

Bogotá D.C., de julio de 2020

Doctor
GREGORIO ELJACH PACHECO
Secretario General
Senado de la República
Ciudad

Asunto: Radicación del Proyecto de Ley “*por medio de la cual se modifica el Artículo 439 del Código Sustantivo del Trabajo para fortalecer el derecho a la huelga laboral y se dictan otras disposiciones*”.

Respetado Secretario General:

En nuestra calidad de Congresistas de la República y en uso de las atribuciones que nos han sido conferidas constitucional y legalmente, nos permitimos respetuosamente radicar el Proyecto de Ley de la referencia y, en consecuencia, le solicitamos se sirva dar inicio al trámite legislativo respectivo.

Cordial saludo,



JUAN CARLOS GARCÍA
Senador de la República
Partido Conservador Colombiano

ESPERANZA ANDRADE DE OSSO
Senadora de la República
Partido Conservador Colombiano

EDUARDO ENRIQUEZ MAYA
Senador de la República
Partido Conservador Colombiano

Proyecto de Ley No. de 2020 “por medio de la cual se modifica el Artículo 439 del Código Sustantivo del Trabajo para fortalecer el derecho a la huelga laboral y se dictan otras disposiciones”.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. Modifíquese el artículo 449 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

ARTICULO 449. EFECTOS JURÍDICOS DE LA HUELGA. Salvo disposición en contrario, con independencia de su naturaleza y finalidad, toda huelga suspende los contratos de trabajo solamente por el tiempo que dure. El empleador no puede celebrar entretanto nuevos contratos de trabajo de manera permanente para la reanudación de los servicios suspendidos. Si, de hecho, se realizara una huelga en un servicio público esencial establecido como tal por el legislador o la Constitución Política, los trabajadores huelguistas deberán garantizar la prestación de un servicio mínimo y el empleador podrá contratar el personal necesario, sin previa autorización, en reemplazo de los huelguistas, temporalmente y hasta que se levante la huelga y se reincorporen totalmente los trabajadores en huelga. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación de los efectos por la eventual declaratoria de ilegalidad de la huelga.

En sectores o servicios no catalogados como públicos esenciales por el legislador, pero cuya afectación por la huelga pueda generar una situación de crisis aguda, para evitar tal crisis, los trabajadores deberán garantizar la prestación de un servicio mínimo. Si dentro de los dos días hábiles previos a iniciar la huelga los trabajadores no han garantizado la prestación de un servicio mínimo, el empleador podrá solicitar al inspector de trabajo la contratación temporal del personal necesario para garantizar la prestación de un servicio mínimo en reemplazo de los huelguistas. Dicha contratación se mantendrá hasta que se levante la huelga y se reincorporen totalmente los trabajadores en huelga.

También se permitirá la contratación del personal para reanudar el servicio en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector de trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y para la ejecución de las labores tendientes a la conservación de cultivos, así como para el mantenimiento de semovientes, y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario de estas dependencias.

PARÁGRAFO. El personal necesario para reemplazar a los huelguistas de que trata este artículo tendrá que ser menor de 30 años en el momento de la contratación temporal, salvo que el empleador justifique la necesidad de contratar a personal de

mayor edad por las especiales condiciones del cargo.

PARAGRAFO 2. El Inspector de Trabajo deberá pronunciarse sobre las solicitudes que tengan relación con los sectores o servicios no catalogados como públicos esenciales por el legislador y la constitución política y, para evitar los graves perjuicios de que trata este artículo siempre y cuando lo hagan en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la presentación de la solicitud de pronunciamiento.

ARTÍCULO 2º. VIGENCIA. La presente Ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

De los Honorables Congresistas,



JUAN CARLOS GARCÍA
Senador de la República
Partido Conservador Colombiano

ESPERANZA ANDRADE DE OSSO
Senadora de la República
Partido Conservador Colombiano

EDUARDO ENRIQUEZ MAYA
Senador de la República
Partido Conservador Colombiano

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Proyecto de Ley Ordinaria “por medio de la cual se modifica el Artículo 439 del

Código Sustantivo del Trabajo para fortalecer el derecho a la huelga laboral y se dictan otras disposiciones”.

Resumen.

El presente proyecto de ley tiene como propósito promover el diálogo empresarial a través del empoderamiento del movimiento sindical mediante el fortalecimiento del derecho a la huelga. De igual manera pretende incentivar la inserción al mundo laboral de la población económicamente activa, técnica y preparada menor de 30 años.

El derecho laboral contemporáneo concibe la relación obrero patronal como la unión de personas con intereses comunes, complementarios y de colaboración. Por lo mismo, entiende que cuando los empleados desarrollan el derecho constitucional a la huelga no lo hacen con el propósito de afectar hasta acabar con la empresa como unidad de producción sino como mecanismo de presión para concebir una producción más equitativa, sostenible y productiva.

Sin embargo, uno de los principales obstáculos del diálogo empleador-empleado en la actualidad reside en que los huelguistas tienen una presión enorme proveniente del TIEMPO de duración de la huelga, las afectaciones en el empleo, ingresos de los trabajadores, productividad e incluso efectos negativos a la colectividad. En efecto, entre más tiempo transcurre durante la huelga, más se marchitan las condiciones de fabricación, productividad y riqueza de la unidad de producción, lo que conlleva un riesgo inminente de quiebra o disminución de riqueza. Todo lo cual genera, cuando menos, dos desafortunadas situaciones: la primera, que los intereses de los trabajadores se vean fuertemente afectados por la falta de recursos para satisfacerlos y, la segunda, que en la medida que pasa el tiempo y se marchitan las condiciones empresariales los huelguistas cuentan con una insoslayable presión evidenciar ante los demás trabajadores y comunidad en general sus legítimos intereses.

Como quiera que a ambas partes les interesa el bienestar de la empresa, es menester encontrar medidas que permitan desarrollar de manera completa el derecho a la huelga, sin ver afectada fuertemente la fuente de los recursos para satisfacer los derechos de los empleados y sus consignas laborales.

Por su parte, el movimiento sindical nacional y el mundo gremial empresarial han manifestado en innumerables oportunidades su preocupación por el masivo desempleo de los jóvenes menores de 30 años.

Por todo lo anterior, se reforma el Código Sustantivo del Trabajo para ponerlo a tono de las necesidades laborales contemporáneas. Se reformará exclusivamente el artículo 439 para garantizar la prestación de servicios en toda huelga de hecho en servicios públicos esenciales establecidos por el legislador, así como se introduce el concepto de servicio mínimo y se garantiza en esos casos las actividades necesarias. Ahora bien,

dentro de los parámetros constitucionales e internacionales igualmente se permite la contratación de personal en reemplazo, posibilidad acompañada con una política activa de empleo que habilita a la contratación de personal menor de 30 años, con el ánimo de conseguir los recursos económicos necesarios para asumir los intereses de los empleados y, de paso, apoyar la inserción laboral de ese segmento poblacional.

1. Referencias históricas normativas de la huelga en Colombia

Con el fin de abordar esta exposición de motivos es fundamental conocer los antecedentes normativos generales y específicos a los aspectos que se abordan en el proyecto de ley.

11. Constitución Política de 1886

No estableció originalmente el derecho a la huelga, este se incorporó a la C.N. mediante el acto legislativo 1 de 1936. En este se estableció la garantía del derecho, salvo en los servicios públicos y la obligación del legislador de reglamentar su ejercicio. Antes del acto legislativo mencionado se expidieron normas, según algunos doctrinantes¹, en respuesta a huelgas particulares. Tales normas fueron: decreto 002 de 1918, Ley 78 de 1919 y Ley 21 de 1920.

12. Ley 6 de 1945

Esta norma no define la huelga. En un acápite correspondiente a los conflictos colectivos de trabajo, hace referencia a: (i) otros servicios públicos distintos a la administración pública y órgano judicial, (ii) servicios públicos que no dependen directa o indirectamente del estado, y las condiciones para la suspensión o parálisis de labores, (iii) el procedimiento para la declaratoria de ilicitud de una huelga, estableció que su legalidad se determinaría judicialmente² y (iv) la consideración de ilicitud con alcance penal de la huelga.

¹Silva, Marcel (1998). Flujos y reflujo. Reseña histórica de la autonomía del sindicalismo colombiano. Pág. 31.

²López, Juan (2019). La huelga un derecho en constante evolución. GPS Laboral: Guía profesional. Pág. 499.

Para efectos de esta exposición de motivos, es importante conocer que en el artículo 54 estableció: *“La huelga lícita solo suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure, sin extinguir los derechos y obligaciones que emanen de los mismos. El patrono no podrá celebrar entre tanto nuevos contratos de trabajo para la reanudación de los servicios suspendidos, salvo en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable, a juicio del Gobierno, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres y elementos básico.”*

13. Decreto ley 2663 de 1950 - Código Sustantivo del Trabajo

Esta norma subrogó la ley 6 de 1945. Fue expedido en virtud de los decretos 3518 de 1949 y 2158 de 1948. Como tal, contiene la estructura normativa actual de los artículos 444 a 451 del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, el decreto 3743 de 1950 realiza formales y sustanciales, por ejemplo, con él se hacen modificaciones de numeración del articulado y se establece la declaratoria de ilegalidad de la huelga en cabeza del órgano judicial. Frente a los servicios públicos se efectuó una modificación posterior con el decreto legislativo 753 de 1956. Esta norma consideró que servicio público era *“toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.”* Fue posteriormente derogada por la Ley 47 de 1968 que le entregó nuevamente al legislador la obligación de definir los servicios públicos.³

Como características fundamentales se tiene que:

- En el artículo 446 se definió a la huelga. Esta definición corresponde al actual artículo 429 del C.S.T.
- El artículo 448 establece los requisitos de la huelga. En el actual C.S.T. dicha norma está en el artículo 431. Frente a este punto, la norma del decreto 2663 solo estableció el cumplimiento de los procedimientos establecidos en los posteriores artículos para que toda suspensión colectiva de trabajo *cualquiera sea su origen* pudiera efectuarse.
- El artículo 40 del decreto 3743 de 1950 adicionó el numeral 2 al artículo 448 del decreto 2663, es decir al artículo 431 del actual C.S.T. La adición fue del siguiente tenor: *“2. La reanudación de los trabajos implica la terminación de la huelga, y no podrá efectuarse nueva suspensión de labores, mientras no se cumplan los expresados requisitos.”*

1.4. Ley 50 de 1990

Finalmente, esta Ley introduce importantes modificaciones al régimen laboral. Mediante el artículo 64 modifica el 439 del Código Sustantivo del Trabajo, versión

³Ídem.

actual que establece: *“La huelga sólo suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure. El empleador no puede celebrar entretanto nuevos contratos de trabajo para la reanudación de los servicios suspendidos, salvo en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector de trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y para la ejecución de las labores tendientes a la conservación de cultivos, así como para el mantenimiento de semovientes, y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario de estas dependencias.*”

PARÁGRAFO. *El Inspector de Trabajo deberá pronunciarse sobre las solicitudes del inciso anterior en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de su presentación.”*

2. Derecho a la huelga en la Constitución Política de 1991

Toda norma jurídica que desarrolle, limite o regule el derecho de huelga debe fundamentarse en un análisis constitucional. Por ello, se establecen los parámetros constitucionales de este derecho en virtud de lo establecido por la Corte Constitucional como guardiana de la C.N. En esa medida, primero se transcribirá el artículo constitucional pertinente y luego se citará la jurisprudencia constitucional hito sobre la materia. En efecto, es extensa la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la huelga, en esa medida se hará alusión a las sentencia hito que han servido de cita y sustento a sentencias posteriores.

El artículo 56 de la C.N. establece:

“Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

La ley reglamentará este derecho. (...)”

La Corte Constitucional estableció el alcance del artículo 56 de la C.N.⁴ si se analiza a la luz de los principios constitucionales. Al respecto la sentencia señaló:

“(…)

-El derecho a la huelga no es un derecho fundamental, puesto que para su ejercicio requiere de reglamentación legal.⁵

- Sólo puede ejercerse legítimamente el derecho a la huelga cuando se respetan los cauces señalados por el legislador.⁶

⁴C. Const., Sent. C-432, sept. 12/1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵C. Const., Sent. T-443/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

⁶C. Const., Sent. C-473/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero

- El derecho a la huelga puede ser objeto de tutela cuando se encuentra en conexión íntima con los derechos al trabajo y a la libre asociación sindical, derechos que si (sic) ostentan el carácter de fundamentales.⁷
- El derecho a la huelga solamente puede excluirse en el caso de los servicios públicos esenciales, cuya determinación corresponde de manera exclusiva al legislador,⁸ o los señalados como tales por el Constituyente, de acuerdo con la interpretación realizada acerca del contenido de las normas constitucionales vigentes.
- El derecho a la huelga puede ser restringido por el legislador para proteger el interés general y los derechos de los demás.⁹
- El derecho a la huelga también puede ser restringido por el legislador cuando de su ejercicio se deriva la alteración del orden público.¹⁰

De acuerdo con estos parámetros, puede afirmarse que, según la Constitución, el derecho de huelga está restringido de dos formas:

- a. **Está prohibido su ejercicio en los servicios públicos esenciales que determine el legislador y, obviamente en los señalados como tales por el Constituyente, de acuerdo con la interpretación realizada acerca del contenido de las normas constitucionales vigentes.**
- b. **En los demás casos, su ejercicio debe ceñirse a la reglamentación que de él haga el legislador.**

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

En el caso de los servicios públicos esenciales, ya la Corte ha indicado que la potestad del legislador está circunscrita por la determinación material del concepto mismo de “servicio público esencial” (Sentencia C-473 de 1994, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero), pues se desvanecería el derecho si todo lo que el legislador calificara de esta forma, por ese solo hecho, correspondiera al concepto al que ha querido referirse el Constituyente.

En cuanto a la fijación de los derroteros que determinan la posibilidad de ejercer el derecho en los demás casos, el legislador está limitado por el contenido del núcleo esencial del derecho. Para concretar esta frontera en el caso de la huelga, debe atenderse a la definición que la Corte le ha asignado al término. La sentencia T-426 de 1992, de la que fue ponente el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, es particularmente esclarecedora al respecto. En ella se afirma:

“(…) el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de pertenecer

⁷Ídem

⁸ C. Const., Sent. C-110/94. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. C. Const., Sent. C-473/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero. C. Const., Sent. C-179/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹ C. Const., Sent. T-443/92. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰ CSJ Sent. 115/91 Corte Suprema de Justicia y C. Const., C-548/94 Corte Constitucional M.P. Hernando Herrera Vergara.

a este tipo, desnaturalizándose. (...) el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o desconoce el núcleo esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable o lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección."

Conforme a esta definición puede señalarse como núcleo esencial del derecho de huelga, la facultad que tienen los trabajadores de presionar a los empleadores mediante la suspensión colectiva del trabajo, para lograr que se resuelva de manera favorable a sus intereses el conflicto colectivo del trabajo. Esta facultad, claro está, no es absoluta. El punto es que la huelga constituye un mecanismo cuya garantía implica el equilibrar las cargas de trabajadores y empleadores en el marco del conflicto colectivo de trabajo. Las restricciones al derecho de huelga deberán tener en cuenta este propósito, de modo que si bien tal derecho puede ser limitado con el fin de proteger otros de mayor jerarquía (v.g. los derechos fundamentales) o el interés general (bajo la forma del orden público, por ejemplo), el poder que la Constitución pretende reconocer a los trabajadores no puede quedar desfigurado."

