres y medicamentos para las ciudades de San Andrés Isla y Leticia llegaban por vía aérea.

En similares términos, en las actas de constatación de la Dirección Territorial de Antioquia de los días 20 y 21 de septiembre de 2017 (fol. 550 y 585), se dejó constancia de que dentro de los pasajeros afectados por el cese de actividades se encuentran «...niños, personas discapacitadas, adultos mayores...» Igual información reposa en el acta del 21 de septiembre de 2017, de la Dirección Territorial de Palmira, que contó con la participación de un representante del sindicato, según la cual dentro de los afectados hay familias con niños y personas de la tercera edad.

A folios 794 y 795 se registran situaciones especiales de reclamos de personas como Camilo González y Julio Esteban Colmenares, que sufrieron complicaciones médicas o no pudieron cumplir citas médicas debido al cese de actividades. A folio 804 se registra otro reclamo en los siguientes términos: «la aerolínea me llama cuando ya estaba a 3 minutos en el aeropuerto para avisar la cancelación y me afectó porque tenía una cita para cirugía de garganta, afectándome para mi salud, trabajo y ya tenía todo cuadrado.

Nótese que todas estas situaciones relacionan usuarios con especiales condiciones de salud, a los que la demandante debió darles prelación en sus vuelos, reubicarlos en otros de su línea o de otra empresa, pues era de su competencia resolverlos

Véase nada más el último ejemplo, en el que se advierte que la aerolínea le avisó a un usuario con problemas de salud solo tres minutos antes del horario programado que el vuelo se canceló. Me pregunto: ¿la responsabilidad aquí es empresarial o de los trabajadores? La respuesta, claramente, es que es de la compañía, ya que la huelga fue anunciada y votada con anticipación, y los días de ejecución y los vuelos afectados eran de conocimiento de la empresa, luego notificar a un usuario con tan poco tiempo la cancelación de su vuelo, es a no dudarlo, un defecto empresarial.

Por lo demás, el fallo trae a colación las regiones de San Andrés Isla y Leticia para defender la esencialidad del servicio, lo cual es bastante exótico pues basta con ingresar a un buscador de vuelos para advertir que la oferta a esos lugares es amplia. Por ejemplo a San Andrés llega Wingo, Viva Colombia, Latam y Copa Airlines, y a Leticia vuela Latam. Todo sin contar con que la operación a esos lugares por Avianca nunca se suspendió.

Cumple añadir a lo anterior, que de conformidad con el artículo 2.º del Decreto Ley 2344 de 1971, parcialmente reformado mediante Decreto 2180 de 1984, es función de 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»* y *«vincular apartadas regiones del país a la economía y vida nacional, por medio del servicio aéreo»*, de suerte que la esencialidad del servicio propuesto en la sentencia no encuentra solidez porque el mismo ordenamiento jurídico prevé la obligación del Estado para suministrar el servicio de transporte en aquellas zonas marginadas.

En tercer lugar, me parece que en el trasfondo de la providencia subyace la idea, errada desde luego, de que la huelga no puede aparejar perturbaciones a usuarios o consumidores de las empresas, todo bajo el principio de la primacía del interés general sobre el particular.

Es preciso subrayar que la huelga, por su naturaleza, es una medida de presión dirigida al empleador con el fin de que acceda a negociar o a realizar concesiones en favor de los trabajadores. Para que una protesta sea eficaz, debe tener la capacidad de paralizar los procesos productivos.

Pero la eficacia de la huelga no se limita al empresario, también a los servicios que este ofrece a sus usuarios. En este sentido, es inherente a la suspensión colectiva de actividades este tipo de perturbaciones, con dos objetivos: (i) para atraer a la opinión pública y visibilizar problemas sociales y laborales en la empresa; y (ii) para provocar una presión de los usuarios hacia el empleador.

Igualmente, el argumento de la prevalencia de un interés general de los usuarios –no ligado a la vida, la salud y la seguridad- oponible al «*interés particular*» de los trabajadores, se cimienta, como lo dice Tribuzio, «*sobre una falacia inicial, cual es, considerar que el derecho de huelga expresa un interés –inexorablemente- contrapuesto al interés general*»³. En efecto, el derecho fundamental de huelga también expresa un propósito general, en la medida que es instrumento que facilita el progreso económico con justicia social, aspecto fundamental para cualquier sociedad pasible a las transformaciones sociales.

³ SIMÓN, Julio Cesar (Dir.) y AMBESI, Leonardo (Coordinador): *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*. Buenos Aires: La Ley, 2012. 1ª ed., vol. 2, págs. 685-686

En cuarto lugar, para redundar en argumentos en defensa de su tesis, la sentencia se pierde en consideraciones que no van al caso o que no son determinantes de la esencialidad del servicio, tales como la vigencia de una sociedad globalizada, interconectada y relacionada, o el desarrollo armónico de las regiones. Así, esboza lo siguiente:

Al tenor de las anteriores realidades, para la Corte resulta ilusorio sostener que, en nuestro contexto, el transporte aéreo constituye un servicio menor o un simple lujo de pocas personas, cuya suspensión no genera consecuencia alguna. Contrario a ello, es innegable que, en momentos actuales, propios de una sociedad cada vez más globalizada, conectada e interrelacionada, los procesos vitales dependen en gran medida de la constante movilización, el transporte de pasajeros y de cosas, así como el intercambio de bienes, servicios e información, en tiempos prudentes y en condiciones adecuadas y suficientes.

Dentro de ese esquema, puede que en épocas pretéritas el transporte aéreo tuviera poca relevancia, en función de la escasa infraestructura con la que contaba el país o las dificultades de accesibilidad para la población. Sin embargo, tal estado de cosas es insostenible en tiempos presentes, en los que tanto la infraestructura como la accesibilidad han tenido extraordinarios avances, al punto que el transporte aéreo de pasajeros constituye un servicio ordinario, principal y habitual para muchas personas que necesitan moverse en aras de cumplir obligaciones y deberes y ejercer derechos como la salud y la educación [...]

En ese estado de cosas, en nuestro contexto, el transporte aéreo se convierte en un recurso social vital, a partir del cual se potencializan y garantizan aspectos tan fundamentales para el desarrollo armónico de nuestra sociedad como la conectividad de regiones marginadas o apartadas, que no cuentan con otras alternativas de transporte.

Insisto, si el criterio es la utilidad pública, desarrollo económico, interés general, bienestar social o cosas por el estilo, la huelga terminaría siendo prohibida en todos los renglones y sectores de la economía; por esto no suscribo consideraciones de este orden que, adicionalmente, son puestas a la definición autorizada, aceptada y estricta de la OIT, según la cual son

esenciales los servicios «...cuya interrupción pone en peligro la vida, la salud o la seguridad de toda o parte de la población».

No sobra destacar que los órganos de control de la OIT frente a estos planteos han sostenido:

El hecho de vincular las restricciones del derecho de huelga con las dificultades que provocan en el comercio y los intercambios se abren las puertas a la prohibición de una diversidad de acciones reivindicatorias y de huelgas legítimas. Aun cuando las huelgas y otras acciones conexas tienen repercusiones perjudiciales para el comercio y los intercambios, tales consecuencias no convierten de por sí al sector afectado en un servicio «esencial», y por ende debería mantenerse el derecho de huelga en el mismo⁴.

En quinto lugar, existe una razón de peso o de autoridad para considerar al servicio del transporte aéreo y específicamente la actividad de los pilotos como NO esencial. En efecto y como con insistencia lo esgrimió ACDAC en el curso del proceso, los órganos de control de la OIT han reiterado que no constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término «los pilotos de líneas aéreas⁵. A la par, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ha señalado que los trabajadores deberían poder realizar huelgas, entre otros, en «...los servicios de transporte aéreo y aviación civil...»⁶.

Ahora, para la Sala ese contenido no es vinculante y constituye solo un criterio interpretativo. No obstante que lo

⁴ OIT, *La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición (revisada), 2006. Párrafo 592

⁵ OIT, *La libertad sindical*, op. cit., párrafo 587

⁶ OIT. *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008. Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo 101.A Reunión 2012. Párrafo 134

anterior es cierto, me parece que la Sala olvida con este argumento que esta doctrina no proviene de un órgano cualquiera, a la cual ligeramente se pueda hacer caso omiso. Las decisiones de los órganos de control de la OIT constituyen una interpretación autorizada sobre el contenido y alcance de los derechos que emanan de los convenios, dentro de ellos, el de libertad sindical. Por lo demás, las conclusiones y recomendaciones que emanan del Comité de Libertad Sindical, precisamente por su composición tripartita y la unanimidad de sus pronunciamientos, gozan de un alto grado de consenso entre las naciones civilizadas.