En virtud de las citas textuales hechas con antelación puede concluirse que:

- La huelga no es un derecho absoluto. En su ejercicio es un derecho fundamentalmente relativo.
- La huelga no es un derecho fundamental. Es un derecho que requiere reglamentación legal.
- El derecho a la huelga se excluye en los servicios públicos esenciales. Sobre estos se profundizará más adelante en el texto de esta exposición de motivos.
- El derecho a la huelga puede ser restringido por el legislador con el fin de proteger el interés general. Igualmente, cuando su ejercicio comporta alteración del orden público.
- La Corte Constitucional puede (no debe) entrar a analizar las limitaciones establecidas por el legislador para determinar si estas se ajustan a los principios constitucionales.

3. Derecho a la huelga en los instrumentos internacionales

En línea con el análisis constitucional previo, es fundamental abordar la materia del proyecto propuesta desde el punto de vista de los instrumentos internacionales. En efecto, los artículos 93 y 53 inciso 4 de la C.N. establecen una conexión entre el derecho colombiano y el derecho internacional de los derechos humanos.

El artículo 93 de la C.N. señala:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...)”

La norma constitucional citada ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional. La jurisprudencia de esta alta corporación ha establecido que el primer inciso del artículo 93 C.N. señala que los tratados y convenios internacional debidamente ratificados, hacen parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido.¹¹ Para ello, la jurisprudencia citada ha resaltado que no solo basta con que los tratados internacionales sean debidamente ratificados, sino que estos reconozcan derechos humanos y prohíban su limitación en los estados de excepción. El inciso segundo de la norma constitucional transcrita trata sobre el bloque de constitucionalidad en sentido amplio¹². En él se encuentran todos los tratados internacionales de derechos humanos que no prohíben su limitación en los estados de excepción.

Así las cosas, todo tratado sobre derechos humanos debidamente ratificado, es elemento hermenéutico para determinar el alcance de los derechos y obligaciones establecidos en la C.N., es decir forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio. Pero solo aquellos que además de versar sobre derechos humanos y estar debidamente ratificados prohíben su limitación en estados de excepción, hacen parte del bloque de constitucionalidad en el sentido estricto.

Como igualmente ha señalado la Corte Constitucional, los convenios de la OIT al consagrar derechos de tipo social relacionados con aspectos laborales, de seguridad y protección social son tratados internacionales de derechos humanos. Estos entonces, hacen parte del bloque de constitucionalidad en estricto o amplio sentido. Esta incorporación según se estableció en la sentencia C-401 de 2005 no es automática. La Corte Constitucional al respecto precisó, que ella en cada caso, determinará cuando un convenio de la OIT debidamente ratificado pertenece al bloque de constitucionalidad y en qué sentido. Ahora bien, la jerarquía normativa de los convenios debidamente ratificados que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio está en el inciso cuarto del artículo 53 C.N. esta norma establece: *“Los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna”*. Entonces, si un convenio de la OIT debidamente ratificado no hace parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido según lo dicho, tendrá jerarquía

¹¹ Entre otras esta conclusión se encuentra en: C. Const., Sent. C-225, may. 18/95. M.P. Alejandro Martínez Caballero. C. Const., Sent. C-191, may. 6/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Entre otras en: Const., Sent. C-578, dic. 4/95. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. C. Const., Sent. C-191, may. 6/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Const., Sent. C-708, sept. 22/99. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

legal, es decir tiene el mismo rango de una ley ordinaria, no obstante, será junto con los convenios que hagan parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido, elemento hermenéutico de los derechos y obligaciones consagrados en la C.N.

31. Convenios de la OIT

La OIT en el libro *“Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”* resalta que no existe un instrumento internacional de esta organización que trate de manera específica la huelga. En el mencionado texto se dice: *“Aunque tal vez parezca sorprendente, los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo no tratan de manera expresa del derecho de huelga. Si bien ha sido discutido varias veces en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo durante las labores preparatorias de instrumentos relacionados de algún modo con el asunto, por diferentes razones ello no ha dado origen a normas internacionales (convenios o recomendaciones) reguladoras de este derecho. La ausencia de normas expresas no debe llevar a inferir, sin embargo, que la OIT desconozca el derecho de huelga o se exima de garantizar un ámbito de protección al ejercicio del mismo.”*

13

Precisamente por lo transcrito, tanto el comité de libertad sindical como la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, ambos órganos instituidos en el seno de la OIT para el control y la aplicación de normas de la OIT, han considerado el derecho de huelga como esencial para los trabajadores y las organizaciones sindicales. A esta conclusión han llegado al interpretar fundamentalmente el convenio número 87 (1948) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y el convenio número 98 (1949) sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva. Ambos convenios vale decir han sido ratificados por Colombia.¹⁴

En este sentido, es importante mencionar que la Corte Constitucional ha catalogado a los mencionados convenios de la OIT dentro de los que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Como se resaltó, la sentencia C-401 de 2005 es una providencia fundamental para conocer la dimensión de los convenios internacionales del trabajo. En esta sentencia la Corte Constitucional trajo a colación precedente que sentó esta posición. En particular la sentencia señaló:

“11. En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. La sentencia, que versó sobre el despido de trabajadores sindicalizados de las Empresas Varias de Medellín que continuaron participando en un cese de labores - a pesar de que la asamblea permanente que habían convocado había sido declarada ilegal por el Ministerio del Trabajo - concedió el amparo impetrado. En la ratio decidendi de la

¹³ Gernigon, Bernard, Odero Alberto y Guido Horacio. (2000). Organización internacional del Trabajo. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087989.pdf

¹⁴ El convenio 87 fue ratificado con la ley 26 de 1976 y el convenio 98 por la ley 27 de 1976.

providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(...)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,¹ entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos.

“Por tanto, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia: el derecho a la sindicalización y el derecho a la huelga deben ser respetados, su ejercicio no se puede perturbar con la injerencia externa (empleadores, autoridades administrativas, estatales o judiciales), y solamente se debe limitar cuando se trate de servicios públicos esenciales.”

Contra la sentencia se elevó una solicitud de nulidad por parte del apoderado de las Empresas Varias de Medellín, la cual fue denegada mediante el Auto de Sala Plena 078-A de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Entre los argumentos planteados por el recurrente se encontraba el de que la Sala había modificado unilateralmente la jurisprudencia, "al incorporar dentro del bloque de constitucionalidad los convenios y recomendaciones de la OIT, sin considerar la naturaleza jurídica de los mismos, ni el modus operandi que la propia Constitución prevé al respecto en el artículo 53." La Sala Plena respondió este cargo de la siguiente manera:

"Para desvirtuar este cargo, basta citar un aparte de la sentencia impugnada:

d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

'Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" (art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.'

"Así, queda aclarado que el bloque de constitucionalidad se construyó para interpretar las normas que fijan el alcance de los derechos comprometidos en este caso, y el de la protección que les brindan, tanto las normas internacionales como los convenios incorporados a la legislación nacional, según lo establece el artículo 53 Superior.

"Es decir, el bloque de constitucionalidad se usó para los fines precisos que señala el artículo 93 de la Carta Política: para interpretar el alcance de los derechos consagrados en ella "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Y los Convenios 87 y 98 son parte de la legislación interna en cuanto fueron debidamente ratificados (C.P. art, 53), por lo que son normas aplicables en cuya interpretación deben los jueces atender el criterio de los órganos de la OIT que son sus intérpretes legítimos y autoridades competentes para vigilar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo."¹⁵

¹⁵ Salvaron el voto los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa. Aclaró su voto el magistrado Álvaro Tafur Galvis.

12. *A partir de las anteriores decisiones, se puede apreciar que los convenios internacionales del trabajo han sido invocados como elementos de juicio en distintas sentencias de la Corte Constitucional sobre asuntos laborales. En varias providencias se ha mencionado expresamente que los convenios forman parte del bloque de constitucionalidad.*“

Entonces, al margen de las discusiones presentadas en el escenario de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la posición de las partes empleadora y trabajadora entorno a la aplicación de los convenios 87 y 98 de la OIT para comprender el alcance del derecho de huelga¹⁶, en el escenario nacional, la Corte Constitucional no solo ha admitido, como se viene diciendo, a la huelga como un derecho de carácter constitucional, sino que lo ha ligado a normas de carácter internacional expedidas por la OIT que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

32 Recomendaciones del Comité de libertad sindical

Son vinculantes y de obligatorio cumplimiento aquellas emanadas de este órgano de la OIT siempre que sean aprobadas por el Consejo de Administración. La Corte Constitucional ha analizado en varias oportunidades la naturaleza y alcances de las recomendaciones del Comité de libertad sindical de la OIT. Desde la sentencia T-568 de 1999 estableció el carácter vinculante de estas recomendaciones. Para ello consideró que el Estado colombiano al suscribir y ratificar el Tratado constitutivo de la OIT a ello se comprometió. En dicha providencia la Corte hizo una importante diferencia. Estableció que, a diferencia de los convenios, las recomendaciones pronunciadas por la OIT no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados partes en busca de las condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países; mientras que las recomendaciones de sus órganos de control en ocasiones son vinculantes.

En la mencionada sentencia expresó la Corte:

“La OIT se manifiesta a través de Convenios y Recomendaciones, según el artículo 19 de su Constitución. La Corte Constitucional ha reiterado, siguiendo los lineamientos de la Carta de la OIT, que, a diferencia de los Convenios, las Recomendaciones no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países. ¹⁷

“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

¹⁶ Referencia a estas discusiones se hace en el texto de Hofmann, Claudia (2014). (Derecho de) Huelga en la Organización Internacional del Trabajo. ¿Peligra el sistema de control de normas laborales y sociales internacionales? Recuperado de: <https://library.fes.de/pdf-files/iez/10856.pdf>

¹⁷ Sentencias C-562/92 MP Jaime Sanín Greiffestein, C-147/94 MP Jorge Arango Mejía, y C-468/97 MP Alejandro Martínez Caballero.

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 éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella";¹⁸ "39. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Comisión recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria..."¹⁹. Por último, "Todos los órganos de los Estados Partes tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, no pudiendo ésta establecer el modo de ejecutarlas a nivel interno (...) siendo por tanto el Estado (...) el que debe determinar la forma de cumplir con las mismas."²⁰ "El caso que se estudia ahora corresponde al segundo tipo: es una recomendación emitida por un órgano de control de una Organización Internacional.

(...)

*"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,²¹ ya que éste es el órgano que puede emitir recomendaciones de carácter vinculante según las normas que rigen la Organización. (...) **por tanto, esta recomendación constituye una orden expresa vinculante para el gobierno colombiano. Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración** (arts. 24 y ss)". (negrillas fuera de texto)*

33. Otros instrumentos internacionales

Estos instrumentos hacen parte del bloque de constitucional al establecer derechos humanos, de conformidad con la jurisprudencia y normas constitucionales que se han mencionado en puntos previos de esta exposición de motivos. En relación con la materia, Colombia ha suscrito, adherido o ratificado los siguientes instrumentos sobre derechos humanos: Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, supra 15, párr.23.

¹⁹CIDH, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención, supra 15, párr. 39.

²⁰ CIDH, Caso 11.430, México, 15 de octubre de 1996, párrafo 102. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996.

²¹ Cfr. Supra 29.

Para los efectos de esta exposición de motivos se realiza la siguiente descripción:

- a) **Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales:** Establece en su artículo 8 literal d) que los Estados parte garantizarán el derecho de huelga *“ejercido de conformidad con las leyes de cada país”*. Colombia lo aprueba con la ley 74 de 1976 y entra en vigor el 3 de enero de 1976.
- b) **Protocolo de San Salvador:** Colombia adhiere a él el 22 del octubre de 1997. Su artículo 8 literal b) establece que los Estados partes garantizarán *“el derecho a la huelga.”*, igualmente que *“El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.”*
- c) **Pacto de San José:** Se aprueba con la Ley 16 de 1972. Reconoce como derechos políticos entre otros el de reunión y asociación. Establece que solo podrán limitarse o restringirse por la ley según se requiera en *“una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.”*
- d) **Pacto internacional de derechos civiles y políticos:** Fue ratificado el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por la Ley 74 de 1968. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. El artículo 21 establece el derecho de reunión pacífica y que su *“ejercicio (...) sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.”* El artículo 22 también establece el derecho de asociación, su contenido y alcance.

4. Conceptos de servicio público y servicio público esencial

4.1. Servicio público

En el contexto colombiano, se habla de servicio público, genéricamente, cuando se está frente a actividades inherentes a la finalidad del Estado. Estas pueden ser prestadas por el Estado mismo, en forma directa o de manera indirecta, por comunidades organizadas o por particulares. Sin olvidar que, si se está en el último escenario, el Estado reserva para sí la regulación, la vigilancia y el control de tales servicios. Este concepto primigenio de servicio público se encuentra descrito en el artículo 365 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“ Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su

prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En consonancia con los presupuestos constitucionales, el Código Sustantivo del Trabajo, contiene en su artículo 430 la siguiente definición de servicio público:

“PROHIBICIÓN DE HUELGA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. De conformidad con la Constitución Nacional, está prohibida la huelga en los servicios públicos. Para este efecto se considera como servicio público, toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas. (...)” (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Del mismo modo, el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 80 de 1993²² define servicio público en los términos que a continuación se indican:

“3o. Se denominan servicios públicos:

Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines”.

²²Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ahora bien, al interior del ordenamiento jurídico colombiano se ha hecho alusión a que, dentro de la concepción de servicio público, como género, se encuentra la noción de servicio público esencial como especie. Por ello, en el siguiente apartado se profundizará este concepto.

42 Servicio público esencial

Como se mencionó con anterioridad, el régimen jurídico en el país distingue el **servicio público** propiamente dicho del **servicio público esencial**, como una variedad de aquel. La diferencia entre ambos radica en que mientras es servicio público toda actividad organizada que satisface de forma regular y continua intereses generales; es servicio público esencial aquella actividad que, cumpliendo con esa misma característica de los servicios públicos, contiene además la condición de que su **interrupción** afecta valores fundamentales de la vida en comunidad. A este respecto ha mencionado la Corte Constitucional lo que a continuación se lee:

“(…) [A] nivel conceptual, es posible encontrar actividades organizadas que satisfacen de manera regular y continua intereses generales (noción material de servicio público) pero que no son esenciales, porque su interrupción no afecta valores e intereses fundamentales de la vida en comunidad”²³

De lo anterior se puede concluir que la diferencia entre servicio público y servicio público esencial **radica en la posibilidad o no de interrumpir actividades en forma temporal**. Lo que equivale a decir que los servicios públicos donde esté prohibida la interrupción temporal de actividades (y por tanto el derecho de huelga encuentra su límite), son los denominados servicios públicos esenciales. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional, así:

“Finalmente, la Constitución únicamente utiliza la palabra esencial para referirse a las restricciones a la huelga, mientras que las otras normas constitucionales se refieren a los servicios públicos en general. Esto significa que el Constituyente decidió mantener un concepto genérico de servicios públicos para todos los otros efectos constitucionales distintos a la regulación del derecho de huelga.”²⁴ (Negrillas y subrayas añadidas).