Ahora, en la sentencia se sostiene firmemente que *«no se ha puesto de presente, en estricto sentido, una recomendación específica y concreta, en la que algún organismo de control de la Organización Internacional del Trabajo exhorte de manera clara y precisa al Estado Colombiano a desclasificar el transporte aéreo del conjunto de servicios públicos esenciales respecto de los cuales está prohibida la huelga, teniendo en cuenta las especiales realidades de su contexto»*. Es decir, para la mayoría de los magistrados tiene que existir una recomendación al Estado colombiano para aplicar el ordenamiento internacional y respetar las libertades sindicales.

Disiento de que sea necesario esperar llamados de atención, inclusiones en listas de incumplimientos o sanciones de los organismos internacionales. El Estado y sus diferentes órganos en todo momento deben poner en ejecución buenas practicas legislativas y judiciales para evitar medidas internacionales adversas. Esperar, como de alguna manera lo sugiere el fallo, posibles consecuencias negativas para, ahí sí, ajustar las conductas institucionales, no es el camino. Lo

correcto, es siempre, observar y cumplir rigurosamente el ordenamiento internacional.

Por último, si bien el fallo intenta buscar refugio en un pronunciamiento de la OIT conforme al cual *«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»* para, de alguna manera, justificar su distanciamiento de la propia doctrina de ese organismo internacional, ello se hace sin tener de presente que dicha reflexión de la OIT aplica para otros casos que, por su naturaleza, revisten condiciones especiales, más no para aquellos en los que existe unanimidad y alto consenso, tales como la actividad de los pilotos y el transporte aéreo. Con mayor razón, cuando en nuestra realidad, contrario a lo que pretende demostrar el fallo, existen razones suficientes y poderosas para descartar la esencialidad de esa actividad.

2. Procedimiento de votación de la huelga

En sustento de su decisión, la mayoría afirma, en síntesis, tres cosas: **(2.1)** el sindicato ACDAC es de industria porque así lo definió en sus estatutos y al registrarse ante la cartera ministerial; y **(2.2)** dado su carácter de sindicato minoritario e independientemente de su categoría de gremial o de industria, de acuerdo con el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, debió contar con el voto positivo de la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, lo cual no sucedió, pues de un total 8540 trabajadores, tan solo votaron a favor del cese colectivo 699 trabajadores. Adicionalmente, **(2.3)** la organización sindical demandada ni siquiera contaba con el voto de la mayoría de los trabajadores afiliados a la organización sindical,

pues, según las actas respectivas, tan solo se dio el voto de 215 *personas presentes*, de un total de 702 afiliados.

En el mismo orden presentaré mis argumentos de disenso:

2.1 Naturaleza del sindicato ACDAC

El fallo incurre en el equívoco de sostener que el sindicato cambia abruptamente su conducta al pretender que en este escenario sea reconocido como un sindicato gremial, no obstante que previamente se inscribió como una organización de industria y así lo consignó en sus estatutos. Digo que ello es un error porque son las partes las que le han venido otorgando a ACDAC el carácter de sindicato gremial. Es decir, no es unilateralmente la agremiación la que se autoproclama o autodefine como de industria, como lo asegura el proyecto.

En efecto, en el expediente obran las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre Avianca S.A. y ACDAC para las vigencias 2009-2013 y 2016-2017, en cuyo texto se plasmó lo siguiente:

*Las partes que suscriben este acuerdo aclaran que no obstante la expresión de los Estatutos de ACDAC, según los cuales se trata de «una Organización Sindical de primer grado de industria», por la primacía de la realidad de los mismos Estatutos y el funcionamiento de la Asociación como **Sindicato gremial**, con amparo en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia que privilegia lo real sobre lo formal, y el artículo 228 que prioriza el derecho sustancial [...].*

De manera que no es cierto que «la organización sindical demandada se autodefinió, libremente, como sindicato de industria, y así se registró ante las autoridades, por lo que debe ser consecuente con su naturaleza y no camuflarse en otras

tipologías sindicales, a su antojo», dado que, como se puede advertir, fueron los propios interlocutores sociales quienes definieron, en ejercicio de su derecho a la negociación, la naturaleza de ACDAC. En verdad, quien actuó deslealmente fue Avianca S.A., toda vez que a pesar de que en sendos acuerdos colectivos reconoció que el organismo sindical tenía el carácter de gremial, en el curso del proceso adujo que era de industria.

Y que no se diga que ello no podía ser objeto de acuerdo, ya que, como lo sostuvo la Sala de Casación Laboral en sentencia SL16811-2017, dentro de las funciones de las convenciones colectivas de trabajo se encuentra la de regular las relaciones entre los empleadores y las organizaciones de empleadores o uno o más sindicatos, lo cual, desde luego, comprende los reconocimientos que se hagan en cuanto a su naturaleza, siempre que se respete la clasificación legal. En efecto, en la citada providencia se adujo:

3.2 FUNCIONES Y CONTENIDO DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO – LA CCT COMO INSTRUMENTO DE COOPERACIÓN

El artículo 2.º del Convenio 154 de la OIT, aprobado mediante la Ley 524 de 1999 y ratificado el 8 de diciembre de 2000, expresa que la negociación colectiva «comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra», con el fin de fijar las condiciones de trabajo y empleo, regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Según lo anterior, la negociación colectiva y su producto -la convención o contrato colectivo- cumplen en el ámbito laboral un propósito o función tridimensional: (i) sirven para regular lo que tradicionalmente se conoce como las condiciones de trabajo, (ii) las condiciones de empleo y (iii) las relaciones entre los empleadores y las organizaciones de empleadores o uno o más sindicatos.

Así mismo, cabe memorar que esta Corporación ha llegado incluso a reconocer el carácter mayoritario de una organización sindical en virtud de lo estipulado en la convención colectiva. Así pues, en sentencias SL 36609, 16 sep. 2009, SL 33759, 1 jul. 2009, SL1907-2014, entre otras, manifestó:

[...] los alcances dados a la disposición convencional aludida están precedidos de un entendimiento razonable, pues en ella se prevé que serán beneficiarios de la presente convención los trabajadores oficiales que sean afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores o de la Seguridad Social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención, lo que permite entender que las partes estuvieron de acuerdo en que esa organización reunía como afiliados a más de una tercera parte de los trabajadores de la entidad, máxime que se remitieron expresamente al contenido de los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965, que regulan lo concerniente a la extensión de la convención colectiva a terceros cuando el sindicato tenga un número de afiliados que exceda la tercera parte de los trabajadores de la empresa.

Esa inferencia se corrobora con la manifestación del Seguro Social en cuanto reconoció a la organización sindical firmante el carácter de sindicato mayoritario, lo que, entendido en el marco de lo acordado en la cláusula convencional mencionada, deja ver claramente que se refiere a que el sindicato reúne un número de trabajadores afiliados superior a la tercera parte del total de los trabajadores de la entidad.

[...] Así las cosas, si se admitió la calidad de sindicato mayoritario, se hizo pensando en la posibilidad de extender el convenio a terceros, en los términos de los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965. Por lo tanto, en esas condiciones, bastaba demostrar la calidad de trabajador oficial para beneficiarse de la convención colectiva de trabajo

Por lo anterior, si la Corte ha admitido expresamente la posibilidad de que los actores sociales, en desarrollo su autonomía colectiva y buena fe, acuerden reconocimientos en cuanto al carácter mayoritario o minoritario del sindicato, no se ve porqué ahora no puede admitirse lo mismo frente a la naturaleza del organismo sindical. De hecho, si la ley no prohíbe estos arreglos, la conclusión no puede ser otra que pueden ser objeto de negociación colectiva.

2.2. Quorum de votación de la huelga de un sindicato gremial

La mayoría de los magistrados entiende que siempre que ACDAC es un sindicato minoritario y, en consecuencia, independientemente de su categoría (gremial o de industria) es obligatorio obtener el voto favorable de la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa. En efecto, aduce el fallo:

Por otra parte, para la Sala, en todo caso, no tenía importancia el hecho de que la demandada se comportara como un sindicato de gremio, como lo reclama el recurrente, pues ninguna excepción contiene la regla de decisión establecida en el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, en función de la clase de sindicato que promueva la huelga y, contrario a ello, prevé que, ineludiblemente, cuando se trata de un sindicato minoritario, es necesario contar con el concurso de «todos los trabajadores de la empresa».

Con lo anterior, considero que la Sala incurre en el error de no diferenciar que en tratándose de los conflictos colectivos de trabajo promovidos por un sindicato gremial, las reglas que determinan su carácter mayoritario o minoritario, y el quórum de votación requerido para ir a huelga o tribunal de arbitramento son diferentes.