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C., 27 de octubre de 1994.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C., 27 de octubre de 1994.

Sin embargo, la determinación de un servicio público como esencial corresponde exclusivamente al Congreso, tal y como dispuso la C.N. en el artículo 56 previamente citado. Frente a esta disposición, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en indicar que la definición de servicio público esencial, la determinación de los servicios públicos esenciales y, por tanto, la prohibición de la huelga en aquellos corresponde única y exclusivamente al legislador. Las palabras de la Corte en relación con este tema han sido las siguientes:

*“En efecto, la norma no sólo precisa que la ley reglamentará este derecho. sino que además señala que **es únicamente el Legislador, es decir el Congreso, quien define cuáles son los servicios públicos esenciales en donde la huelga no está garantizada**”²⁵ (Negrillas y subrayas añadidas).*

Así las cosas, se puede concluir de lo hasta ahora mencionado que la determinación de una actividad como **servicio público esencial** es facultad **exclusiva** del Congreso de la República. Ahora bien, la Corte Constitucional ha puesto de presente dos teorías según las cuales la definición de un servicio público como esencial es resultado: (i) bien de la determinación formal que en ese sentido haga el Legislador; o (ii) bien de dicha determinación formal, sumado al control constitucional posterior que realice la Corte, lo que se entendería como requisito material. Frente a estas dos posiciones, dicha corporación ha mostrado su *inclinación por la segunda, en los siguientes términos:*

*“Entra ahora la Corte a determinar el alcance del control constitucional sobre las definiciones de servicios públicos esenciales establecidas por el Congreso con el fin de restringir el derecho de huelga. **En efecto, en una primera aproximación, la norma constitucional admite una doble interpretación.***

*Conforme a **la primera hermenéutica, se podría considerar que la excepción a la garantía al derecho de huelga opera para todas aquellas actividades que la ley defina como servicios públicos esenciales, sin que la Corte Constitucional pueda efectuar un control material sobre tal definición. De acuerdo a tal criterio, la decisión del Congreso determina el carácter de servicio público esencial de una actividad puesto que a él corresponde definirlos.** Además, se podría argumentar que debido a la falta de precisión doctrinaria y constitucional de la expresión "servicios*

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C., 27 de octubre de 1994.

públicos esenciales", ella sólo puede ser llenada de sentido por el órgano de representación política. Por consiguiente, si el Legislador define una actividad como servicio público esencial, tal decisión es suficiente para excluir la garantía del derecho de huelga en ese sector, sin que se pueda discutir si materialmente ésta es o no un servicio público esencial. Habría entonces una discrecionalidad política del Legislador para definir las limitaciones al derecho de huelga. Conforme a la segunda interpretación, la Constitución ha establecido dos requisitos diferentes para que se pueda excluir el derecho de huelga de una determinada actividad. En primer término, es necesario que ésta sea materialmente un servicio público esencial. Y, en segundo término, desde el punto de vista formal, es necesario que el Legislador haya expresamente definido la actividad como servicio público esencial y restringido el derecho de huelga en ella. Por consiguiente, conforme a esta segunda hermenéutica, en caso de una eventual revisión constitucional, la Corte debe ejercer un control material sobre la decisión legislativa a fin de determinar si la actividad es o no un servicio público esencial.²⁶" (Negritas y subrayas fuera del texto original)

La Corte expone las razones para acoger la segunda interpretación en los siguientes términos:

"La Corte considera que esta segunda interpretación es la adecuada si se efectúa un análisis sistemático de esta excepción constitucional, por las siguientes razones[.]

En primer término, porque se trata de una excepción a la garantía de un derecho; por ende, su alcance debe ser determinado de manera restrictiva a fin de proteger el derecho. En caso de duda, es pues necesario optar por aquella interpretación constitucional que menos restrinja el goce del derecho. Y es obvio que, entre las dos interpretaciones, la segunda es la que confiere mayores garantías al derecho de los trabajadores a recurrir a la huelga, puesto que establece límites materiales a las posibilidades del Legislador de restringir el derecho.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C., 27 de octubre de 1994.

En **segundo término**, el enunciado literal muestra que la primera interpretación no es correcta, ya que con ella se quita toda eficacia normativa a la expresión "servicios públicos esenciales" contenida en el artículo 56. En efecto, si fuera servicio público esencial todo aquello que la ley definiera como tal, entonces el contenido del enunciado normativo variaría de manera sustantiva, puesto que quedaría del tenor siguiente: "Se garantiza el derecho de huelga salvo en los casos definidos por el legislador". Por consiguiente, **si queremos conferir una eficacia normativa real a la expresión "servicios públicos esenciales", es necesario admitir que la Corte debe efectuar un control material sobre las definiciones del Legislador.**

En **tercer término**, una interpretación finalista que pondere los valores en conflicto conduce al mismo resultado. En efecto, hemos visto que esta excepción se justifica constitucionalmente por la tensión que existe entre el derecho de los trabajadores a recurrir la huelga, y los intereses de los usuarios a que no se vean afectados sus derechos fundamentales por la total interrupción de los servicios esenciales. Por consiguiente, **la restricción o la prohibición de la huelga sólo pueden operar en actividades que sean materialmente servicios públicos esenciales, ya que es en ese ámbito material que se presenta esa colisión de principios y derechos.** Como señalan con razón algunos ciudadanos intervinientes, **el contenido de los servicios esenciales no es caprichoso y no puede resultar entonces de la pura voluntad legislativa.**

Finalmente, el estudio de los antecedentes históricos de la norma muestra que fue voluntad de la Asamblea Constituyente establecer una limitación material al Legislador en la definición de los servicios públicos esenciales y en la restricción del derecho de huelga. **En efecto, la Asamblea quiso evitar que el Congreso pudiera restringir de manera arbitraria este derecho, puesto que se partía de la constatación de que durante la vigencia de la anterior Constitución, las más disímiles actividades habían sido consideradas servicios públicos (...).**

Todo lo anterior muestra que el Constituyente estableció la noción de servicio público esencial como un límite material a la capacidad de limitación del Legislador del derecho de

huelga. Es entonces ilógico suponer que el Congreso pueda redefinir, de manera discrecional, estos límites establecidos por la Constitución, lo cual sucede si el Congreso puede calificar cualquier actividad de servicio público esencial y la Corte no ejerce un control material sobre esas definiciones legales. En efecto, si el Congreso puede redefinir los límites constitucionales de un derecho fundamental, entonces el Legislador, en sentido estricto, deja de estar sujeto a la Constitución y el derecho deja de estar garantizado por la Carta”²⁷ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Siguiendo esta posición, adoptada por la Corte Constitucional en el año de 1994 y reiterada por la misma corporación a lo largo del tiempo en sentencias: C-075 de 1997²⁸, C-466 de 2008²⁹, C-691 de 2008³⁰, C-858 de 2008³¹, C-349 de 2009³², C-122 de 2012³³ y C-796 de 2014³⁴, entre otras; para que determinado servicio público sea considerado como **esencial** son necesarios dos requisitos, a saber:

1. **Requisito formal:** el cual consiste en que el Legislador haya consagrado expresamente en la ley que la actividad constituye servicio público esencial.
2. **Requisito material:** el cual consiste en que, materialmente, es decir, que en realidad se trate de un servicio público esencial. Requisito que se cumple una vez la Corte Constitucional realiza revisión material sobre la disposición normativa sometida a su control posterior.

4.2.1. Requisito formal

Tal y como ya se expuso, uno de los requisitos para que determinada actividad sea considerada en el ordenamiento jurídico colombiano como servicio público esencial, consiste en que el Legislador así lo haya definido. Sin embargo, en la actualidad, aún no existe una definición de lo que se considera **servicio público esencial**, ni cuáles son las características o requisitos legales con los que la actividad deba cumplir. Lo anterior, a pesar de los múltiples llamados que ha realizado la Corte Constitucional al Congreso de la República para que emita legislación en ese sentido. De este modo se ha evidenciado en los exhortos contenidos en varias sentencias, del siguiente modo:

²⁷ *Ibidem*

²⁸ Sentencia del 20 de febrero de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara

²⁹ Sentencia del 14 de mayo de 2008. M.P. Jaime Araújo Rentería

³⁰ Sentencia del 9 de julio de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹ Sentencia del 3 de septiembre de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

³² Sentencia del 20 de mayo de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³³ Sentencia del 22 de febrero de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁴ Sentencia del 30 de octubre de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

En la parte resolutive de la Sentencia C-473 de 1994, dicha corporación realizó el primero de los llamados al Congreso así:

“CUARTO: EXHORTAR al Congreso para que en un plazo razonable expida una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales que sea acorde con la Constitución”³⁵.

Exhorto frente al cual el Legislador hizo caso omiso. Razón por la cual, posteriormente, en Sentencia C-691 de 2008, la Corte reiteró la solicitud en los siguientes términos:

“Constata la Corte que después de tres lustros, el Congreso no ha desarrollado el artículo 56. Por eso se exhortará respetuosamente al Congreso para que lo desarrolle. Sin embargo, mientras se expide la ley correspondiente, el artículo 56, que amplió el alcance del derecho de huelga, se aplica de manera directa e inmediata (...)”³⁶ (Negrillas y subrayas añadidas).

Misma providencia en la cual, la Corte trajo a colación otro llamado que en 1997 se le había realizado al Legislador en los mismos términos:

“No obstante, en la sentencia C-075 de 1997, la Corte se abstuvo de analizar desde el punto de vista material si las actividades de las plantas de leche, plazas de mercado y mataderos, junto con sus organismos de distribución, eran servicios públicos esenciales. En cambio, optó por declarar la inexecutable de la norma que prohibía la huelga en estos eventos, por cuanto el Legislador, a pesar de los años transcurridos desde la expedición de la Constitución de 1991, todavía no había definido formalmente cuáles eran los servicios públicos esenciales. Además, en esa ocasión la Corte reiteró su llamamiento al Congreso de la República para que reglamente el artículo 56 de la Constitución y determine en qué actividades no rige el derecho de huelga, por tratarse de servicios públicos esenciales” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-473 de 1994. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C., 27 de octubre de 1994.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-691 de 2008. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., 09 de julio de 2008.

A pesar de que el Congreso de la República, a la fecha, no haya definido el concepto de servicio público esencial con las características que le correspondan, no se puede desconocer que la Constitución lo facultó para determinar cuáles son las actividades que se deben tener en el ordenamiento como servicios públicos esenciales. En otras palabras, el hecho de que el Legislador no haya precisado aún el concepto de servicio público esencial no obsta para que el mismo pueda catalogar ciertas actividades como servicios públicos esenciales puesto que el artículo 56 superior le concede la facultad de hacerlo.

Con todo, es importante mencionar que mediante la varias veces citada sentencia C-473 de 1994, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del ya mencionado artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo (el cual hablaba de la prohibición de la huelga en los servicios públicos) bajo el entendido de que, conforme al artículo 56 de la Constitución, la huelga se prohíbe sólo en los servicios públicos que comporten la calidad de esenciales.

En esa medida, hoy en día, son servicios públicos esenciales:

1. Los así determinados directamente en la Constitución Nacional, por ejemplo: la salud, la educación, el saneamiento ambiental y el agua potable³⁷.
2. Aquellos a los cuales el Legislador les ha otorgado esa calidad en leyes posteriores a la Constitución de 1991, y que dicha esencialidad haya sido evaluada por la Corte Constitucional con el fin de determinar que materialmente lo son. Ejemplo de lo anterior constituyen los servicios públicos de: (i) banca central, determinado como esencial mediante Ley 31 de 1992 y confirmado por la Corte en Sentencia C-521 de 1994; los servicios públicos domiciliarios, considerados esenciales mediante Ley 142 de 1994 y verificados por la Corte Constitucional en Sentencia C-663 de 2000 y; el transporte por tierra, mar y aire, calificado como esencial mediante Ley 366 de 1996 y declarado como tal en Sentencia C-450 de 1995, ratificada en Sentencia C-033 de 2014.

Por todo lo anterior, es menester concluir, respecto de este requisito formal, que se trata de un poder otorgado por la Constitución de 1991 al Congreso de la República para catalogar los servicios que considere como servicios públicos esenciales. Situación a la que es aplicable, vía análisis de derecho comparado, lo que respecto del ordenamiento jurídico español se ha mencionado a través de doctrina, del siguiente modo:

³⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-423 de 1996. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara. Santa Fe de Bogotá, 11 de septiembre de 1996.

*“La concreción de cuáles sean las necesidades esenciales de una comunidad deberá realizarse siempre dentro del marco fijado por la Norma Fundamental. Dicha norma va a calificar expresamente algunos sectores como esenciales. De esta forma, dota a esta calificación de protección constitucional, pues el mayor rango de la Constitución impide que el legislador pueda eliminar su carácter de esenciales. Fuera de ello, será el legislador al que le corresponda determinar en cada momento, que otros servicios tienen también la consideración de esenciales. En definitiva, hay un núcleo duro de servicios esenciales, indisponibles para el legislador, que vienen precisados en la propia Constitución (Educación, Sanidad, etc.). **El resto de servicios esenciales lo son como consecuencia de una decisión del legislador, pues corresponde a quien en cada momento reciba la confianza del pueblo en unas elecciones precisar conforme a su ideología política cuáles son los servicios esenciales**”³⁸(Negritillas y subrayas fuera del texto original).*

Con todo, como se anticipó en líneas precedentes, este no es el único requisito con que debe contar una actividad para ser calificada como esencial, puesto que es menester contar con el requisito material que a continuación se explica.

422. Requisito material

Avanzando sobre el concepto de servicio público esencial, no basta con que el Legislador se haya dado a la tarea, respecto de determinada actividad, de concebirla como esencial, sino que según lo ha dicho la Corte Constitucional, hace falta un control material por parte de esta última, en las siguientes palabras:

*“[F]rente a este concepto constitucional indeterminado [de servicio público esencial], **la propia Constitución ha preferido que exista una definición previa por el Legislativo y que sobre ella -ex post- ejerza su control el juez constitucional.** La Corte respeta esa **libertad relativa** de configuración política del Legislador en esta materia, y por eso no adelanta criterios que pudieran predeterminar las opciones políticas del Congreso. **En efecto, la regulación de un tema tan trascendental debe ser el fruto de un debate participativo y democrático, por medio del cual la sociedad***

³⁸ NAVARRO, Karlos; MORENO, Luis Ferney. Teoría de los servicios públicos: lecturas Seleccionadas. Primera edición. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2018. Pág. 141

colombiana establezca el régimen de su preferencia en el escenario por excelencia de la democracia: el Congreso.

En esa medida, a pesar de que, como ya se mencionó en repetidas oportunidades, no existe definición legislativa de servicio público esencial, sí existen leyes que han determinado ciertos servicios públicos como esenciales. Definiciones frente a las cuales la Corte Constitucional ha realizado el examen pertinente para determinar esa esencialidad desde un punto de vista material. Sobre este tema es también importante mencionar que se trata de un examen material que no opera de manera automática por parte de la Corte Constitucional, sino que requiere de una demanda de inconstitucionalidad.

Continuando con el desarrollo del requisito material, es importante mencionar que un servicio público esencial, debe cumplir, antes que nada, con las características de ser **servicio público** y, en esa medida, contar con la importante característica de ser prestado en forma continua. Continuidad que puede ser asegurada a través de distintos medios, como por ejemplo el de la prohibición de la huelga. Mecanismo que como se evidencia a lo largo del presente concepto, es el adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano.

En relación con la continuidad, la doctrina ha dicho lo siguiente:

“Si la causa que legitima la existencia del servicio público es una necesidad colectiva, la prestación del servicio debe ser continua, lo cual significa que en ningún caso debe ser interrumpida, y así mismo debe ser asegurada esa continuidad. Villar Ezcurra indica que *“la continuidad del servicio público constituye no ya una consecuencia de la declaración de servicio, sino su característica definitoria más importante, hasta el punto de que la misma prestación verificada de forma discontinua pierde la naturaleza de servicio público”*³⁹

*Teniendo en cuenta las características y condiciones de la necesidad o exigencia que se procura atender con la prestación del servicio público, la continuidad puede revestir carácter absoluto o solo relativo*⁴⁰. *La exigencia absoluta de continuidad se presenta en el supuesto de servicios que atienden necesidades permanentes, y por tanto que deben estar siempre cubiertas, tal como ocurre en el suministro de agua, gas o electricidad, mientras que la exigencia de continuidad podrá ser relativa cuando se*

³⁹ VILLAR EZCURRA: Servicio público y técnicas de conexión. Pág. 211

⁴⁰ ARIÑO ORTIZ, G. Principios de Derecho público económico. 2.a ed. Comares. Granada, España. 2001.

atienden requerimientos que son intermitentes, es decir, que se presenten en ciertos momentos y no en otros.

De cualquier manera, quien presta un servicio público debe abstenerse de realizar todo tipo de actos que puedan llegar a atentar o afectar esa continuidad, previéndose, además, que la falta de continuidad constituirá una falta al sistema de prestación que habrá de ser sancionado como tal. La continuidad de los servicios públicos se asegura por medio de diferentes medidas jurídicas, entre las cuales cabe citar los (sic) siguientes:

*a. **El establecimiento de limitaciones a la posibilidad de que se puedan realizar huelgas y paros patronales que suspendan o dificulten la prestación del servicio**, la ejecución directa por la administración pública en aquellos casos en que el servicio haya sido otorgado a un concesionario que no lo presta de manera debida en este aspecto*

(...)”⁴¹ (Los llamados son originales), (Negritas y subrayas añadidas).

Por lo anteriormente dicho, es la continuidad del servicio uno de sus rasgos más importantes y, por lo tanto, para determinadas actividades podrá limitarse la realización de acciones que tiendan a desconocerla, como ocurre con la huelga.

Por otro lado, retomando las características del requisito material, este aspecto sustancial conduce necesariamente a que se atiendan: (i) las características específicas de cada servicio y (ii) al contexto social frente al cual se esté presente. De acuerdo con lo expuesto en apartados anteriores, y sin perjuicio de la omisión legislativa que existe frente a la determinación de los servicios públicos esenciales, la Corte Constitucional ha cumplido con su labor de revisión respecto de los casos puntuales que han sido sometidos a su juicio. Casos frente a los cuales dicha corporación, ha empleado ciertas pautas para determinar la esencialidad de un servicio. Sin perjuicio de advertir que cada caso es distinto, de modo que, no le es dable construir reglas generales que sean susceptibles de aplicación en todos los casos. Las palabras de la Corte respecto de lo anterior han sido las siguientes:

*“(...) [L]a Corte estima que en situaciones como la actual se debe seguir el rumbo que se había fijado esta Corporación desde un principio, cual era el de que **‘en cada caso concreto sometido a su consideración la Corte examinará si una determinada actividad, atendiendo a su contenido material, corresponde o no a un***

⁴¹ NAVARRO, Karlos; MORENO, Luis Ferney. Teoría de los servicios públicos: lecturas Seleccionadas. Primera edición. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2018. Pp. 145-146.

*servicio público esencial*⁴² (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

El establecimiento de esas pautas ha ido evolucionando a lo largo de los años, toda vez que, en un primer momento la Corte acuñó un criterio para determinar lo que se entendía como esencial, para luego, manifestar que, por la amplitud del mismo, acogería la definición dada por la OIT, la cual, a la fecha, se mantiene. La primera definición acogida por la Corte fue la siguiente:

“(...) [U]n servicio público es esencial cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”⁴³

Con base en esta definición, eran considerados materialmente servicios públicos aquellas actividades que contribuían de modo directo y concreto, es decir las que favorecerían directamente a tres fines: (i) a la protección de bienes, (ii) a la satisfacción de intereses o (iii) a la realización de valores; todos estos ligados con la realización de los derechos y libertades fundamentales. Posteriormente, numerosas sentencias de las altas Cortes se refirieron a la falta de precisión del término antes mencionado, debido a que su amplitud podría conducir a que casi cualquier actividad fuera considerada servicio público esencial. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, en **Sentencia SL2541-2018** del 04 de julio de 2018, indicó:

“Ahora bien, como se observó en el recuento realizado acerca de la jurisprudencia sobre esta materia, la Corte [Constitucional] ha indicado que para determinar si una actividad constituye un servicio público esencial es preciso establecer si ella contribuye directa y concretamente a la “protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”. Este criterio resulta demasiado amplio, pues innumerables actividades de la vida social y económica están relacionadas con los derechos y libertades fundamentales. Una aplicación estricta de este criterio podría desnaturalizar la garantía del derecho de huelga contenida en el

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-796 de 2014. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., 30 de octubre de 2014.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-691 de 2008. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., 09 de julio de 2008.

artículo 56 de la Constitución, pues extendería de manera inadmisiblemente el ámbito de estrictión del derecho de huelga⁴⁴ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Acto seguido, en ese mismo pronunciamiento se hace alusión a que, advertida la amplitud de la concepción que se tenía de servicio público esencial, resulta más apropiado acoger el término acuñado por la OIT, en el siguiente sentido:

*“En el tema específico de las restricciones legítimas al derecho de huelga, ambos organismos [pertenecientes a la OIT: Comité de Libertad Sindical y Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones] coinciden en que éste derecho [de huelga] es de carácter general y **sólo admite excepciones** en el caso de los funcionarios públicos “que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado” y **en los eventos de prestación de servicios esenciales en el sentido estricto del término, es decir, aquellos servicios “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”**”.*

*Desde esta perspectiva **parece más adecuada la definición que utilizan los órganos de la OIT, según la cual constituyen servicios públicos esenciales las actividades “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo parte de la población”**”.*

La anterior orientación ha sido reiterada en sentencias como la C-858 de 2008, C-349 de 2009, C-122 de 2012 y C796 de 2014, entre otras.

En igual dirección, esta corporación, a través de la sentencia CSJ SL16402-2014, señaló que:

*En efecto, **atentaría significativamente contra dicha regla, catalogar un servicio público como esencial, por el prurito de que contribuya a la protección de bienes, a la satisfacción de intereses, o a la realización de valores ligados con el respeto, la vigencia, o el ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales, pues una descripción tan amplia puede inducir a una severa limitación al ejercicio del derecho de huelga, en perjuicio***

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2541-2018. Radicación n° 80409. M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruíz. Bogotá D.C., 04 de julio de 2018, citando la Sentencia C-450 de 1995 de la Corte Constitucional, citando la Sentencia C-691 de 2008.

precisamente de la efectividad de derechos y deberes fundamentales, como los de asociación y negociación colectiva, con mayor razón en tiempos actuales, en los que la jurisprudencia ha catalogado como fundamentales a todos los derechos reconocidos en la Constitución, solo que, se ha dicho, unos son exigibles vía acción de tutela y otros no. (...) Empero, ello no comporta que todas las actividades que desarrolle el Estado, directamente o a través de particulares, en procura de garantizar el cumplimiento de los programas impuestos por la Carta Política, deban entenderse comprendidas bajo la noción de servicio público esencial, pues no en todos los casos su interrupción pone, así sea parcialmente, en situación de riesgo la vida, la seguridad, ni la salud de la población"⁴⁵ (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Nótese pues que, según la jurisprudencia más reciente tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, un servicio público esencial no es ya el que contribuye a la realización de los derechos fundamentales, ya que tal definición conduce a que, en la práctica, cualquier actividad sea considerada esencial. Más bien, se inclina por apropiarse el término propuesto en su momento por la OIT al tomar por esencial aquel servicio público cuya interrupción podría poner en peligro la vida, seguridad o salud de la población. Teniendo en cuenta además que no interesa, a fines de determinar la esencialidad, si se trata de una alteración parcial o de un daño cierto.

En ese sentido sintetizó, en otra providencia, la Corte Suprema de Justicia:

"Como conclusión, la identificación de un servicio público esencial, respecto del cual está prohibida la huelga, depende de la decisión del legislador en ese sentido, así como de que su suspensión afecte la salud, la vida y la seguridad de la población, dependiendo de las particularidades propias de cada contexto y sin importar si su alteración es parcial o si se produce un daño efectivo sobre esos derechos"⁴⁶.

Sobre este punto es importante mencionar que, a pesar de que el ordenamiento jurídico interno haya acogido recientemente la definición de servicio público esencial dado en su momento por la OIT, sus apreciaciones respecto de la

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2541-2018. Radicación n° 80409. M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruíz. Bogotá D.C., 04 de julio de 2018, citando la Sentencia C-691 de 2008.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL20094-2017. Radicación n° 79047. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno. Bogotá D.C., 29 de noviembre de 2017.

determinación de ciertos servicios como esenciales no es armónica, pues existen actividades que la OIT ha catalogado como no esenciales y que la **Corte Constitucional** ha mencionado que sí lo son y viceversa. Así, por ejemplo, la OIT incluyó dentro de los servicios **no esenciales** “los pilotos de líneas aéreas”⁴⁷. Del mismo modo, existe pronunciamiento de “(...) la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, según la cual los trabajadores deberían poder realizar huelgas, entre otros, en «...los servicios de transporte aéreo y aviación civil...»”⁴⁸. *Contario sensu*, la posición adoptada por el Estado colombiano frente al transporte aéreo refiere a que sí constituye un servicio público esencial y, por tanto, respecto de él se encuentra prohibida la huelga.

Así las cosas, cabe recordar que el cambio de un servicio público esencial a no esencial y viceversa, al interior del ordenamiento jurídico colombiano, **puede** tener en cuenta las recomendaciones de la OIT respecto de ese tema en específico, sin olvidar que, de todas formas, aquellas no son vinculantes.

4.2.2.2.1. Algunas pautas de determinación de la esencialidad.

Como se anticipó en líneas anteriores, la Corte Constitucional ha realizado su labor de determinar, desde un punto de vista material, la existencia o no de la esencialidad frente a servicios públicos particulares que han sido puestos bajo su examen. Particularmente, frente a las actividades de explotación, elaboración y distribución de la sal, la Corte Constitucional en su momento declaró que aquella no se considera servicio público esencial a pesar de su utilidad y relevancia en el país, por las siguientes razones:

*“La explotación de la sal estuvo a cargo del Banco de la República hasta 1969, año en que el Gobierno celebró un contrato de concesión con el Instituto de Fomento Industrial IFI para la explotación minera de este compuesto químico. Posteriormente, en la década de los 90, **operadores privados** entraron a participar en la industria salina lo cual marcó el inicio de la tendencia privatizadora que ha perdurado hasta la actualidad. **Colombia cuenta hoy con cinco grandes centros de producción salina los cuales son: Manaure, Galerazamba, Zipaquirá, Nemocón y Upín.**”*

La sal tiene aproximadamente 14.000 aplicaciones industriales, entre las que se cuentan: el tratamiento de

⁴⁷ Cfr. OIT 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 587. P. 127.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL20094-2017. Radicación n° 79047. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno. Bogotá D.C., 29 de noviembre de 2017, citando el párrafo 134 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 por una globalización equitativa, 2008

agua; la producción de bienes de la industria química, tales como jabones, productos farmacéuticos, alimentos para ganado, fertilizantes, pesticidas y químicos agrícolas; la utilización en la exploración de petróleo y gas, y en el procesamiento de metales, textiles, pieles y hule; el uso con fines de consumo humano, tanto para el consumo directo como para conservación de carnes, pan y lácteos. **Además, es preciso aclarar que no existe un sustituto natural para este material y que su desarrollo industrial requiere de una gran inversión.**

Dadas las características de la industria salinera enunciadas anteriormente, considera la Corte que **una eventual interrupción temporal de las actividades de explotación, elaboración y distribución de la sal no generaría por sí misma un peligro inmediato para la vida, la seguridad o la salud de la población colombiana.** Además, como se observa, en el país **existen varios centros de producción de sal, que pueden surtir las necesidades de la misma.** Además, **nada impide acudir a fuentes externas para proveer en el país la sal necesaria.** **En consecuencia, las actividades en cuestión no constituyen un servicio público esencial, en el sentido estricto del término, de tal manera que la prohibición de huelga en dicho ámbito escontraría a la Carta Política y será declarada inexecutable en la parte resolutive de esta sentencia**⁴⁹

Se extrae de lo anterior que, para el caso específico de la explotación, elaboración y distribución de la sal, sirvieron a la Corte las siguientes pautas para determinar su no esencialidad:

Tabla No. 1

PAUTA	APLICACIÓN A LA INDUSTRIA SALINA
Operación por numerosas personas privadas.	En la Industria salina existían para la época cinco (5) operadores privados que abastecían la sal en todo el país.
Existencia de varios centros de producción.	Las necesidades que se suplían, para ese entonces, con la sal no estaban en cabeza de un único centro de producción del cual dependiera toda la actividad de la industria.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-691 de 2008. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., 09 de julio de 2008.

PAUTA	APLICACIÓN A LA INDUSTRIA SALINA
Existencia de otras fuentes.	Frente a la explotación, producción y distribución de la sal, no existe impedimento alguno para acudir a fuentes externas que cumplan con los mismos fines.
Aplicaciones diversas.	La sal, cuenta con 14.000 aplicaciones distintitas, de las cuales, un gran porcentaje es cosmético.
CONCLUSIÓN	
Puesta en peligro de la vida, la seguridad o la salud de la población, derivada de su interrupción temporal.	Suspender en forma temporal las actividades de explotación, elaboración y distribución de sal no pone en peligro ni la vida, ni la seguridad de toda o parte de la población. Por lo cual, la Corte declaró la inexecutable de esta disposición. Sin perjuicio de lo cual, dio la recomendación de que frente a este tipo de servicios de utilidad pública se regule la prestación de un servicio mínimo.

Fuente: elaboración propia

En sentencia posterior, la Corte Constitucional haciendo alusión a este pronunciamiento, resumió estas pautas de la siguiente manera, para resumir que la actividad salina no es servicio público esencial, pero nada obsta para que sea servicio mínimo, si el legislador así lo dispone:

*“Tras emprender ese examen material, se concluyó que las actividades en cuestión no representan un servicio público esencial, ya que una eventual interrupción temporal de ellas no generaría por sí misma un peligro inmediato para la vida, la seguridad o la salud de la población colombiana, teniendo en cuenta que (i) a la fecha del fallo existían cinco grandes centros de producción de sal en el país, (ii) también existía la posibilidad de obtener su abastecimiento desde el exterior, y (iii) la sal tiene aplicaciones industriales muy diversas y muchas de naturaleza cosmética. En consecuencia, el literal fue declarado inexecutable; **no obstante, en vista de la gran importancia de la industria salinera para la economía del país y de que la sal es un elemento necesario para el mantenimiento de la salud y de las condiciones de sanidad de la población, se resaltó que es “(...) recomendable que en los eventos de huelga en esta industria se regule la exigencia de prestación de un servicio mínimo, tema objeto de numerosos estudios e incluso de criterios establecidos por el Comité de Libertad Sindical y por la Comisión de***

Expertos de la OIT (...)⁵⁰ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Con todo, es importante mencionar que estas pautas no son absolutas y, de hecho, no han sido utilizadas en todas las sentencias mediante las cuales la Corte ha concluido la esencialidad o no de los demás servicios públicos que se han puesto bajo su examen. Lo anterior, toda vez que, se reitera, la determinación de este requisito material de esencialidad es estudiado por la Corte en cada caso particular, analizando las condiciones de prestación del servicio específico, las características de las actividades que lo componen y el contexto económico y social que el país se encuentre atravesando.

Ahora bien, a pesar de que es la Corte Constitucional la encargada de determinar la esencialidad de un servicio, cabe recordar los argumentos que empleó la Corte Suprema de Justicia respecto de la esencialidad del transporte aéreo, que fueron los siguientes:

“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 movilizarse en aras de cumplir obligaciones y deberes y ejercer derechos como la salud y la educación. En ese sentido, resulta ilustrativo el hecho de que, según cifras de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, durante el año 2016 más de 36 millones de pasajeros se movilizaron por vía aérea, de los cuales el 48% corresponde a la empresa demandante.

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. Un ejemplo ilustrativo de ello es el que da la empresa demandante con la Isla de San Andrés y la ciudad de Leticia, en las que, por sus condiciones geográficas, el transporte aéreo es el recurso

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-796 de 2014. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., 30 de octubre de 2014.

principal y casi único de suministro de víveres y medicamentos, así como de movilización de las personas. Por dicha vía, como conclusión, en entornos sociales como el nuestro, el transporte aéreo asegura el suministro de bienes y servicios, con los que se garantizan derechos fundamentales como la salud y la educación; permite el traslado de pacientes e insumos médicos para garantizar el derecho a la vida y la salud de la población; y hasta permite cumplir con servicios de asistencia humanitaria a poblaciones lejanas y desconectadas del territorio nacional. Siendo así, para la Corte no es atendible el argumento en virtud del cual el cese de actividades promovido por la organización demandada es parcial y, en todo caso, el servicio de transporte lo prestan otras empresas, pues, como se dijo en la sentencia CSJ SL11680-2014, lo que censura el constituyente es el riesgo al que se ve sometida la población por la supresión de un servicio a partir del cual se garantizan procesos vitales para la comunidad y no el daño efectivo que se pueda causar en determinados contextos. En ese sentido, en principio, no por el hecho de que existan planes de contingencia difusos, tendientes a garantizar la movilización de la población, con otras compañías, o porque ninguna persona hubiera resultado lesionada a raíz del cese, se puede dejar de considerar la esencialidad del servicio de transporte aéreo.

(...)

De todo lo dicho, la Corte concluye que el transporte aéreo está catalogado formal y legislativamente como servicio esencial; que la Corte Constitucional ha admitido la constitucionalidad de esa medida, en sentido material; y que existen razones especiales, propias de nuestro contexto, para admitir que la suspensión del transporte aéreo acarrea riesgos ciertos para la salud, la vida o la seguridad de las personas⁵¹ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De lo anterior se concluye que la jurisprudencia actual apunta a que: (i) se debe tener en cuenta el contexto nacional en todos los aspectos de la vida en sociedad; (ii) en la vitalidad que representa el servicio; (iii) su contribución al aseguramiento de derechos fundamentales. Todos estos aspectos en consonancia con la finalidad

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL20094-2017. Radicación n° 79047. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno. Bogotá D.C., 29 de noviembre de 2017.

última que consiste en no poner en peligro la seguridad, la salud o la vida de la población.

43. Servicio mínimo

A modo de recuento, se entiende por **servicio público** toda actividad organizada que satisface de forma regular y continua intereses generales, bien sea que los preste el Estado directamente o a través de particulares. Por su parte, **servicio público esencial** es aquel que, cumpliendo con la definición anterior, está además determinado como esencial en la ley, y materialmente se ha comprobado por la Corte Constitucional que su interrupción puede poner en peligro la vida, salud o seguridad de toda o parte de la población. Por este motivo, frente a los servicios públicos esenciales el legislador **prohíbe la huelga**.

Se destaca que existe un término, si se quiere intermedio, denominado **servicio mínimo**, el cual consiste en que, frente a servicios de **utilidad pública**, que no esenciales en estricto sentido, pueda limitarse en alguna medida el derecho a la huelga (sin prohibirlo radicalmente), ofreciendo así una garantía mínima de la prestación del servicio. Sin embargo, la determinación formal de este concepto para su efectiva puesta en marcha corresponde al Congreso de la República. Órgano que, a la fecha, no ha expedido regulación frente al tema. Sin perjuicio de lo cual, se citan a continuación los pronunciamientos que, frente al concepto de servicio mínimo, han realizado tanto la Corte Constitucional como la OIT.

En sentencia **C-796 de 2014**, la Corte Constitucional, hablando de que la calificación de actividades como servicios públicos debe ser restrictiva, sin perjuicio de lo cual las autoridades estatales pueden determinar un régimen de servicio mínimo, citó a la OIT, como se transcribe a continuación:

“Así, la CEACR ha afirmado que debe ser muy restrictiva la calificación de actividades como servicios públicos esenciales, si bien acepta que en asuntos que no sean definidos como tales se establezca la exigencia de mantener unos servicios mínimos durante la huelga: “El principio según el cual el derecho de huelga puede verse limitado, o incluso prohibido, en los servicios esenciales perdería todo sentido si la legislación nacional definiese esos servicios de forma demasiado extensa. Al tratarse de una excepción del principio general del derecho de huelga, los servicios esenciales respecto de los cuales es posible obtener una derogación total o parcial de ese principio deberían definirse de forma restrictiva; la Comisión estima, por lo tanto, que sólo pueden considerarse servicios esenciales aquéllos cuya interrupción podría poner

en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población[.]”

“(…) Además, un servicio no esencial en el sentido estricto del término puede convertirse en esencial si la huelga que repercute en el mismo dura más de un cierto período o adquiere tal dimensión que pueden correr peligro la salud, la seguridad o la vida de la población (por ejemplo, en los servicios de recolección de basura). Con el fin de evitar daños irreversibles o que no guarden proporción alguna con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias económicas de los conflictos colectivos, las autoridades podrían establecer un régimen de servicio mínimo en otros servicios que son de utilidad pública, en vez de prohibir radicalmente las acciones de huelga, prohibición que debería limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término”⁵² (Negrillas y subrayas añadidas).

En similar sentido, la Corte Constitucional en Sentencia **C-691 de 2008**, mediante la cual se declaró servicio público **no esencial** la explotación, elaboración y distribución de la sal, adujo lo que a continuación se lee:

“Ahora bien, no desconoce esta Corporación la gran importancia de la industria salinera para la economía del país y de la sal como elemento necesario para el mantenimiento de la salud y de las condiciones de sanidad de la población. Es por esto que una interrupción prolongada de los servicios de producción y distribución de sal podría generar una crisis e inclusive, de presentarse un desabastecimiento, llegar a afectar directamente los derechos de las personas por no poder acceder este bien. Ello hace recomendable que en los eventos de huelga en esta industria se regule la exigencia de prestación de un servicio mínimo, tema objeto de numerosos estudios e incluso de criterios establecidos por el Comité de Libertad Sindical y por la Comisión de Expertos de la OIT. Todo ello tendría que ser reglamentado por el Congreso de la República, tal como ha reiterado la

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-796 de 2014. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., 30 de octubre de 2014.

*Corte Constitucional en tantas ocasiones*⁵³ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Se extrae de lo anterior que, aunque existen actividades de gran importancia en el país o utilidad pública que no por ello deben ser consideradas servicios públicos esenciales, sí merecen una regulación por parte del legislador con el fin de establecer una garantía de prestación de servicio mínimo cuando de huelga se trate. Sin embargo, como se mencionó, esta determinación corresponde exclusivamente a la esfera legislativa.

Por lo antes mencionado, resulta conveniente considerar lo que al respecto de los servicios mínimos se ha mencionado a nivel doctrinal, en relación con el derecho español, como se lee a continuación:

“La expresión del Art. 28.2⁵⁴ “mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad” se puede interpretar como equivalente a un determinado nivel de prestación del servicio que, ante situaciones de conflicto laboral, garantice su funcionamiento, si bien mantener un servicio no implica que se alcancen las cuotas de rendimiento habitual. A diferencia de la naturaleza cualitativa que presenta la noción de servicio esencial, los servicios mínimos hacen referencia a la determinación de un concreto nivel cuantitativo en el funcionamiento de la actividad en cuestión.

(...)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado repetidamente sobre la constitucionalidad del establecimiento de servicios mínimos (...). Una postura coherente con la última ratio de los servicios esenciales implicaría sustituir, tal y como ha propuesto Martínez Marín, el término servicios mínimos por el de servicios suficientes, pues de otro modo quedarían insatisfechas las necesidades que justifican la existencia del servicio”⁵⁵ (Negrillas y subrayas añadidas).

De esta manera, tomando como ejemplo el ordenamiento jurídico español, existen actividades que no pueden ser interrumpidas, puesto que su calidad de esenciales riñe con la figura de la suspensión; mientras que, existen otras que, en términos de

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-691 de 2008. MP: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., 09 de julio de 2008.

⁵⁴ El tenor literal del numeral 2º del artículo 28 de la Constitución Española, es el siguiente:

“2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

⁵⁵ NAVARRO, Karlos; MORENO, Luis Ferney. Teoría de los servicios públicos: lecturas Seleccionadas. Primera edición. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2018. Pág. 142.

cantidad, pueden interrumpirse si se mantiene una prestación básica o suficiente del servicio de que se trate. En otras palabras, **mientras la huelga está prohibida en los servicios públicos esenciales, en los servicios mínimos no se debe prohibir, pero sí limitar.**

Una referencia importante en este capítulo merece un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. La sentencia SL-1680 del 24 de junio de 2020 M.P. Clara Cecilia Dueñas conoce el recurso de apelación interpuesto por una organización sindical contra una sentencia que declara la ilegalidad de una huelga. La huelga fue efectuada en la ESE Hospital San José de Maicao, por lo tanto, en primera instancia se consideró ilegal por haberse efectuado en un servicio público esencial: la seguridad social. Lo importante de esta sentencia es que significa un cambio de criterio de la Corte Suprema de Justicia. En efecto la sentencia señaló: *“la Corte precisa el criterio sentado en sentencias tales como la CSJ SL5857-2014, CSJ SL11680-2014 y CSJ SL9517-2015 alusivas a la huelga en el sector salud, en el sentido que no es que el derecho de huelga esté prohibido en todo el sector salud, sino estricta y exclusivamente en aquellos servicios cuya interrupción verdaderamente ponga en peligro directo y evidente la salud o vida de las personas.”*

Para replantear su criterio la Corte utiliza en esencia la doctrina de la OIT y su desarrollo sobre el servicio mínimo. En este sentido alude a que *“La doctrina más autorizada sobre el tema, a efectos de delimitar correctamente el campo de los servicios esenciales para la comunidad ha establecido la distinción entre actividad y servicio.”* Al respecto dice la Corte que *“La actividad viene a ser un concepto más amplio que el de servicio, de suerte que dentro de una actividad pueden concurrir varios servicios de distinta naturaleza.”*

Por lo anterior concluye la Corte Suprema de Justicia diciendo que *“(…) a la hora de revisar si una huelga versó sobre un servicio esencial, lo que se debe constatar, es si realmente el cese afectó un servicio de aquellos cuya interrupción de manera directa, evidente e inmediata puso en riesgo la salud, la vida y la seguridad de toda o parte de la población. Luego, el derecho de huelga no es que esté prohibido a todo el personal de las EPS o IPS, o a todos los profesionales de salud, pues su restricción recae estrictamente sobre aquellos servicios cuya interrupción -sin más rodeos- ponga en peligro la salud y vida de las personas.”*

5. Tipos o categorías de huelga

Doctrinalmente se han identificado varios tipos de huelga de acuerdo con su naturaleza legal o desarrollo jurisprudencial. Para los efectos de esta exposición de motivos agrupamos los tipos de huelga así⁵⁶.

⁵⁶ Utilizamos la clasificación tipológica de López, Juan. (2019) GPS Laboral: Guía profesional.

51. Huelga contractual

Es la huelga que se deriva de un conflicto colectivo de trabajo, es decir de la presentación de un pliego de peticiones por parte de la organización sindical. Está definida así en el artículo 429 del Código Sustantivo del Trabajo: *“Se entiende por huelga la suspensión colectiva temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus empleadores y previos los trámites establecidos en el presente título.”*

Para la ejecución de este tipo de huelga se evidencia anteriormente un proceso de negociación directa entre las partes involucradas en el conflicto colectivo. Requiere igualmente el cumplimiento de condiciones democráticas y prácticas a partir de las cuales se analiza su legalidad.

52. Huelga imputable al empleador

Se contempló desde la Ley 584 de 2000 artículo 7 que modificó el literal e) del artículo 379 del Código Sustantivo de Trabajo. La sentencia C- 201 de 2002 declara inexecutable una parte de dicha norma y para entender que cuando se refería al incumplimiento de obligaciones del empleador frente a sus trabajadores, estas no eran únicamente las salariales, sino también las derivadas en general de la seguridad social, prestaciones sociales y todo tipo de beneficio.

Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia aludida señaló:

“En efecto, cuando es imputable al empleador por el incumplimiento de sus obligaciones salariales, la huelga no sólo constituye un mecanismo de presión legítima para obtener mejores condiciones laborales, sino para exigir a aquél el cumplimiento de dichas obligaciones.

¿Qué se debe entender por la expresión “obligaciones salariales”, contenida en la norma acusada?

Teniendo en cuenta que las obligaciones a que alude la norma están calificadas por el adjetivo salariales, es evidente que están restringidas a las que se deriven del incumplimiento del pago del “salario”. Sobre este concepto, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte, de la cual conviene citar la sentencia SU.995/99:⁵⁷

“Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. (...)

⁵⁷ M.P. Carlos Gaviria Díaz

“En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo - relativo a la protección del salario -, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

‘El término ‘salario’ significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o debaprestar’.

“Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado - sentido restringido y común del vocablo -, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras - entre otras denominaciones -, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Como puede verse, el término salario, aunque amplio, tiene una connotación que se circunscribe de manera exclusiva a la remuneración por el trabajo realizado o, en palabras de la Corte, a la “retribución al servicio que se presta a un empleador, representado en el principio a trabajo igual salario igual.”⁵⁸ En este orden de ideas, la huelga imputable al empleador por el incumplimiento de las obligaciones salariales, a que hace referencia la norma acusada, está restringida a aquellas circunstancias directamente relacionadas con el no pago del salario debido a los trabajadores.

Sin ignorar, por supuesto, que el derecho a recibir oportunamente el salario constituye no sólo un medio de subsistencia sino de dignificación del trabajo y la vida humana, la Corte considera que la huelga puede ejercerse por los trabajadores afectados por el incumplimiento de obligaciones distintas a las meramente económicas tales como, por ejemplo, el pago de los aportes al sistema de seguridad social o, en general, cualquier deuda insoluble por parte del empleador distinta al salario o a los factores salariales, a que puedan tener derecho los trabajadores por disposición legal, contractual o reglamentaria.

Lo anterior no significa que cualquier incumplimiento de las obligaciones del empleador justifique la huelga, por lo cual corresponde a la autoridad competente determinar, en cada caso, el mérito de las razones que conducen a la suspensión colectiva del trabajo.

En síntesis, si bien el derecho de huelga no es absoluto, éste no puede restringirse - como lo hace la norma demandada- en el sentido de prohibir la

⁵⁸ Sentencia C-521/95 M.P. Antonio Barrera Carbonell

huelga imputable al empleador sólo cuando éste incumple con sus obligaciones de tipo salarial, pues tal disposición menoscaba los intereses de los trabajadores y el ejercicio del derecho de huelga, en contravía de lo dispuesto en los artículos 53 y 56 de la Constitución.

Por las razones expuestas, la Corte declarará la inexecutable de la expresión “salariales”, contenida en el literal e) del artículo 379 del C.S.T.”

Según parte de la doctrina⁵⁹ la Corte Suprema de Justicia además ha considerado que el incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador que habilita este tipo de huelga debe ser grave. Igualmente, que, según la jurisprudencia este tipo de huelga requiere el cumplimiento de los requisitos democráticos establecidos en el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo. Finalmente, la sentencia C-201 de 2002 también estableció que si bien la huelga suspende los contratos de trabajo y ello conlleva al no pago de salarios, en este caso, sí se genera la obligación de pagar los salarios mientras dure, precisamente por ser una huelga derivada de incumplimientos del empleador.

53. Huelga por solidaridad

La misma sentencia C-201 de 2002 que moduló el alcance de la huelga imputable al empleador, hace una mención específica a este tipo. Al respecto señaló:

“La huelga por solidaridad consiste en la facultad que tienen los empleados sindicalizados o no sindicalizados, de participar en la huelga promovida por trabajadores de otra empresa o establecimiento que están inmersos en un conflicto laboral con su empleador. Es, pues, subsidiaria a la huelga principal que promueven los trabajadores directamente afectados.

El tratadista Mario de la Cueva define esta figura como “la suspensión de labores realizada por los trabajadores de una empresa, quienes sin tener conflicto alguno con su patrono, desean testimoniar su simpatía y solidaridad con los trabajadores de otra empresa, los cuales sí están en conflicto con su patrono.”⁶⁰ La finalidad de este tipo de huelga, de acuerdo con la doctrina, reposa en el supuesto de que, “al generalizarse una suspensión de labores, los patronos afectados buscarán la forma de evitar que se extienda a ellos y presionarán para que el responsable acceda a las demandas de sus trabajadores.”⁶¹ Aunque también puede suceder lo contrario, esto es, que se adopten mayores formas de represión contra los empleados en huelga.

Ahora bien, la Corte debe decidir si la huelga por solidaridad tiene arraigo constitucional, o si, por el contrario, está prohibida por el artículo 56 de la Constitución Política.

“La Carta no establece ninguna limitación sobre los tipos de huelga, por lo cual el contenido de este derecho debe ser interpretado en sentido amplio”.

En este orden de ideas, se halla cobijada por dicha garantía constitucional, por ejemplo, la huelga que adelanten los trabajadores de una empresa en solidaridad con otros que están en

⁵⁹ López, Juan. (2019) GPS Laboral: Guía profesional.

⁶⁰ El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo II. México, 1979. Pg. 893.

⁶¹ BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. *La Huelga: Un análisis comparativo*. UNAM, México, 1983. Pg. 45.

huelga con un empleador distinto, cuando unos y otros se encuentren vinculados a una federación o confederación sindical, u ostenten cualquier otra ligazón que habilite la participación solidaria.”

Este tipo de huelga según criterio jurisprudencial no amerita el cumplimiento de mayorías y procedimientos que sí se aplican en una huelga derivada de un conflicto económico o por incumplimiento del empleador, en ese sentido y conociendo que en la práctica se realizan huelgas o ceses colectivos de actividades, las empresas se exponen a este tipo de huelgas, con el único condicionamiento de ser previamente avisadas a los empleadores.

Esta huelga entonces requiere, la existencia de una huelga contractual principal y a la cual se adhiera en solidaridad. Esta implica la suspensión de los contratos de trabajo mientras dure y requiere de una votación previa conforme principios democráticos.

54 Huelga por motivos políticos

Con respecto a este tipo de huelga la sentencia SL1447-2018/68561 de marzo 7 de 2018 estableció:

“En este contexto, queda claro que una interpretación estricta de las expresiones demandadas de los artículos 429 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo no se aviene a la amplitud de esa garantía, pues si bien resulta válido que el legislador establezca las finalidades económicas y profesionales de la huelga, también es cierto que no se puede excluir la expresión legítima de las organizaciones sindicales en relación con políticas sociales, económicas y sectoriales que incidan de manera directa y próxima en el ejercicio de la actividad, ocupación, oficio o profesión.

Sobre este particular debe recordarse que según la OIT, el ejercicio del derecho de huelga es perfectamente compatible con la actividad de los sindicatos, como organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores, de poder recurrir a la suspensión colectiva y pacífica de labores para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social, que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida; ese organismo también ha advertido que “la prohibición general de toda actividad política de los sindicatos no solo sería incompatible con los principios de la libertad sindical, sino que carecería de realismo en cuanto a su aplicación práctica”, pues las organizaciones sindicales pueden querer, por ejemplo, manifestar públicamente su opinión sobre la política económica y social que afecta a los trabajadores.

Atendiendo estas pautas, para esta corporación resulta incuestionable que una real garantía del ejercicio del derecho de huelga debe ampliarse para aceptar que sus finalidades no sean puramente económicas y profesionales y que la expresión de esas posiciones no lleve consigo la ilegalidad de la huelga y, por ello, declarará exequibles de manera condicionada los apartes demandados de los artículos 429 y 450 del CST, en el entendido de que tales fines no excluyen la huelga atinente a la expresión de posiciones sobre políticas sociales, económicas o sectoriales que incidan directamente en el ejercicio de la correspondiente actividad, ocupación, oficio o profesión.”

Al respecto en la sentencia con radicación 46177 del 12 de septiembre de 2012, la Corte Suprema de Justicia, frente al derecho de protesta de las organizaciones sindicales, manifestó:

“Y es que no hay que olvidar que, en el marco del derecho de asociación que la Constitución Política protege, una de las funciones principales de los sindicatos es la propender por la defensa de los intereses de sus afiliados, y de la organización misma, bajo el entendido de que no puedan excluirse fines que no sean eminentemente profesionales, menos como sucedió en este caso, es dable declarar la ilegalidad de la actividad sindical, como se asentó en la sentencia C-858 de 2008...”

“De tal forma que cuando, como en el presente caso, se encuentra acreditado que la actividad se conoció previamente por el empleador, es decir, que no fue intempestiva, ni obedeció a una vía de hecho; que se mantuvo de forma pacífica, que tuvo causas razonables, y que se originó en desarrollo de las libertades sindicales, no le es posible al juez laboral calificarla de ilegal, pues claramente se está frente a una actividad de las organizaciones sindicales que no puede ser afectada con una decisión que viabilice su desintegración, dado que está ligada al ejercicio de la libertad y del derecho de asociación que les confiere la Constitución y la Ley; una interpretación en contrario puede generar efectos adversos y consecuencias negativas que no se acompañan con la vigencia de un Estado Social de Derecho.”

Según el profesor Juan Pablo López en la obra citada previamente y que ha servicio para elaborar esta tipología de huelga, la que estamos comentando “*está relacionada con el ejercicio de la libertad de opinión (...) Su finalidad no es la reivindicación laboral.* (...)

Esta modalidad de huelga, que genera confusión con la protesta social, supone que los trabajadores puedan desarrollar un cese de actividades para presionar la creación, cambio o supresión de políticas sociales, económicas y sectoriales que incidan de manera directa en el ejercicio de la actividad, oficio o profesión que realizan.”⁶²

55. Criterio actual de la Corte Suprema de Justicia sobre el cumplimiento de requisitos para ejercer huelgas no contractuales.

⁶²López, Juan. (2019). GPS laboral: Guía profesional. Pág. 503.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la previamente citada sentencia SL-1680 del 24 de junio de 2020 M.P. Clara Cecilia Dueñas señaló que: *“Estas modalidades (huelga política, de solidaridad y por incumplimiento de las obligaciones del empleador), junto con la huelga contractual, actualmente son reconocidas por la jurisprudencia nacional. No obstante, esta enunciación o clasificación de ningún modo puede entenderse taxativa, toda vez que la huelga es un fenómeno mucho más complejo capaz de cubrir variadas finalidades siempre que sean de interés para los trabajadores.*

(...)

Dado que es un fenómeno multiforme y polivalente, la aplicación de las reglas previstas para la huelga en el seno de la negociación colectiva a otras acciones colectivas puede restringir considerablemente y, en algunos casos, imposibilitar el ejercicio de este derecho.

Por ejemplo, en las huelgas que persigan fines de protesta social, económica y política, la exigencia de la votación mayoritaria es incompatible con una acción de esa naturaleza. Usualmente estas huelgas se inician con el descontento de los trabajadores frente a políticas de los poderes públicos y funcionan a un modo de llamamiento que hacen las principales centrales sindicales a un paro o huelga en parte o todo el territorio. Por tanto, condicionar la legalidad de esa huelga y la posibilidad de que los trabajadores se sumen a ella, a que encada una de las empresas o centros de trabajo del país se organice una jornada de votación, es realmente imposible.”

Entonces, debido a los obstáculos que en la práctica se generarían para el ejercicio del derecho a la huelga si se exigiera a los tipos diferentes a la huelga contractual, sus requisitos, para la Corte en estos casos tales procedimiento no son requeridos. Al respecto concluye diciendo *“En suma, cuando se trata de la huelga contractual, la exigencia de seguir los procedimientos consignados en los artículos 444 y 445 del Código Sustantivo de Trabajo constituye un presupuesto de su ejercicio, pero cuando se trata de otros conflictos colectivos, su aplicación obstaculiza y en algunos casos inhibe el ejercicio de la huelga, lo que riñe con el principio de libertad sindical.”*

6. Sobre la sustitución o reemplazo de trabajadores en huelga

Esta figura que se ha establecido en la práctica o legislación de otros países; no se encuentra contemplada en Colombia. Supone, en general, la posibilidad que tiene el empleador, de contratar personal para reemplazar o sustituir a los huelguistas. En la medida que se trata de una figura contemplada en otras latitudes, será fundamental analizar algunas recomendaciones de la OIT.

La OIT ha señalado: *“Se plantea un problema particular cuando la legislación o la práctica permiten que las empresas contraten a otros trabajadores para sustituir a sus propios empleados mientras hacen una huelga legal. Este problema es particularmente grave si, en virtud de disposiciones legislativas o de la jurisprudencia, los huelguistas no tienen garantizada, de derecho, su reincorporación a su empleo una vez finalizado el conflicto. La*

Comisión considera que este tipo de disposiciones o de prácticas menoscaban gravemente el derecho de huelga y repercuten en el libre ejercicio de los derechos sindicales.”⁶³.

61. Sustitución de huelguistas en Chile

A nivel de derecho comparado, es importante analizar el caso de Chile. Allí, antes de la reforma laboral se permitía de manera expresa la sustitución temporal de trabajadores huelguistas. El artículo 381 del Código de Trabajo chileno establecía:

“Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que la última oferta formulada, en la forma y con la anticipación indicada en el inciso tercero del artículo 372, contemple a lo menos: a) Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento” (...)

La Dirección del Trabajo en Chile analizó un caso relacionado con esa disposición y posteriormente encontró ajustada la solicitud de reemplazo con la norma señalada teniendo en cuenta que el solicitante cumplió con las condiciones dispuestas en el artículo 372 de la anterior Ley. Al respecto, y de acuerdo con el abogado Joaquín Rodríguez Soza, autor del texto *“Reemplazo de trabajadores huelguistas en la reforma laboral”* la intervención de la OIT se dio con ocasión de la aplicación de estas normas a saber: *“El país ha sido notificado en distintas oportunidades tanto por la OIT (2008 y 2012) como por Naciones Unidas (2004) en cuanto a que la norma laboral de los reemplazos durante la huelga constituye un incumplimiento de este convenio y de la libertad sindical”⁶⁴.*

En efecto, en el seno del comité de libertad sindical de la OIT se analizaron varias quejas presentadas por organizaciones sindicales. En concreto, se analizaron los efectos del artículo 381 del Código Sustantivo del Trabajo chileno en la práctica de sustitución de trabajadores. Frente a este aspecto traemos a colación la siguiente referencia:

Caso núm. 2770 (Chile) - Fecha de presentación de la queja: 27-MAR-10

371. A este respecto, el Comité recuerda que en numerosas ocasiones ha subrayado que «si una huelga es legal, el recurso a la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa con el fin de sustituir a los huelguistas, por una duración indeterminada, entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales» [véase Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, quinta edición, 2006, párrafo 633]. Asimismo, el Comité observa que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

⁶³ OIT, 1994a, párrafo 175.

⁶⁴ <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/44741>

(CEACR) ha señalado en varias oportunidades que el artículo 381 del Código del Trabajo no está de conformidad con el Convenio núm. 87 ratificado por Chile.

372. El Comité desea recordar también que **«la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical»** y que la utilización de personas para desempeñar funciones que han quedado abandonadas con motivo de un conflicto laboral sólo podrá justificarse, **si la huelga es además legal, por la necesidad de asegurar el funcionamiento de servicios o de industrias cuya paralización creare una situación de crisis aguda** [véase Recopilación, op. cit., párrafos 632 y 636]. En estas condiciones, el Comité pide al Gobierno que tome medidas para modificar el artículo 381 del Código del Trabajo de manera que la contratación de trabajadores para reemplazar a huelguistas **sólo sea posible en casos de huelga en sectores o servicios esenciales en el sentido estricto del término, en caso de que no se respeten los servicios mínimos o en caso de crisis aguda, así como que se asegure que dicha modificación se aplique de manera efectiva.**

62 Doctrina Mackay en Estados Unidos - Contratación de sustitutos por huelga

Dada la tradición jurídica estadounidense, su práctica legal está fundamentada en la ley y la doctrina jurisprudencial. Tal y como sucede en Chile, algunos casos han llegado a conocimiento del comité de libertad sindical de la OIT.

Para efectos de esta exposición de motivos, traemos el siguiente caso:

Caso núm. 1543 (Estados Unidos de América) - Fecha de presentación de la queja: 27-JUL-90

Para contextualizar el caso el comité de libertad sindical dice lo siguiente:

“88. El Comité ha estudiado cuidadosamente las detalladas comunicaciones suministradas por los interesados. Antes de examinar la cuestión principal, es decir los aspectos sustantivos de la llamada doctrina Mackay y sus efectos en la práctica, el Comité desea precisar que las informaciones estadísticas que se le han suministrado no le permiten concluir, con cierto grado de certeza, si realmente ocurren o no los empleadores con mayor frecuencia a sustitutos permanentes en los últimos años, y si existe relación entre la utilización de trabajadores sustitutos y la disminución del sindicalismo y de las actividades de negociación colectiva, como alega el querellante.

89. El Comité nota además que la legislación laboral y la jurisprudencia de los Estados Unidos parecen proteger mejor a los huelguistas por "prácticas de trabajo indebidas" que a los huelguistas por razones puramente "económicas", lo que se demuestra en varios ejemplos presentados por el Gobierno. Sin embargo, el Comité prefiere no profundizar esta distinción - aun cuando incide realmente en las perspectivas de reemplazo de los huelguistas por razones

económicas - primero, porque no es de su competencia (y no dispone de pruebas concretas, testimonios y argumentos) para llegar a tal determinación y es mejor dejar esto en manos de la NLRB o de los tribunales; segundo, y quizás más importante aún, porque tal distinción se desvía un poco de la cuestión principal en el presente contexto, i.e. si la legislación y jurisprudencia laboral de los Estados Unidos (la llamada doctrina Mackay) están en conformidad con los principios de la libertad sindical.

90. *Los antecedentes estatutarios y de jurisprudencia sobre este caso podrían resumirse de la manera siguiente:*

- el artículo 13 de la NLRB garantiza el derecho de huelga;*
- como contrapeso a este derecho, los empleadores tienen el derecho legal de continuar sus actividades durante una huelga, incluyendo el derecho a contratar trabajadores sustitutos permanentes;*
- los tribunales hacen la distinción entre huelguistas por razones económicas y huelguistas por razones de prácticas indebidas de trabajo; estos últimos gozan de mejores derechos de reintegro;*
- la lista de las acciones de los empleadores que pueden cambiar una huelga por razones económicas en una huelga por prácticas indebidas de trabajo incluye entre otras: acción unilateral del empleador sobre cuestiones que la NLRB requiere que sean negociadas con los representantes de los trabajadores; despido impropio de empleados en huelga; retiro irregular por el empleador del reconocimiento del sindicato como representante negociador de los empleados; reticencia de mala fe para proveer informaciones financieras al sindicato. Cuando se descubren tales anomalías, los huelguistas por razones económicas se convierten en huelguistas por prácticas indebidas de trabajo y se hacen acreedores de un reintegro inmediato si ofrecen retornar al trabajo sin condiciones;*
- los sindicatos también se benefician de cierta protección bajo la NLRB, hasta tanto continúen representando a ambos - los huelguistas y los sustitutos - (a menos que se produzca un voto descalificativo);*
- aunque los tribunales han clarificado y extendido de alguna manera los derechos de reintegro de los huelguistas por razones económicas (incluyendo los casos el Fleetwood Trailer y el del Eire Resistor), los huelguistas por razones económicas que han sido sustituidos permanentemente sólo tienen derecho al reintegro, si se producen o cuando existan vacantes, en el caso en que los reemplazantes decidan renunciar.*

91. *En la práctica, este último punto significa que, hasta la determinación de prácticas indebidas de trabajo, que en cualquier caso puede tomar varios años hasta que la última posibilidad de recurso se haya agotado, un empleador puede sustituir permanentemente y legalmente a huelguistas por razones económicas. Esto implica también que un trabajador que ha ejercido legalmente su derecho estatutario de huelga, aunque no haya sido formalmente despedido por el empleador, puede quedarse permanentemente fuera de su trabajo. Como se menciona anteriormente, las informaciones disponibles no establecen que la utilización de trabajadores sustitutos se ha incrementado en años recientes, que se ha convertido en una práctica generalizada o que hay una relación documentada entre la aplicación de la doctrina Mackay y la disminución del sindicalismo en los Estados Unidos. Sin embargo, se han*

suministrado al Comité ejemplos tomados de las informaciones dadas a los subcomités legislativos, que muestran que la sustitución permanente de huelguistas por razones económicas ocurre en la práctica.

92. El derecho de huelga es uno de los medios esenciales de los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales. El Comité considera que este derecho básico no está realmente garantizado cuando un trabajador que lo ejercita legalmente corre el riesgo de ver tomado su empleo también legalmente por otro trabajador. El Comité estima que, si una huelga es legal, la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa con el fin de sustituir a los huelguistas por una duración indeterminada entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales.”

Por lo anterior el comité de libertad sindical hace la siguiente recomendación:

“93. En vista de las conclusiones que preceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe la siguiente recomendación: el Comité invita al Gobierno a que tome en cuenta que, si una huelga es legal, el recurso a la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa con el fin de sustituir a los huelguistas, **por una duración indeterminada**, entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales.”

63. Docentes alternos para reemplazar a docentes en huelga Perú

En el siguiente caso el comité consideró que: “Sólo debería recurrirse a la sustitución de huelguistas: a) en caso de huelga en un servicio esencial en el sentido estricto del término en el que la legislación prohíbe la huelga, y b) cuando se crea una situación de crisis nacional aguda.”⁶⁵

Caso núm. 2587 (Perú) - Fecha de presentación de la queja: 10-JUL-07

“1061. En lo que respecta a la creación del Padrón Nacional de Docentes Alternos para reemplazar a los docentes en huelga mencionado en los artículos 7 a 10 del decreto supremo núm. 017-2007-ED que reglamenta la ley núm. 2898. El Comité toma nota de las declaraciones del Gobierno según las cuales el Padrón de Docentes Alternos fue creado mediante resolución ministerial en 2007 como un registro de profesionales que deben encontrarse aptos para prestar el servicio educativo en caso de paralización de labores en el sector de la educación; el Gobierno indica que no entiende en qué modo la creación de este Padrón violaría los derechos de libertad sindical. El Comité recuerda que sólo debería recurrirse a la sustitución de huelguistas: a) en caso de huelga en un servicio esencial en el sentido estricto del término en el que la legislación prohíbe la huelga, y b) cuando se crea una situación de crisis nacional aguda. En estas condiciones, recordando que el sector de la educación básica no es un servicio esencial en el sentido estricto del término (aunque como

⁶⁵ Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0:NO::P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3945366,1

se ha señalado antes puedan establecerse servicios mínimos en caso de huelga que deberían ser determinados con la participación de las organizaciones de trabajadores interesadas), el Comité pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para derogar los artículos 7 a 10 del Padrón Nacional de Docentes Alternos del decreto supremo núm. 017-2007-ED que reglamenta la ley núm. 28988 y que centre su política en el respeto efectivo de los servicios mínimos en lugar de elaborar listas de reemplazantes de huelguistas.”

64. Canadá y Grecia - Reanudación del trabajo

En los casos que se traen a continuación el comité de libertad señaló: *“Cuando la suspensión total y prolongada del trabajo dentro de un sector importante de la economía pueda provocar una situación que ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de la población, podría ser legítimo impartir a determinada categoría de personal la orden de reanudar el trabajo si, por su magnitud y duración, la huelga pudiera provocar dicha situación. En cambio, exigir que se reanude el trabajo en los casos no comprendidos bajo esta condición es contrario a los principios de la libertad sindical.”*⁶⁶

Caso núm. 2467 (Canadá) - Fecha de presentación de la queja: 01-FEB-06

“578. Sin embargo, el Comité señala que el derecho a la huelga puede limitarse o prohibirse: 1) en la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado; o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población) [véase Recopilación, op. cit., párrafo 576]. El Comité toma nota de los comentarios del Gobierno según los cuales las huelgas causaron problemas importantes tanto al Gobierno como a la población de Quebec. El Comité señala que, cuando la suspensión total y prolongada del trabajo dentro de un sector importante de la economía pueda provocar una situación que ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de la población podría ser legítimo impartir a determinada categoría de personal la orden de reanudar el trabajo si, por su magnitud y duración, la huelga pudiera provocar dicha situación. En cambio, exigir que se reanude el trabajo en los casos no comprendidos bajo esta condición es contrario a los principios de la libertad sindical [véase Recopilación, op. cit., párrafo 634]. Asimismo, el Comité señala que, cuando el derecho a la huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios [véase Recopilación, op. cit., párrafo 595]. Ahora bien, según la información de la que dispone el Comité, lamentablemente no se ha otorgado ninguna compensación en forma de conciliación o arbitraje y la ley núm. 43 impone, en lo que respecta a los salarios y otras condiciones de trabajo, básicamente sólo la oferta de los empleadores.”

Caso núm. 2506 (Grecia) - Fecha de presentación de la queja: 12-JUL-06

⁶⁶ Idem.

“1075. El Comité observa que cuando la suspensión total y prolongada del trabajo dentro de un sector importante de la economía pueda provocar una situación que ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de la población, podría ser legítimo impartir a determinada categoría de personal la orden de reanudar el trabajo si, por su magnitud y duración, la huelga pudiera provocar dicha situación. En cambio, exigir que se reanude el trabajo en los casos no comprendidos bajo esta condición es contrario a los principios de la libertad sindical [véase Recopilación, op. cit., párrafo 634]. En vista de la información proporcionada por el Gobierno, el Comité considera que la promulgación de la orden de movilización civil estaba justificada en las circunstancias del presente caso, especialmente por el hecho de que no se proporcionó un servicio mínimo. Teniendo en cuenta la información facilitada por el Gobierno, el Comité considera que la orden de reanudar las tareas estuvo justificada en relación con la protección de la salud pública, pero debería haberse restringido únicamente al número de marinos necesarios para dicho servicio mínimo.”

7. Fundamentos de conveniencia

Habida cuenta los fundamentos históricos, normativos y contextuales que se han esgrimido hasta acá en esta exposición de motivos, a continuación, se esbozan los fundamentos de conveniencia que respaldan el presente proyecto de ley ordinaria. Para estos efectos, es adecuado, presentar una breve síntesis de los aspectos tratados en los acápites anteriores. Esto, en la medida que en los puntos previos se expuso ampliamente el alcance y contenido de la huelga como derecho, a nivel constitucional y legal. En ese sentido, lo primero que debe concretarse, es el escenario de la huelga como derecho y los muy específicos límites permitidos.

7.1. Huelga derecho relativo, con límites

Como se expuso en el punto 2 de este proyecto, el derecho a la huelga no es absoluto. Todo análisis que se haga entorno a este derecho debe partir de una hermenéutica constitucional. En este proceso, no solo se analiza la C.N., sino los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados por Colombia que consagran derechos humanos. Para un mejor entendimiento de toda temática derivada de la huelga, conviene igualmente considerar las recomendaciones emanadas del Comité de libertad sindical.

En este sentido, del amplio análisis hecho se extrae que la C.N., la Corte Constitucional, la OIT y otros organismos internacionales han limitado, acertadamente, el espacio de restricción de la huelga. En efecto, con este proyecto, se plantea una sólida alternativa para proteger el derecho que tienen los trabajadores de efectuar una huelga. No obstante, igualmente preocupan, los efectos perjudiciales que, sobre la salud, la vida, la seguridad, la economía y otros aspectos colectivos pueda traer consigo la huelga, en particular si ella es prolongada. Por tales preocupaciones, que no son individuales, ni mucho menos enfocadas a favorecer a un sector económico, se plantea una alternativa práctica, con base en parámetros

constitucionales. Entonces, en ese punto se recopilan brevemente las posibilidades de limitación permitidas en la C.N., según su propio texto, y en virtud de lo señalado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

- La huelga está garantizada, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador (artículo 56 C.N.) *o los señalados como tales por el Constituyente, de acuerdo con la interpretación realizada acerca del contenido de las normas constitucionales vigentes*⁶⁷. Dentro de los acápites anteriores se definió lo que es servicio público y las condiciones materiales y formales para ser considerado como esencial. Estos elementos, y aquellos que la Corte Constitucional desarrolle con posterioridad deben ser analizados por el legislador, a la hora de definir los servicios públicos esenciales. Ese no es el propósito de este proyecto de ley ordinaria.
- Según definición legislativa de *“restricciones o limitaciones por razones de orden público, para proteger los derechos ajenos y de la colectividad y asegurar la prestación de los servicios públicos y, en general, con el fin de alcanzar una finalidad constitucional que se estime esencial o constitucionalmente valiosa.”*⁶⁸
- La limitación por vía legal también es un parámetro establecido en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales aprobado por Colombia con la ley 74 de 1976 y entró en vigor el 3 de enero de 1976. El mismo parámetro de restricción legal, con un alcance adicional se establece en el artículo 8 literal b del Protocolo de San Salvador. Ese instrumento internacional señala que *sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás.*
- En cuanto a la OIT, tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, coinciden en que la huelga solo puede estar exceptuada en el caso de funcionarios públicos *y en los eventos de prestación de servicios esenciales en el sentido estricto del término, es decir, aquellos servicios “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.*
- Desde la perspectiva de la limitación eventual a la huelga por reemplazo de trabajadores huelguistas o la posibilidad de reanudación del trabajo, la OIT en concreto se ha pronunciado y puntualmente ha señalado como fue citado arriba, que:
 - La contratación de personal para trabajar en funciones ejecutadas por huelguistas solo se permite *por la necesidad de asegurar el funcionamiento de servicios o de industrias cuya paralización creare una situación de crisis aguda.* Es decir, se permite la sustitución de personal *en sectores o*

⁶⁷ C. Const., Sent. C-110/94. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. C. Const., Sent. C-473/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero. C. Const., Sent. C-179/94 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁸ C. Const., Sent. C-1369/00, oct/11. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

servicios esenciales en el sentido estricto del término, en caso de que no se respeten los servicios mínimos o en caso de crisis aguda. En conclusión, el Comité de Libertad Sindical estima que, si una huelga es legal, la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa con el fin de sustituir a los huelguistas por una duración indeterminada entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales.

- Por otra parte, sobre la reanudación del trabajo, la OIT contempló la posibilidad en huelga total o prolongada dentro de un sector importante de la economía cuando la situación pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la población.

Entonces, los límites contemplados en la C.N., instrumentos internacionales y recomendaciones de la OIT, buscan en esencia que sean contemplados legislativamente, de manera no arbitraria y en atención a parámetros de servicio mínimo, urgencia, primacía de intereses superiores y en consideración a la importancia del sector económico de acuerdo con su esencialidad y también en virtud de los efectos negativos que pueda llegar a tener en la práctica frente a otros derechos.

7.2. Ejercicio práctico del derecho de huelga en Colombia

En un interesante análisis realizado por Juan Pablo López Moreno y Edwin Mauricio Villamil Garzón dentro del libro *“Retos en la implementación de los acuerdos de paz en Colombia”*, se evidencia el debilitamiento del derecho a la huelga en Colombia. El estudio plantea, entre otros, un escenario de análisis: ¿Las huelgas y la protesta social se aumentarán en el postconflicto? Para abordar el interrogante planteado, se analiza lo sucedido en países que transitaron por procesos de paz similares al colombiano. En el presente proyecto, se trae a colación, únicamente lo relacionado con la huelga, lo dicho en relación con la protesta social, aunque relevante, no es objeto de regulación con las normas planteadas.

En el mencionado estudio se afirma que *“(...) en Sudáfrica y El Salvador las huelgas crecieron en un cuatrienio posterior a la firma del acuerdo de paz, a un media anual de 27,9% en el período comprendido entre 1994 y 1997 y 38,7%, entre 1992 y 1995, respectivamente. (...) En contraste, en Irlanda y en Guatemala, las huelgas decrecieron en el cuatrienio siguiente a la firma de los acuerdos de paz, tuvieron medias de crecimiento negativo de 3,37% y 47,5%, respectivamente.”*

A través del análisis de las cifras de huelgas en Argentina, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Colombia para los años 2010 a 2015, en el estudio que se viene citando, se concluye que Colombia es el país que muestra mayor debilidad en lo que respecta a la huelga. En efecto, mientras que para 2015 en Argentina se realizaron 1235

huelgas, en Colombia solo se efectuaron 23.⁶⁹ En relación con lo sucedido en Alemania, Canadá y Reino Unido, el número de huelgas ha crecido exponencialmente⁷⁰. Los autores atribuyen este efecto a *“la crisis económica mundial del año 2008, el crecimiento de los flujos migratorios de Asia y África hacia Europa y Estados Unidos, así como el desplome de los precios de los commodities, especialmente del petróleo a partir del año 2014, aunado a las distintas reformas laborales, pensionales y tributaria que han ido de la mano de la pérdida de poder adquisitivo de los empleadores, el estancamiento de los salarios, y el traslado de puestos de trabajo a países con legislaciones y costos laborales más frágiles.*

La consideración entorno al debilitamiento de la huelga en Colombia se encuentra igualmente en el reporte de diciembre de 2017 del Sistema de Información Laboral y Sindical de la Escuela Nacional Sindical, publicado en octubre de 2018. De dicho informe se extrae que entre 2016 y 2017 la huelga (contractual) se redujo en un 71,4%, pasando de 7 a 2. El mismo informe refleja para los mismos años un aumento de 22% de los paros efectuados en un conflicto colectivo de trabajo, pasando de 41 a 50.⁷¹

Si bien, las cifras presentadas evidencian un debilitamiento de las dinámicas huelguistas en Colombia en comparación con otros países, es importante destacar la falta de cifras actualizadas sobre el tema y en general la ausencia de datos sobre los aspectos relacionados con la huelga y otros fenómenos que afectan las relaciones entre empleadores y trabajadores, que permitan analizar con los efectos sociales.⁷²

No obstante, lo anterior, con las cifras aludidas sí se puede concluir que en la práctica hay un debilitamiento de la huelga como mecanismo de presión de los trabajadores para reivindicar sus derechos frente a los empleadores. Una de las razones que pueden llevar a que la huelga se encuentre en dicho estado, se encuentra localizada en los efectos o consecuencias jurídicas contempladas en el artículo 439 del C.S.T. Este aspecto se aborda a continuación.

7.3. Efectos jurídicos de la huelga

Como se citó en el recuento histórico hecho con anterioridad, el artículo 64 de la ley 50 de 1990 modificó la redacción original del artículo 466 del C.S.T. Esta norma proviene del 466 del Decreto 2663 de 1950, cuya numeración actual fue ordenada por el artículo 46 del Decreto 3743 de 1950. La disposición además de establecer que la huelga suspende los contratos de trabajo, señala la imposibilidad de *reanudar los servicios suspendidos*. Exceptúa de esta regla general a aquellas *dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del inspector de trabajo*. El criterio del inspector

⁶⁹ Para el mismo año en Chile se efectuaron 183, en Perú 47 y en Uruguay 116.

⁷⁰ En Alemania en 2015 hubo 1618 huelgas, en Canadá 237 y en Reino Unido 106.

⁷¹ http://www.ens.org.co/wp-content/uploads/2018/11/SISLAB-2017_2.pdf

⁷² Esta apreciación, es igualmente hecha por López, Juan y Villamil Edwin. (2018). La protesta social y la fragmentación sindical en un escenario de posconflicto.

de trabajo solo es requerido en ausencia de autorización de los huelguistas para el trabajo del personal necesario en tales dependencias. Ahora bien, el inspector de trabajo tendrá que considerar para tomar su decisión de reanudación de servicios, los *graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básico y para el mantenimiento de semovientes.*⁷³

La suspensión temporal de los contratos de trabajo derivada de la no prestación del servicio, la posibilidad de una huelga prolongada que pueda perjudicar reputacional y económicamente a los empleadores y trabajadores, son algunos de los aspectos que en la práctica debilitan el ejercicio del derecho de huelga, bien por la concepción que los trabajadores puedan tener de la huelga, o por la forma como, los empleadores puedan en la práctica actuar para mitigar sus efectos perjudiciales. En efecto, el no pago de salarios mientras dure la huelga, que es la consecuencia principal de la suspensión de los contratos de trabajo ⁷⁴ y las diversos escenarios económicos perjudiciales que experimentan trabajadores y empleadores en virtud de la huelga, son factores que en la práctica perjudican el ejercicio del derecho.

Por supuesto, en aplicación de los postulados constitucionales, analizados en conjunto con los parámetros de instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y ordenamiento jurídico interno, así como de recomendaciones de la OIT, es fundamental, antes que nada, establecer las restricciones a la huelga en aplicación de tales parámetros.

Si bien en los servicios públicos esenciales establecidos por el legislador está prohibida la huelga, esta en la práctica de hecho sí se realiza. Este ejercicio de la huelga en los servicios públicos esenciales, si bien tiene la posibilidad en aplicación de los procedimientos judiciales de concluir en la declaratoria de ilegalidad, es importante en tales casos equilibrar los intereses de las organizaciones sindicales con la de los empleadores, destinatarios de los servicios afectados por la huelga y en general con la comunidad que puede ver afectados bienes jurídicos de superior jerarquía. Por esto, en la estructura del proyecto de ley se establece la posibilidad

⁷³ La norma actualmente dispone: “La huelga sólo suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure. El empleador no puede celebrar entretanto nuevos contratos de trabajo para la reanudación de los servicios suspendidos, salvo en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector de trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y para la ejecución de las labores tendientes a la conservación de cultivos, así como para el mantenimiento de semovientes, y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario de estas dependencias.

PARAGRAFO. *El Inspector de Trabajo deberá pronunciarse sobre las solicitudes del inciso anterior en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de su presentación.”*

⁷⁴ El artículo 53 del C.S.T. establece: “Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el empleador la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del empleador, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el empleador al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.”

que tienen los empleadores en tales casos, de huelga de hecho en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador, de reanudar los servicios con el personal que sea necesario mediante su contratación.

La disposición que se introduce no pretende habilitar la huelga total o parcial en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. Esta posibilidad está vedada por el artículo 56 de la C.N. y está el línea con instrumentos internacionales y recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Con esta norma, se reitera, se pretende establecer las condiciones en que, en virtud de una huelga de hecho en este tipo de servicios públicos esenciales, el empleador podrá contratar temporalmente personal para de esta forma y garantizando la prestación del servicio, se puedan mitigar los efectos perjudiciales que la huelga pueda causar frente a la colectividad, es decir para evitar que la huelga *afecte la salud, la vida y la seguridad de la población, dependiendo de las particularidades propias de cada contexto y sin importar si su alteración es parcial o si se produce un daño efectivo sobre esos derechos.*

Habida cuenta la importancia que reviste la prestación de los servicios públicos esenciales si llegare a suceder una huelga de hecho en ellos, el empleador podrá sin requerir aprobación previa, realizar la contratación del personal requerido. La norma del proyecto igualmente es enfática en establecer que esta alternativa se ejercerá sin perjuicio de la posibilidad que tiene el empleador o los afectados con la huelga de aplicar las consecuencias establecidas entre otras en el artículo 450 del C.S.T. por la eventual declaratoria de ilegalidad de la huelga.

Se considera conveniente la norma planteada pues si bien se trata de una restricción a la huelga, la misma reitera los parámetros establecidos en la C.N. sobre la prohibición de la huelga en los servicios públicos esenciales. Por supuesto una disposición en este sentido pretende realizar los derechos superiores de la colectividad que pueden verse afectados por la parálisis del servicios público esencial. De esta manera igualmente se brinda claridad para la preservación de la fuente de trabajo.

Por otra parte, en la medida que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT también lo establecen, con el fin de permitir el ejercicio legítimo del derecho de la huelga con la garantía del mantenimiento de la fuente de trabajo, se habilita la contratación de personal temporal con la garantía de un servicio mínimo, en sectores o servicios que no sean catalogados por el legislador con la naturaleza de público esencial *pero cuya afectación por la huelga pueda generar una situación de crisis aguda, para evitar tal crisis, a juicio del inspector de trabajo.*

Bajo esta hipótesis por una parte no se habilita la contratación temporal del personal necesario sino únicamente del personal que se requiera para la prestación de un servicio mínimo. Como se plasmó antes en esta exposición de motivos, mientras que

en los servicios públicos esenciales la huelga está prohibida, en otros servicios que también son fundamentales, pero no gozan de la categoría otorgada por el legislador de esenciales, la huelga puede estar limitada. Así se cumplen los parámetros constitucionales y legales. La norma propuesta incluye dentro de estos servicios a aquellos cuya afectación pueda generar una situación de crisis aguda en virtud de los parámetros conceptuales brindados por la OIT. En tales casos tal y como lo planteó la Corte Constitucional, es acorde a la Constitución *“Con el fin de evitar daños irreversibles o que no guarden proporción alguna con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias económicas de los conflictos colectivos, las autoridades podrían establecer un régimen de servicio mínimo en otros servicios que son de utilidad pública, en vez de prohibir radicalmente las acciones de huelga, prohibición que debería limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término.”*⁷⁵

En la medida que el reemplazo debe ser precedido por una análisis del inspector de trabajo sobre el cumplimiento de las condiciones de garantía de servicio mínimo según la afectación que podría producir y la clase de crisis que generaría, no solo se garantiza el derecho a la huelga de los trabajadores que podrán ejecutarla sin afectar los aspectos mínimos del servicio, sino que se garantizarán los derechos de terceros, como los consumidores que podrían verse afectados enormemente por la parálisis total del servicio.

Por último y dado que se agregan a la norma las disposiciones comentadas, se modifica, sin afectar su esencia, la redacción de la posibilidad de contratar personal indispensable para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y para la ejecución de las labores tendientes a la conservación de cultivos, así como para el mantenimiento de semovientes. Por esta misma razón y en la medida que en el caso de la huelga en el servicio mínimo se establece la necesidad del criterio del inspector de trabajo, se modifica el parágrafo.

8. Estructura del Proyecto de Ley

Este Proyecto de Ley ordinaria está conformado por un único artículo que modifica, la actual redacción del artículo 449 del Código Sustantivo del Trabajo, de conformidad con las consideraciones jurídicas y de conveniencia anteriormente presentadas. Corresponderá al Gobierno Nacional reglamentar estas nuevas disposiciones para hacerlas aplicables, de conformidad con la Constitución Nacional.

**PROYECTO DE LEY NO. _ DE 2020 “POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICA
EL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO PARA FORTALECER EL
DERECHO A LA HUELGA LABORAL Y SE DICTAN OTRAS
DISPOSICIONES”**

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. Modifíquese el artículo 449 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

ARTICULO 449. EFECTOS JURÍDICOS DE LA HUELGA. Salvo disposición en contrario, con independencia de su naturaleza y finalidad, toda huelga suspende los contratos de trabajo solamente por el tiempo que dure. El empleador no puede celebrar entretanto nuevos contratos de trabajo de manera permanente para la reanudación de los servicios suspendidos. Si, de hecho, se realizara una huelga en un servicio público esencial establecido como tal por el legislador o la Constitución Política, los trabajadores huelguistas deberán garantizar la prestación de un servicio mínimo y el empleador podrá contratar el personal necesario, sin previa autorización, en reemplazo de los huelguistas, temporalmente y hasta que se levante la huelga y se reincorporen totalmente los trabajadores en huelga. Lo anterior, sin perjuicio de la aplicación de los efectos por la eventual declaratoria de ilegalidad de la huelga.

En sectores o servicios no catalogados como públicos esenciales por el legislador, pero cuya afectación por la huelga pueda generar una situación de crisis aguda, para evitar tal crisis, los trabajadores deberán garantizar la prestación de un servicio mínimo. Si dentro de los dos días hábiles previos a iniciar la huelga los trabajadores no han garantizado la prestación de un servicio mínimo, el empleador podrá solicitar al inspector de trabajo la contratación temporal del personal necesario para garantizar la prestación de un servicio mínimo en reemplazo de los huelguistas. Dicha contratación se mantendrá hasta que se levante la huelga y se reincorporen totalmente los trabajadores en huelga.

También se permitirá la contratación del personal para reanudar el servicio en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector de trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y para la ejecución de las labores tendientes a la conservación de cultivos, así como para el mantenimiento de semovientes, y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario de estas dependencias.

PARÁGRAFO. El personal necesario para reemplazar a los huelguistas de que trata este artículo tendrá que ser menor de 30 años en el momento de la contratación

temporal, salvo que el empleador justifique la necesidad de contratar a personal de mayor edad por las especiales condiciones del cargo.

PARAGRAFO 2. El Inspector de Trabajo deberá pronunciarse sobre las solicitudes que tengan relación con los sectores o servicios no catalogados como públicos esenciales por el legislador y la constitución política y, para evitar los graves perjuicios de que trata este artículo siempre y cuando lo hagan en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la presentación de la solicitud de pronunciamiento.

ARTÍCULO 2º. VIGENCIA: La presente Ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

De los Honorables Congresistas,



JUAN CARLOS GARCÍA
Senador de la República
Partido Conservador Colombiano

ESPERANZA ANDRADE DE OSSO
Senadora de la República
Partido Conservador Colombiano

EDUARDO ENRIQUEZ MAYA
Senador de la República
Partido Conservador Colombiano