En efecto, los sindicatos de gremio «*están formados por individuos de una misma profesión, oficio o especialidad*» (art. 356 CST), agrupan a los trabajadores por oficio o profesionales, independientemente de la empresa o lugar donde prestan sus servicios, toda vez que lo que interesa es que todos los trabajadores que concurran a formarlo, desempeñen o conozcan el mismo oficio o profesión. Tal es el ejemplo de los pilotos de aerolíneas aéreas, o el que pueda ser conformado por auxiliares de vuelo, aseadoras, maleteros, personal administrativo, etc.

Como tal, los trabajadores afiliados a un sindicato de gremio tienen un interés bien definido; sus reivindicaciones son específicas y repercuten, en no pocas veces, exclusivamente sobre el gremio. Por este motivo, sus reglas de mayorías tienen un tratamiento particular, que, a mi modo de ver, previó el Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, congruente con la posibilidad jurídica de que los trabajadores puedan crear sindicatos de gremio y promover acciones colectivas, el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo califica también como *mayoritario* a un sindicato gremial que agrupe a la mitad más uno (1) de los trabajadores del gremio ubicados en la empresa. Esto significa que en una empresa podrían coexistir dos sindicatos mayoritarios: uno de empresa o industria, y otro gremial.

El texto en mención, señala:

ARTICULO 444. DECISION DE LOS TRABAJADORES. <Artículo modificado por el artículo 61 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Concluida la etapa de arreglo directo sin que las partes hubieren logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral, los trabajadores podrán optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

*La huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de arreglo directo, mediante votación secreta, personal e indelegable, por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, **o de la asamblea general de los afiliados al sindicato o sindicatos que agrupen más de la mitad de aquellos trabajadores.***

*Para este efecto, si los afiliados al sindicato **o sindicatos mayoritarios** o los demás trabajadores de la empresa, laboran en más de un municipio, se celebrarán asambleas en cada uno de ellos, en las cuales se ejercerá la votación en la forma prevista en este artículo y, el resultado final de ésta lo constituirá la sumatoria de los votos emitidos en cada una de las asambleas.*

Hay que aclarar que cuando el inciso segundo de la norma se refiere a los sindicatos que «*agrupen más de la mitad de aquellos trabajadores*» debe entenderse por tales a los trabajadores de la empresa pero en función del tipo de sindicato. Por ejemplo, si el sindicato es de empresa, su carácter mayoritario deriva de que sus afiliados agrupen a más de la mitad de los trabajadores de la compañía, y si es gremial, que sus integrantes representen la mitad más uno (1) de los trabajadores del gremio presentes en la empresa. Lo anterior, como lo expresé, habilita la coexistencia de dos sindicatos mayoritarios al interior de una empresa, con lo cual adquiere pleno sentido la referencia o posibilidad legal para que los «*sindicatos mayoritarios*» acudan a la huelga.

Es que no tiene sentido que la ley reconozca diferentes clases de sindicatos, pero a todos les imponga las mismas reglas de integración de mayorías. De esta forma, es contraintuitivo imponer a un sindicato gremial el quórum decisional de un sindicato de empresa, cuyo modelo, composición y conflicto de intereses, es diverso al primero. Ello sería como reconocer una alternativa sindical y a su vez privarla de posibilidades de acción colectiva.

Por lo demás, la interpretación acá expuesta permite ajustar, en cierto modo, algunas de las reglas del derecho colectivo al orden internacional del trabajo. En efecto, los órganos de control de la OIT han sostenido que «*la exigencia de la decisión de más de la mitad de todos los trabajadores concernidos para declarar una huelga es demasiado elevada y podría dificultar excesivamente la posibilidad de efectuar la huelga, sobre todo en grandes empresas*»⁷, aspecto que, a pesar

⁷ OIT, *La libertad sindical*, op. cit., Párrafo 556

de que insistentemente lo alegó el sindicato, el fallo simple y llanamente lo obvió.

Es que en verdad la exigencia que la Sala le impuso a ACDAC de recaudar el voto positivo de la mayoría absoluta de los trabajadores de Avianca, o sea, de 4.271 trabajadores, es, a todas luces, irrazonable y de imposible cumplimiento. De entrada ACDAC se encontraría con dos limitantes: (i) el vasto número de trabajadores, ubicados en todo el territorio nacional o en otros países (caso de los pilotos o auxiliares de vuelo) y (ii) el desinterés en el conflicto de otros trabajadores como el personal de aseo y de seguridad, administrativo, los auxiliares de vuelo, etc.

Precisamente esa indiferencia de otros trabajadores de la empresa, ajenos a las preocupaciones y necesidades del gremio, asegura una votación desfavorable a la huelga. Por ello, podría decirse que entre imponer el requisito astronómico de obtener el voto favorable de la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa a un sindicato netamente gremial o prohibir la huelga, no hay ninguna diferencia; ambos comportan una restricción injustificada al derecho fundamental de huelga.

De hecho, frente a estas exigencias de complicada realización -por no decir imposible- la OIT ha señalado que *«las condiciones requeridas por la legislación para que la huelga se considere un acto lícito deben ser razonables y, en todo caso, no de tal naturaleza que constituyan una limitación importante a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales»*.

Al traer estas reflexiones al *sub examine* advierto que el total de pilotos de Avianca S.A. es de 1257 según lo afirmó su

representante legal en el interrogatorio de parte, de los cuales 702 se encuentran afiliados a ACDAC. Por lo tanto, esta agremiación tiene el carácter de organismo sindical mayoritario gremial, al contar con más de la mitad más 1 de los trabajadores del gremio presentes en la empresa. Y si lo anterior es claro, para efectos de decidir la huelga solo necesitaba el voto favorable de la mitad más 1 de los afiliados al sindicato, esto es, 352, lo que cumplió con creces pues obtuvo 699 votos positivos.

Ahora bien, esta tesis no implica que las empresas tengan que soportar huelgas permanentes, como se asegura en el fallo, puesto que de ningún modo se está avalando la posibilidad de que los *sindicatos minoritarios* puedan ir a huelga. Contrario a ello, lo que se plantea es la necesidad de reconocer que otros sujetos colectivos, como los sindicatos gremiales, pueden alcanzar la categoría de *mayoritarios* si sus afiliados representan a la mayoría de los trabajadores del gremio presentes en la empresa. Es, a mi modo de ver, una forma razonada de dar eficacia al mandato del Convenio 87 de la OIT en virtud del cual las organizaciones sindicales deben contar con posibilidades reales de acción.

2.3 Votación personal e indelegable

Finalmente, la sentencia asegura que del total de los 699 votos favorables a la huelga, tan solo 215 fueron presenciales y los demás por representación o virtualmente, con lo cual se violó el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo que prescribe que la votación debe ser «*personal e indelegable*».

Pues bien, como la manifesté en la sesión donde debatimos el asunto, el juez debe atemperar y adecuar la norma a la

realidad, y evitar interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. Conectar el derecho laboral con el mundo real y la efectividad de los derechos sociales, es el reto que impone la Constitución de 1991, de lo contrario, tendremos un derecho repleto de solo símbolos y enunciados morales.

En este caso, tanto la exigencia de la mitad más 1 de la totalidad de los trabajadores de Avianca S.A. es de imposible cumplimiento para un sindicato netamente gremial de pilotos, como la votación personal e indelegable de todos sus miembros. Como ACDAC lo adujo en las instancias, la naturaleza de sus actividades les impedía a sus afiliados concurrir a votar personalmente. No solo no podían detener los vuelos programados o los aviones en el aire para ir a votar, sino que se encontraban dispersos en distintos países del mundo a los cuales Avianca S.A. presta sus servicios.

Cabe agregar que estas dificultades que obstaculizan el ejercicio de los derechos sindicales, fueron captadas y procesadas por el estatuto laboral, que en su artículo 387 dispuso:

ARTICULO 387. REPRESENTACIÓN DE LOS SOCIOS EN LA ASAMBLEA. Cuando por la naturaleza misma de las actividades o profesión de los afiliados, o por la distribución geográfica o el excesivo número de ellos, resulte impracticable lo dispuesto en el artículo anterior, pueden admitirse en los estatutos otros sistemas que garanticen la representación de los afiliados en la asamblea.

Con base en esta disposición, y en ejercicio de su autonomía sindical, ACDAC previó en los artículos 13, 14, 15 y 16 de sus estatutos la posibilidad del voto virtual o por representación, así:

ARTÍCULO TRECE (13) DEFINICIÓN

Se entiende por Asamblea General la reunión presencial o por medio virtual de los socios de manera ordinaria o extraordinaria y es la máxima autoridad de la Asociación.

ARTÍCULO CATORCE (14) QUÓRUM

En ningún caso una Asamblea General podrá sesionar sin la presencia de la mitad más uno de los asociados. Para verificar el quórum y las votaciones se tendrán en cuenta tanto los presentes como los que se encuentren conectados por medios virtuales.

ARTÍCULO QUINCE (15) REUNIONES

La Asamblea General, se reunirá ordinariamente en los meses de marzo y septiembre, en los días que determine la Junta Directiva, y extraordinariamente en los días que sea convocada por la misma Junta Directiva o por el Fiscal en los casos previstos en los Estatutos. Igualmente se reunirá en forma extraordinaria cuando sea solicitada por un número no menor de la tercera parte de sus asociados. Cada afiliado presente podrá representar hasta diez (10) socios, mediante formato escrito previamente diligenciado.

ARTÍCULO DIECISÉIS (16) VERIFICACIÓN DEL QUÓRUM

Es nula la Asamblea General, en la que no se haya verificado la asistencia presencial, representaciones y/o virtual de los socios.

De esa suerte, en virtud no solo de la naturaleza de las actividades de sus miembros, sino también de lo previsto en el artículo 387 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con los estatutos internos de ACDAC, que era factible el voto virtual o por representación. No obstante lo anterior, la sentencia soslayó la referencia al citado artículo, a pesar de que fue invocado por el sindicato en su defensa.

De acuerdo con lo precedente y en atención a la peculiaridad de la actividad de los pilotos, era legítimo el voto virtual o por representación para efectos de decidir la huelga.

Finalmente, tengo que manifestar que la revocatoria del numeral segundo de la sentencia apelada que dispuso la Corte, no era óbice para que se pronunciara frente a los efectos *generales* de su sentencia, en particular de la proscripción de considerar el fallo como autorización para despedir

indiscriminadamente a los huelguistas.

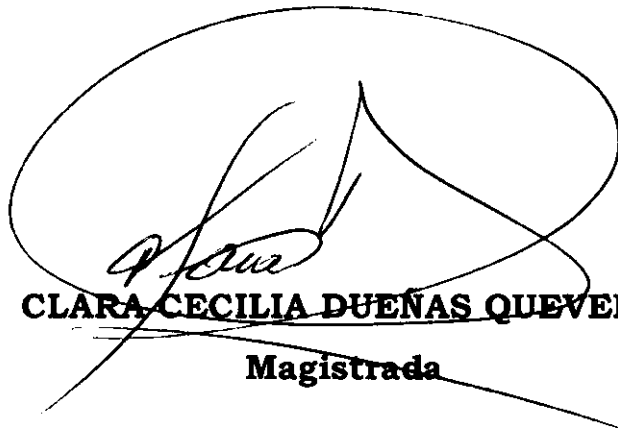
En tal dirección, no sobraba advertir que la sentencia que declara ilegal una huelga solo tiene efectos frente al colectivo o la agremiación, pero no en relación con los contratos de trabajo individuales de los huelguistas. Por consiguiente, no constituye un aval o una autorización para su despido, a menos que, claro está, durante el desarrollo de la protesta se verifique la ejecución de actos singulares incompatibles con la buena fe, lealtad y respeto que debe regir los contratos de trabajo, o que desborden las finalidades de la acción de presión. En otros términos, lo enjuiciable no es la acción colectiva sino la conducta individual del trabajador, consideración que se hace extensiva a los líderes sindicales, puesto que la organización, promoción y aliento de una huelga son consustanciales a sus funciones y, por tanto, aún frente a estos trabajadores, se requiere de la concreción y ponderación de su conducta.

Conclusiones:

En definitiva, la Sala mayoritaria *(i)* calificó de esencial un servicio que claramente no tiene ese carácter, aún en contra de las decisiones de los órganos de control de la OIT que expresamente han señalado que la actividad de los pilotos de líneas aéreas no es esencial; *(ii)* desatendió el reconocimiento de sindicato gremial que de buena fe hicieron las partes en las convenciones colectivas de trabajo; y *(iii)* impuso al sindicato dos requisitos de imposible cumplimiento: que la votación de los pilotos fuese presencial y contara con el apoyo astronómico de la mitad más uno de los votos de los 8.540 trabajadores de Avianca.

Todas estas exigencias, irrazonables y desproporcionadas, frustran la lucha sindical y su fin último de conjugar el desarrollo económico y la *justicia social*, y hacen que el derecho a la huelga en Colombia sea un simple recurso retórico, carente de sustancia.

Fecha *ut supra*.



CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada