

EL DERECHO A LA HUELGA EN LAS EMPRESAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES.

JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS¹

Resumen

El derecho a la huelga, entendido como un mecanismo de presión con que cuentan trabajadores frente a empleadores para obtener mejores condiciones laborales, hoy en Colombia se encuentra prohibido cuando se presta servicios en empresas que garantizan servicios públicos esenciales, lo que le resta fuerza a las reclamaciones, o abre la puerta para llegar a ceses que a simple vista resultan ilegales conforme las normas vigentes, pero que se tornan en la única vía para centrar la atención de los empleadores.

De esta manera, el texto plantea una serie de cuestionamientos respecto de la disparidad existente entre la legislación interna y el concierto internacional, así como de las bondades que representaría una política más libertaria en torno a la huelga, para lo cual se toma como parámetros el desarrollo histórico de la huelga en Colombia, lo que ocurre en otros países y la importancia del derecho a la huelga, en aras a concluir la necesidad de proponer una regulación normativa que permita hacer efectivo el derecho a la huelga desde su condición de derecho fundamental para los trabajadores, sin que se ponga en peligro los derechos de los ciudadanos usuarios de los servicios públicos esenciales, pues con ello se regularía una problemática social que se ha pretendido desconocer y que hoy implica el sacrificio de derechos de raigambre fundamental.

Palabras claves: huelga, servicios públicos esenciales, derecho fundamental, principios, prohibiciones, creación normativa.

¹ Abogado, especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social y aspirante a título de Magister en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín (Colombia). guerrajuandavid@hotmail.com

Abstract

The right to strike, understood as a pressure mechanism that have workers against employers for better working conditions, today in Colombia is prohibited when services are provided to companies that guarantee essential public services, what weakens the or claims open the door to get to the naked eye removals are illegal under current rules, but which become the only way to focus the attention of employers.

Thus, the text raises a number of questions regarding the disparity between domestic laws and the international arena as well as the benefits would represent a more libertarian policy regarding the strike, for which he takes as parameters historical development of the strike in Colombia, what happens in other countries and the importance of the right to strike, in order to conclude the need to propose a legal regulation that allows to realize the right to strike from its status as a fundamental right for workers, without endangering the rights of citizens users of essential public services, as this is a social problem that has tried to ignore and now involves the sacrifice of fundamental rights it would regulate roots.

Keywords: strike, essential public services, a fundamental right, principles, prohibitions, rules creation.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho se ha establecido a lo largo de la historia como un instrumento que tiende a regular la vida de las personas en sociedad, razón por la que su evolución ha sido notoria a lo largo del tiempo y esto ha permitido que distintas prohibiciones legales que en su momento pudieran parecer entendibles, hoy sean vistas como innecesarias o un tanto irracionales, tal como puede observarse en disposiciones del aún vigente Código Civil, las cuales pretendió abolir el Ministerio de Justicia en Colombia, al presentar un proyecto de Ley para prescindir de un número significativo

de normas que no cumplen con ninguna función en la legislación actual (Naranjo M., 2014).

El derecho laboral colectivo en general y la huelga en particular, no son ajenos a esta situación, motivo por el que resulta comprensible que en un momento dado existiere una importante prohibición al derecho de asociación de los trabajadores y a la posibilidad de que pudieren presentar reclamaciones a los patronos.

Así las cosas, el derecho y sus instituciones no son estáticas, sino que van modificándose y evolucionando de la mano que lo hace la sociedad, lo que obliga a que el ordenamiento jurídico se actualice y gane espacio una cultura jurídica más libertaria, que propenda por un mayor desarrollo del ser.

Es bajo estas premisas, como se resalta que el objetivo del presente artículo es dar cuenta de las razones por las cuales resulta imperioso modificar el ordenamiento jurídico interno en cuanto a la prohibición existente de imposibilitar el ejercicio del derecho a la huelga al interior de empresas que prestan servicios públicos esenciales, lo cual se sustenta no solo en la influencia de normas internacionales que así lo exigen, sino además en que ese carácter restrictivo del ejercicio del derecho, ha posibilitado que se acuda a mecanismos de presión por fuera de la ley.

Para lograr este objetivo general, se procederá a analizar la huelga como mecanismo de presión dentro de una negociación colectiva y su desarrollo histórico normativo en la legislación interna. Así mismo, será del caso establecer como se ha tratado la problemática en otras latitudes y lo consignado en normas internacionales que cuentan con aplicación en el derecho interno.

La propuesta metodológica de lege ferenda que se desarrolla en el presente escrito, toma como puntal de referencia lo que se ha expresado sobre el tema por parte la de Organización Internacional del Trabajo y la condición de derecho fundamental

que representa la huelga para los trabajadores, situaciones que se han de ampliar a lo largo de los cinco capítulos de que consta el artículo.

En el primero de ellos se definen conceptos básicos como son huelga y servicios públicos esenciales, en el segundo se incluye que pasa en Colombia y otros países, un tercero en que se expone la naturaleza jurídica del derecho a la huelga y finalmente el acápite conclusivo, donde se recoge porqué debe garantizarse el ejercicio de la huelga en empresas que prestan servicios públicos esenciales, se plantea la propuesta normativa y se emiten las conclusiones.

Es a partir de este último capítulo y una vez presentado un amplio panorama tanto en el derecho interno como internacional del derecho a la huelga, que se presenta una propuesta para una futura reforma de la ley, con el fin de ampliar el campo de acción de este derecho de los trabajadores y permitirlo al interior de las empresas que prestar servicios públicos esenciales. Es aquí en donde el texto se estructura como la presentación de un proyecto de cambio legislativo, a partir del cual se promueva la presencia de este mecanismo de presión en otros espacios laborales.

II. DEFINICIONES PRELIMINARES

Presentado el contenido a desarrollar dentro del presente escrito, inicialmente se ha de plasmar que el derecho a la huelga se define desde el ámbito legal por el artículo 429 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante C.S del T.) (República de Colombia, 1950), como 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.

A su vez, se muestra relevante hacer referencia a la jurisprudencia, especialmente de la Corte Constitucional, debido a que es ella la que ha permitido mayor avance y análisis respecto de este mecanismo de presión laboral, puesto que en diferentes

providencias ha expresado el entendimiento que debe dársele a este derecho y las condiciones generales en las que debe desarrollarse.

De esta manera la Corte Constitución ha entendido la huelga como un mecanismo de acción directa, coactivo y legítimo sobre los empleadores, para obligarlos a ceder frente a los reclamos de los trabajadores, con el fin de lograr situaciones más justas al interior de una empresa (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-450 de 1995, 1995, Corte Constitución de Colombia Sentencia C-858 de 2008, 2008, Corte Constitución de Colombia Sentencia C-075 de 1997, 1997), en el que los empleados dejan de prestar el servicio, no opera el elemento subordinación, se presenta igualmente un no pago de salarios por parte del empleador, quien ve afectada la producción y las ganancias de la empresa, pues le está vedado contratar nuevo personal y se encuentra además obligado a efectuar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral, en la medida que existe protección de estos derechos para los huelguistas, conforme lo dispone el artículo 449 concordado con los artículos 51 y 53 del C.S. del T. (República de Colombia, 1950) y la Sentencia C-1369 de 2000 proferida por la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1369 de 2000, 2000).

Por su parte, doctrinalmente se ha entendido como uno de los medios esenciales a disposición de los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales, razón por la que incluye no solo lograr mejores condiciones laborales, sino la solución a problemas sociales, económicos o laborales (Isaza Cadavid, 2015).

Definido el derecho a la huelga, lo cierto es que éste se encuentra vedado para quienes trabajan en empresas o instituciones que prestan servicios públicos esenciales, limitación, que hoy en día corresponde a una prohibición constitucional, la cual no se comparte se mantenga, según los argumentos que se expondrán más adelante, pero para lo cual resulta imperioso definir qué se entiende por servicio público esencial.

Al establecer qué se entiende por servicio público esencial, se toma como referente la Corte Constitucional, quien afirma que *“el carácter esencial de un servicio público se predica, 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. Ello es así, en razón de la preeminencia que se reconoce a los derechos fundamentales de la persona y de las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-450 de 1995, 1995)”*.

En un periodo posterior se adopta un criterio formal, al indicar que constituyen servicios públicos esenciales las actividades que el mismo Constituyente de 1991 señaló como tales o aquellas que, concretamente, han sido definidas por el Legislador como esenciales, a partir de la expedición de la nueva Constitución Política (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075 de 1997, 1997).

Posteriormente, esta misma Alta Corte recoge este concepto y lo desarrolla al establecer una serie de criterios para identificar cuándo la actividad corresponde a un servicio público esencial, en los que incluye que las actividades contribuyan directamente a la producción de bienes, servicios o realización de valores ligados con derechos fundamentales, sin que la esencialidad dependa del servicio en sí mismo considerado, a lo que se suma el hecho que debe ponderarse entre los derechos de los trabajadores y los sacrificios que pueden imponerse a los usuarios de los servicios y atenderse al desarrollo político, económico y social (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-122 de 2012, 2012 y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-691 de 2008, 2008).

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), también ha adoptado una definición en torno a los servicios públicos esenciales, que resulta ser más restrictiva que la planteada por el máximo órgano de la jurisdicción

constitucional colombiana, en razón a que los define como unos servicios *“cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”*(Organización Internacional del Trabajo, 2006), luego de lo cual considera que la huelga perdería sentido si la legislación nacional definiese esos servicios de forma demasiado extensa, pues los servicios esenciales resultan ser una excepción del principio general del derecho de huelga, a pesar de lo cual aclara que un servicio que inicialmente aparece como no esencial, puede llegar a serlo si la huelga que repercute en el mismo dura más de un cierto período.

Así mismo es importante resaltar, que la Comisión de Expertos de la OIT ha declarado que sería poco conveniente, e incluso imposible, pretender elaborar una lista completa y definitiva de los servicios que pueden calificarse de esenciales, en la medida que ellos van a depender de la situación geopolítica de cada país; no obstante, el Comité de Libertad Sindical de la misma organización, ha admitido como servicios esenciales los del sector hospitalario, los servicios de electricidad y los de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos y el control del tráfico aéreo, sin que ostenten dicha calidad la banca, los sectores del petróleo y de los puertos, las actividades agrícolas, la educación o los transportes en general (Swepston, 1998).

En materia doctrinal, se considera que el carácter esencial de un servicio, se deriva de su funcionalidad específica, en orden a garantizar la tutela de necesidades que resultan vitales para las personas (salud, vida y seguridad), esto es aquellas que no consienten interrupción de ninguna índole (Tribuzio, 2012)

De otro lado, dentro de la legislación colombiana no se define puntualmente en qué consiste un servicio público esencial y meramente el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia señala que *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del Territorio Nacional”* (República de Colombia, 1991).

Conforme estas conceptualizaciones, es viable concluir que el derecho a la huelga es un auténtico mecanismo de presión para que sean escuchadas las peticiones de los trabajadores y se permita alcanzar de esta manera las conquistas laborales, debido a que si no existiere se estaría limitado a las buenas intenciones de un empleador o en su defecto a acudir a un tribunal de arbitramento, que desdibuja la esencia de una negociación colectiva, en razón a que la solución es impuesta por un tercero ajeno al conflicto.

Así mismo, es posible afirmar que los servicios públicos esenciales no pueden mantenerse abiertos e indeterminados y tampoco abarcar una gama indiscriminada de cualquier tipo de servicio, pues no resulta factible que toda actividad admita la condición de esencial, razón por la que se tiene como adecuada la definición que promueve la Organización Internacional del Trabajo.

Es de anotar que en el sistema jurídico colombiano, actualmente se encuentra establecido que la determinación de los servicios públicos que se han de catalogar como esenciales, está radicada en un primer momento en cabeza del poder legislativo, situación que no se busca modificar mediante la presente propuesta, máxime cuando se ha definido que además de este elemento formal de determinación de un servicio esencial, existe un control material realizado por la Corte Constitucional, quien va a revisar el nivel de esencialidad del servicio, con el fin de validar el carácter dado por el congreso, lo que permite evitar que se constituya en esencial todo lo que el legislativo estime como tal, lo que podría tornarse en un asunto de conveniencia e ideología política, tal como se ha efectuado en Sentencias C-122 de 2012, C-796 de 2014 ó C-542 de 1997, entre otras.

III. LA HUELGA EN COLOMBIA Y EN EL DERECHO COMPARADO

Se ha presentado previamente la definición que hoy encuentra vigencia respecto del derecho a la huelga, pero esto no siempre fue así. El movimiento sindical en Colombia, cuenta con menos de 100 años de existencia, en la medida que si bien desde la Constitución de 1811 se permitía el derecho de reunión, petición y

asociación y se reconoció el derecho de reunión para reclamar ante las autoridades en la Constitución de 1830 y en 1858 la libertad para asociarse (Díaz Daza, 1996), solo hasta el año 1918 se dan los primeros movimientos huelguísticos por trabajadores de los puertos de Cartagena, Barranquilla y Santa Marta (Segrera Ayala & Torres Marengo, 2005).

De esta manera se presenta el primer pliego de peticiones por los trabajadores de la United Fruit Company, el cual fracasó ante la falta de una legislación para solucionar el conflicto económico, la cual solo tiene lugar hasta 1919 con la Ley 78, a partir de la cual la huelga es reconocida legalmente. En este mismo año igualmente fracasan las huelgas de la Sociedad Ferroviaria Nacional, de las fábricas de cervezas, tejidos, industrias y harinas (Díaz Daza, 1996) y se crea el Sindicato Central Obrero (Segrera Ayala & Torres Marengo, 2005).

Posteriormente se expide la Ley 21 de 1920, normativa en la que se establecen las etapas de arreglo directo, conciliación y arbitraje, como exigencias previas que debían agotarse para que pudiese ser declarada la huelga (Díaz Daza, 1996), mientras que en 1924 y 1927 tienen lugar huelgas en la petrolera Tropical Oil Company y en 1928 la huelga en la United Fruit Company, que desencadenaría en la masacre de las bananeras, que consistió en una matanza de trabajadores sindicalizados de la citada compañía estadounidense, ocurrida entre el 5 y 6 de diciembre en el municipio de Ciénaga (Magdalena), cuando el gobierno nacional encabezado por Miguel Abadía Méndez resolvió mandar a la zona al ejército, con el fin de acabar el cese de labores que completaba un mes, para proteger las propiedades en la zona bananera, las vidas de los directivos de la United, y el orden público amenazado por “los comunistas”, según se les llamaba por los conservadores (Credencial Historia, 2005).

Este grave hecho implicaría que los conservadores perdieran el poder que habían ostentado por cerca de 50 años y se diera paso a gobiernos liberales que posibilitaron la reglamentación de la organización sindical, su funcionamiento y la

garantía del derecho de asociación y el ejercicio de la huelga, con la Ley 83 de 1931 (Díaz Daza, 1996), para luego promulgarse la Ley 10 de 1934, en la que se define que se entiende por contrato de trabajo (Segrera Ayala & Torres Marengo, 2005).

De esta manera, bajo gobiernos liberales, tiene ocurrencia la constitucionalización del derecho a la huelga en 1936, en atención a que el Acto Legislativo 01 consagra la posibilidad de su ejercicio salvo para los servicios públicos y el deber del legislador de reglamentar su práctica, algo que se dio con el artículo 50 de la Ley 6° de 1945.

En esta disposición se enlistaron una serie de servicios públicos como son la Administración Pública y del Órgano Judicial, las empresas de transportes por tierra, agua y aire, y las de acueductos, energía eléctrica y telecomunicaciones, siempre que presten sus servicios al público por cuenta del Estado o mediante concesión de éste o con sujeción a tarifas, condiciones y reglamentos que el Estado señale. También se incluyó la higiene pública, el aseo de las poblaciones y las instituciones de asistencia pública y beneficencia, como hospitales, clínicas, asilos y hospicios, así como las plantas de leche, las plazas de mercado y mataderos pertenecientes a entidades públicas, lo cual tuvo lugar por la importancia social que en su momento tenían, dado que su suspensión generaba traumatismos para la sociedad.

Se expide luego el Código Sustantivo del Trabajo, que se convirtió en permanente mediante la Ley 141 de 1961, consagró el derecho a la huelga en el artículo 12 y registró en el artículo 430 la prohibición de ejercicio en servicios públicos, los cuales fueron enlistados:

Los que se presten en cualquiera de las Ramas del Poder Público; los de empresas de transportes por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones; los de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas; los de establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia; los de plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los

organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados; todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones; los de actividades de transporte y distribución de combustibles derivados del petróleo, cuando están destinados al abastecimiento del país. Sin embargo, cuando la suspensión colectiva del trabajo en actividades de explotación y refinación de petróleos pueda afectar el abastecimiento normal de combustible del país, el Gobierno podrá, en cada caso, declarar la calidad de servicio público de la respectiva actividad.

Posteriormente se promulga el Decreto 753 de 1956, que subrogó el artículo 430 antes mencionado, ratificó la prohibición de ejercicio en servicios públicos e incluyó dentro del listado la de explotación, elaboración y distribución de sal. Además precisó que tendría tal condición, cualquier actividad que a juicio del gobierno interesaren a la seguridad, sanidad, enseñanza y a la vida económica o social del pueblo, previo concepto del Consejo de Estado.

Con el Decreto 2351 de 1965 se codificó lo atinente a la declaratoria y desarrollo de la huelga, mientras que en el Decreto 939 de 1966 se reguló lo atinente a la duración del cese de actividades, legislación que se tornó en permanente gracias a la Ley 48 de 1968. En esta se estipuló que si la huelga afectaba gravemente los intereses de la economía nacional, el Presidente podía ordenar que cesara, previo concepto favorable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, estableció además la supresión de la posibilidad del gobierno de establecer o definir otras actividades como servicios públicos (Díaz Daza, 1996).

Finalmente como reformas previas a la Carta Política de 1991 que cuenten con importancia respecto del derecho a la huelga, se encuentran la Ley 11 de 1984, la Ley 39 de 1985 y la Ley 50 de 1990, pero es la Carta Política un punto de referencia fundamental para determinar la mayor garantía del derecho a la huelga, pues será restringida para empresa o entidades que garantizan servicios públicos de carácter esencial, según la definición que establezca el legislador, tal como ocurrió en la Ley

142 de 1994 (Ley de servicios públicos domiciliarios), donde se estableció que los servicios públicos allí incluidos serían esenciales - art. 4-.

Tiene lugar posteriormente la Ley 584 de 2000, que consagra aspectos procedimentales para el ejercicio del derecho de huelga, época en la cual se contó con el apoyo de Angelino Garzón, reconocido líder sindical que se desempeñaba como Ministro de Trabajo y Seguridad Social; para luego promulgarse la Ley 1210 de 2008, como respuesta a requerimientos y recomendaciones de los entes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), particularmente por el Comité de Libertad Sindical dentro del Caso núm. 1916 de marzo de 1997, en el caso 2356, informe 342º, 337º y 348º o en los informes 337º, 343º y 348º, del caso 2355 así como a lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencia T-568 de 1999, respecto a que fuera un ente ajeno al poder ejecutivo quien calificase la legalidad de las huelgas, lo que motivó que se radicase tal competencia en cabeza del poder judicial, quien ha definido la legalidad de huelgas en varias oportunidades, según puede verse decisiones de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 42273 del 15 de octubre de 2009, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 66588 del 16 de julio de 2014).

Conforme la evolución que ha encontrado el derecho laboral colectivo y particularmente la huelga dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es evidente que se han presentado avances a la hora de garantizar su ejercicio, pero estos no resultan suficientes si se tiene en cuenta las recomendaciones efectuadas por la Organización Internacional del Trabajo y de cara a lo que ocurre en otros países, tal como se pasa a ilustrar.

En Argentina es posible hablar de servicio esencial como una especie dentro del género servicio público. Respecto del primero debe afirmarse existe otra especialidad como lo es el servicio mínimo, que define la cuota de servicio o actividad que debe mantenerse en toda circunstancia (García, 2006).

En torno a esta particularidad, el artículo 24 de la Ley 25.877 (Régimen laboral, 2004) impone a la parte que decidiera iniciar una huelga en actividades consideradas esenciales, la obligación de garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. A pesar de ello, la regulación normativa de este país se ha apartado de la recomendación efectuada por la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), quien con relación a la determinación de los servicios mínimos a mantener durante la huelga si las partes no llegan a un acuerdo, ha sido crítica de que los mínimos sean decididos por el Ministerio del Trabajo y no por un órgano independiente. (Conferencia Internacional del Trabajo, 2011).

Por su parte en Uruguay, la Ley 13.720 del 16 de diciembre de 1968 es la que específicamente alude a servicios esenciales y en ella se le da funciones a una comisión de productividad precios e ingreso, compuesta por miembros del poder ejecutivo, sector empresarial y laboral, con el fin de que actúe como órgano de conciliación frente a las situaciones conflictivas colectivas de carácter laboral que fueren planteadas, lo cual se constituía en un requisito *sine qua non* para que una huelga se califique como lícita, cuyas atribuciones fueron transferidas al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por decreto ley número 14791 de 1978.

Particularmente frente a servicios públicos, se prevé que esta comisión podrá indicar mediante Resolución fundada y dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la comunicación, los servicios esenciales que deberán ser mantenidos por turnos de emergencia, so pena de la declaratoria de ilegalidad de la huelga.

Además se tiene que en caso de interrupción de un servicio esencial la autoridad pública podrá disponer las medidas necesarias para mantenerlo, para lo cual se le permite recurrir incluso a la utilización de los bienes y la contratación de prestaciones personales indispensables para la continuidad de los mismos, sin perjuicios de aplicar, al personal afectado, las sanciones legales pertinentes (Raffaghelli, 2006).

De esta manera se encuentra que el ordenamiento uruguayo carece de concepto de servicios esenciales, por lo que la doctrina y la jurisprudencia construyen su significado a partir de los criterios de los órganos de control de normas de la OIT, con la salvedad que, al igual que en el sistema argentino, no se prevé la prohibición de la huelga en estos servicios sino solamente el “mantenimiento de turnos de emergencia” en unos servicios mínimos (García, 2006).

En Brasil el derecho a la huelga se encuentra garantizado en el artículo 9º de la Constitución Federal de 1988, cuyo numeral 1º dispone que será la ley la que defina los servicios esenciales y disponga sobre el atendimento de las necesidades impostergables de la comunidad (Raffaghelli, 2006)

A su vez, se establece en la legislación brasilera, que frente a estos servicios los sindicatos y empleadores quedan en la obligación de garantizar durante el desarrollo de la huelga, la prestación de los servicios indispensables para atender las necesidades inaplazables de la comunidad, las cuales se definen como aquellas que, si no son atendidas, ponen en riesgo inminente la supervivencia, la salud o la seguridad de la población. Además, se consagra que en caso de no ser cumplido esto por sindicatos y/o empleadores el poder público asegurará la prestación de los servicios indispensables (Art. 12) (Raffaghelli, 2006)

Conforme al artículo 98 de la Constitución del Paraguay, existe una prohibición para la fuerza pública de acudir al derecho a la huelga, la cual deberá desarrollarse sin que afecte los servicios públicos imprescindibles para la comunidad, evento en el cual conforme con el artículo 361 del Código del Trabajo, debe asegurarse el suministro esencial para la población. Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que este principio *“debe compatibilizarse también con la noción de ‘servicio mínimo’, que en términos generales, define la cuota de servicio o actividad que debe mantenerse en toda circunstancia”*(García, 2006)

La Ley 496 de 1995 como norma que modificó el Código del Trabajo paraguayo, es clara al permitir el desarrollo del derecho a la huelga aún respecto de empresas encargadas de servicios públicos esenciales, a pesar de lo cual la huelga será ilegal, cuando los trabajadores de servicios públicos imprescindibles no garanticen los suministros esenciales para la población. (Raffaghelli, 2006).

De otro lado, en España la regulación legal de la huelga deriva de lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 28 de la Constitución, que va a abrir la puerta para que la autoridad gubernativa cuente con la facultad para adoptar las medidas necesarias que garanticen el funcionamiento de los servicios cuando la huelga se presenten dentro de empresas que prestan un servicio público o que sea de gran importancia, conforme el inciso 2º del artículo 10º del Real Decreto Ley 17 de 1977.

Conforme la regulación española, el derecho a la huelga cuando se trata de empresas que prestan servicios públicos esenciales, si puede ser restringido, aunque de manera limitada, debido a que no es posible impedir el acceso a este mecanismo de presión, motivo por el que se limita de cara a su duración y extensión, para lo cual deberá proferirse resolución motivada. Así mismo, es del caso definir y fijar los servicios mínimos en forma proporcionada y razonable, lo cual se intentará inicialmente por consenso entre organizaciones convocantes de la huelga y en caso de no lograrse un acuerdo, le corresponderá a la autoridad gubernativa fijarlos (Raffaghelli, 2006).

Este mismo tema al interior de un país como México, se encuentra regulado dentro de la Constitución Política de 2014, en la que se reglamenta en forma un tanto extensa las relaciones obrero-patronales, para encontrarse puntualmente en el numeral XVII que “Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos, las huelgas y los paros”. Por su parte, el numeral siguiente responde a la pregunta de cuándo es lícita una huelga, al señalar que lo es *“cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos de trabajo con los del capital...”*

Finalmente este mismo numeral XVIII regula el procedimiento cuando se está frente a un servicio público, dentro del cual se consagra que resulta obligatorio por parte de los trabajadores, dar aviso con diez días de anticipación, de la ocurrencia de la protesta o huelga y consecuente suspensión del trabajo, a la Junta de Conciliación y Arbitraje, que se conforma por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del gobierno (García, 2006).

Por último dentro del desarrollo que ha tenido el derecho a la huelga y la protección de que han sido objeto los trabajadores y sus prerrogativas por parte de la OIT, se tiene que uno de los países que ha acogido sus planteamientos es Perú. Este país aunque constitucionalmente reconocía el derecho de huelga, no permitía su verdadero desarrollo a trabajadores de empresas prestadoras de servicios públicos esenciales, lo cual varió al proferirse la Ley 27912, que modificó el Decreto Ley 25593, en virtud de lo cual el artículo 82, en el que se regulaba la materia, quedó de la siguiente manera:

Artículo 82.- Cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan.

Esta actuación fue resaltada por la Conferencia Internacional del Trabajo como órgano de la OIT, quien precisó: *“57. En relación con la cuestión del arbitraje obligatorio, en el Perú una nueva ley lo suprimió y derogó las disposiciones que prohibían la huelga en los «servicios públicos esenciales»”* (Conferencia Internacional del Trabajo, 2008).

De esta manera, un breve repaso por la legislación de otros países acerca del derecho de huelga, permite vivenciar como se trata de un mecanismo de presión que ha venido contando con mayor protección normativa, al punto que en varias latitudes se ha garantizado su ejercicio en empresas que prestan servicios públicos

esenciales, siempre que no se deje en vilo derechos fundamentales del resto de la población, lo que motiva entonces a proponer estos avances en cuanto a libertades en un país como Colombia, en el que si bien se reconocen avances en derecho laboral colectivo, aún presenta limitaciones que deben ser superadas.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA HUELGA

El derecho a la huelga a pesar de lo que actualmente se presenta en otros países y de estar ubicado en la Constitución Política de Colombia, específicamente dentro del artículo 56, no ha sido catalogado como derecho fundamental, pues según ha entendido la Corte Constitucional, como máximo órgano de la jurisdicción constitucional, que no está llamado a serlo en atención a que para su ejercicio requiere de reglamentación legal (La huelga en los servicios públicos esenciales, 1997), así como del necesario cumplimiento de los procedimientos establecidos por el legislador (Procedimiento para la declaratoria de huelga, 2008), aunque si ha admitido su protección eventual por vía de tutela, cuando está en conexidad con el derecho al trabajo o el de asociación sindical.

De esta manera ha establecido la Corte Constitucional que el eventual choque entre derechos de los trabajadores y derechos fundamentales se ha definido por la vía constitucional mediante la protección de los derechos fundamentales de los usuarios frente al sacrificio del derecho de los trabajadores, siendo esta la valoración que el Constituyente de 1991 decidió otorgarles en esta particular situación (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075 de 1997, 1997).

Es de resaltarse además, que este máximo tribunal de la jurisdicción constitucional en Colombia reconoce la importancia del derecho a la huelga al interior de la OIT (Huelga en servicios públicos esenciales, 2008), en la medida que registra que a partir de la interpretación de dos órganos de control de esta organización –el Comité de Libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) - han hecho de los artículos 3 y 10 del Convenio sobre

la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación -Convenio número 87 de 1948-; el derecho de huelga ha sido definido como un derecho fundamental de los trabajadores y organizaciones sindicales. Ello, por cuanto se considera el derecho de huelga como uno de los medios fundamentales para hacer efectivo el derecho de los sindicatos de los trabajadores para organizar sus actividades, formular sus programas de acción y defender sus intereses (Gernigon, Odero, & Guido , 2000).

En esta misma línea se resalta que la Corte Constitucional definió un derecho fundamental como aquel que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo, para lo cual se exige la existencia de una norma jurídica que reconozca el derecho o del que se pueda interpretar, en el que este imponga una obligación jurídica, así como un poder del titular del derecho para exigir el cumplimiento de dicha obligación del obligado (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-372 de 2011, 2011).

Aunado al panorama antes presentado, es importante tener en cuenta varias consideraciones adicionales que van a permitir catalogar al derecho de huelga como fundamental dentro del ordenamiento jurídico colombiano, tal como se pasa a mencionar:

- A pesar de lo evasiva que se ha mostrado en ocasiones la Corte Constitucional a la hora de catalogar el derecho de huelga como fundamental, tal como se encuentra en Sentencias C-858 de 2008 o C-349 de 2009, es válido hacer referencia a una providencia en la cual se hizo la siguiente acotación: “...*el derecho de huelga está en conexión directa no solo con claros derechos fundamentales - como el derecho de asociación y sindicalización de los trabajadores (CP arts. 38 y 39) - sino también con evidentes principios constitucionales como la solidaridad, la dignidad, la participación (CP art. 1) y la realización de un orden justo (CP art. 2). En particular es importante su conexión con el trabajo...*” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-473 de 1994, 1994).

De esta cita se extrae que si bien no se allanaba a una catalogación de la huelga como un derecho fundamental, por lo menos si hay un acercamiento a este concepto, más aún dentro de un Estado Social de Derecho que apenas empezaba a ser desarrollado jurisprudencialmente por la propia Corte Constitucional en sentencias T-533 de 1992, SU-747 de 1998 o C-1064 de 2001.

- En el documento denominado “La Libertad sindical” de la Oficina Internacional del Trabajo se señalan una serie de criterios fundamentales para el análisis de este derecho: i) es un derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos; ii) constituye uno de los instrumentos esenciales para promover y defender sus intereses profesionales; iii) es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio número 87; iv) no busca sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social; y v) puede ser objeto de restricciones o incluso de prohibición y garantías compensatorias (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-122 de 2012, 2012).

- La Carta Política de 1991 abrió la puerta a un derecho supranacional, en virtud del cual instrumentos internacionales pasaban a formar parte del orden interno mediante la figura de origen francés, denominada bloque de constitucionalidad, que tiene como objeto garantizar los derechos humanos, con el fin de evitar atentados contra la persona y su integridad, así como hacer efectivos mecanismos de protección, lo que va a permitir incluir dentro del orden interno la protección internacional con que cuenta el derecho a la huelga.

Respecto del bloque de constitucionalidad se distinguen dos acepciones: en sentido estricto cuando abarca las normas con jerarquía constitucional y el sentido lato cuando se utiliza como pautas de constitucionalidad, que sería el caso de los

principios del derecho, los cuales han sido expresamente considerados por la Corte como integrantes del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. “El modelo monista constitucionalista que ha tomado Colombia, implica que en el derecho interno es la Constitución la que tiene la primacía y que los tratados sobre derechos humanos son aplicables en tanto hacen parte del Bloque de Constitucionalidad” (Arango Olaya, 2004).

En numerosas oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema del bloque de constitucionalidad, precisando su sentido y alcances, donde se resaltan las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, C-010 de 2000, C-567 de 2000, C-200 de 2002, C-067 de 2003 y C-038 de 2004.

De todo ese acervo jurisprudencial, bien podría afirmarse que la sentencia C-225 de 1995, es la que mejor recoge dicho pensamiento. Allí se esclarece este concepto de la siguiente manera: “Ahora bien, el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno, ‘es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción (...) “... los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995, 1995, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003, 2003 y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-664 de 2013).

Bajo esta égida, lo consagrado por la legislación internacional pasa a formar parte del derecho interno, lo que implica que resulta posible afirmar la prevalencia de los tratados o convenios internacionales en el orden jurídico interno, razón por la que adquiere suma relevancia los instrumentos que se firmen o dicten por los

Organismos Supranacionales a los que pertenezca Colombia, quien como estado miembro adquiere compromisos, tal y como ocurre con la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

De esta manera llama la atención lo señalado por el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos como órganos de la OIT, a partir de lo cual ha sido posible concluir lo siguiente: *“No deja pues de llamar la atención que el derecho de huelga haya pasado a ser un derecho fundamental reconocido en la gran mayoría de los países, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1966), y amparado por los órganos de control de la OIT, principalmente el Comité de Libertad Sindical – desde 1952 – y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones – desde 1959 –.*

Y continua diciendo: *Las decisiones de estos órganos han sentado un cuerpo de principios sobre el derecho de huelga ampliamente compartidos en la comunidad internacional, a partir de los principios generales de la libertad sindical proclamados en la Constitución de la OIT y en los convenios fundamentales relativos a esta materia”*(Gernigon, Odero, & Guido , 2000).

Así las cosas, se resalta igualmente el hecho que dentro de esta Organización se explicita la naturaleza de fundamental que tiene el derecho a la huelga, con base en lo consagrado no solo en convenios de este órgano, sino de otros instrumentos internacionales.

- También resulta importante resaltar como la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, establece la libertad de asociación y permite que el derecho de huelga se constituya en una garantía que viabiliza el ejercicio de la libertad sindical (23, inciso. 4). A su vez, el artículo 8.1.d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia con la Ley

74 de 1968, dispone que los Estados Partes en el Pacto se comprometen a garantizar "el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país", a lo cual se suma la necesidad de resaltar el artículo 22 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, aprobado en Colombia por la ya citada Ley 74 de 1968, cuyo organismo de seguimiento, el Comité de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre temas sindicales.

Dentro del ámbito americano, la Carta de la Organización de Estados Americanos, reconoce los derechos de huelga y de negociación colectiva, a lo cual se agrega que la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por Colombia con la Ley 16 de 1972, obliga a los estados miembros a adoptar las medidas necesarias para la plena efectividad de esos derechos, lo cual es luego resaltado al reconocer el derecho de huelga y las garantías para su ejercicio, en el artículo 8 (1) (b) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en Colombia por la Ley 319 de 1996.

Conforme lo expresado previamente, es posible pregonar la naturaleza fundamental del derecho a la huelga, tal como ocurre en Argentina, España, Uruguay y según está consagrado en el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, para lo cual la garantía de la libertad de huelga fue un punto de partida, puesto que por ejemplo en Argentina primero la huelga constituía un crimen, enseguida un agravio, más tarde un derecho individual y finalmente llegó a ser derecho colectivo fundamental (Wass, 2012). Al contar con este importante rango, se posibilita que la huelga pueda ser ejercida en forma preferente ante situaciones particulares y cuando pudiese entrar en conflicto su ejercicio, con el de otros derechos de raigambre fundamental.

Bajo estos parámetros, es claro que el derecho a la huelga recoge una serie de principios de importante raigambre, como son la dignidad humana, solidaridad, participación y asociación, los cuales cuentan con una aplicación igualmente directa

dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en la medida que hacen parte de este.

De esta manera resulta imperioso hacer referencia a la teoría de la prevalencia principal que ha sido desarrollada doctrinariamente por Sergio Estrada Vélez, quien aboga por dejar atrás un sistema jerárquico de fuentes de derecho, para establecer una relación de coordinación entre las mismas, en la que prime una defensa de la legalidad material y sea factible entender que el derecho no se agota en el texto legal, puesto que la norma jurídica incluye reglas y principios, y estos últimos se erigen en los principales paradigmas normativos, tal como lo fue la ley en el Estado liberal de derecho, para lo cual parte de la base que se está ante un Estado Social de Derecho (Estrada Vélez, 2010).

En cuanto al Estado Social de Derecho, ha expresado la Corte Constitucional que se funda sobre valores como son la libertad, la igualdad y la seguridad, pero tiene como propósito principal, procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social, sin que se llegue a un excesivo asistencialismo (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-566 de 1995, 1995). Así mismo se anota que hay una prevalencia de los principios constitucionales, con los cuales va a resultar posible decidir casos concretos, hasta el punto de dejarse sin efecto decisiones judiciales por ignorar tales fuentes del derecho (Corte Constitucional de Colombia, Auto A-097 de 2013, 2013).

De esta manera entonces, los principios adquieren un importante status dentro del Estado Colombiano, razón por la que han de prevalecer frente a las simples reglas, en la medida que éstas derivan de aquellos, motivo por el que se pueden aplicar a un caso concreto en forma directa.

Ahora, cuando entran en colisión dos principios, no se busca invalidar uno de ellos mediante el camino de la subsunción, sino que se ha de aplicar la ponderación, con el fin de determinar en cada caso concreto, a qué principio se le debe dar mayor peso específico, los cuales se tienen como mandatos de optimización, en los cuales

no existen relaciones absolutas de precedencia, pues se sostiene que nunca es recomendable establecerlas entre los principios, dado que ello puede traer consecuencias lesivas, pues la importancia de cada principio puede variar en cada caso (Zarate Castillo, 2007)

Ahora, para que el mencionado balanceo ostente la condición de racional, se formula una ley de ponderación, regida por la medida de satisfacción y afectación de los principios en conflicto, sin que se trate de una cuestión del todo o nada, pues por el contrario se busca la optimización de los preceptos, motivo por el que se requiere de fundamentación, lo que permite hablar de una ponderación racional, que excluya decisiones arbitrarias e injustificadas, sin desconocer que dicho procedimiento puede tener cierta carga valorativa.

Respecto de la preponderancia principal, debe indicarse que se trata de un método que está llamado a operar cuando se está en presencia de un conflicto entre principios o derechos fundamentales, en virtud del cual y frente a un caso específico, se mira el peso de un principio frente a otro, esto es, las condiciones de precedencia que permiten hablar de la mayor jerarquía dinámica de un principio sobre otro. Se considera como un mecanismo a través del cual se concreta la proporcionalidad o el grado de afectación legítima de un derecho fundamental cuando entra en conflicto con otro principio o derecho fundamental, que se desarrolla a través de tres pasos.

El primero se denomina “adecuación” y consiste en establecer todos los medios que resulten aptos o idóneos para la promoción o protección del derecho; el segundo se conoce como “necesidad” y en éste se busca definir entre los medios previamente establecidos, cual es el que mejor proteja el fin; finalmente el tercero, que titula “Proporcionalidad”, tiene como objeto determinar que ese medio necesario guarde coherencia con el ordenamiento jurídico, que incluye no solo las reglas, sino además los principios jurídicos (Estrada Vélez, 2010).

Conforme lo anterior, se considera que las limitaciones al derecho de huelga deben ser interpretadas de manera que se busque armonizar los derechos de los usuarios

de los servicios públicos esenciales (ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales) con el derecho de los trabajadores.

Es así como al estarse en presencia de una colisión entre principios y derechos fundamentales protegidos por la Constitución, en virtud del principio de efectividad de los derechos fundamentales, se debe preferir la interpretación que permita la armonización y la compatibilidad de los derechos sobre aquella que imponga un sacrificio excesivo a alguno de ellos, debido a que se busca el mayor radio de acción al ejercicio de derechos fundamentales y preferir la solución que, en ponderación de derechos constitucionales contrapuestos, no sacrifique su núcleo esencial, atendidas la importancia y función que cada derecho cumple en una sociedad democrática.

En este sentido, al acudir a la prevalencia principal antes explicada, es necesario inicialmente establecer cuáles serían los medios adecuados para proteger el fin que se propone:

- Como primer medio, se encuentra el consagrado dentro del texto constitucional, cual es el prohibir de manera tajante la realización de la huelga dentro de las empresas que prestan servicios públicos esenciales.
- Como una segunda opción o medio, es posible plantear la posibilidad de permitir el derecho a la huelga a los trabajadores, siempre que se garantice la prestación de unos servicios mínimos esenciales.

Ambos medios resultan adecuados para alcanzar el fin propuesto, garantizar que en razón a la huelga no se vea suspendida la prestación de los servicios públicos más esenciales.

Se pasa al segundo escenario de este examen, la necesidad, en el que se estima que el medio consistente en permitir el derecho a la huelga a los trabajadores, siempre que se garantice la prestación de unos servicios mínimos esenciales, es el que a un menor costo promueve el fin, pues implica un menor sacrificio del derecho fundamental a la huelga, al darle mayor posibilidad de efectivizarse.

Ahora bien, se observa que la prohibición de la huelga en los servicios públicos esenciales también resulta ser un medio eficiente para alcanzar el fin anhelado, consistente en garantizar la prestación de los servicios públicos esenciales en todo momento, pero implica un alto costo al restringir el ejercicio de un derecho, motivo por el que se pasa a un tercer escenario como es la proporcionalidad.

La proporcionalidad hace referencia a que el medio que se establezca como necesario, guarde coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, es decir, que no afecte otros principios o reglas, incluidos los derechos fundamentales.

Bajo estos parámetros, el segundo de los medios propuesto, cual es la garantía del ejercicio del derecho de huelga en las empresas o instituciones que prestan servicios públicos esenciales, siempre que se garantice la prestación de unos mínimos, es decir, sin poner en peligro la vida, la seguridad y la salud de la población, se muestra más acorde con los principios que rigen el ordenamiento jurídico, puesto que va a propender por un mayor ejercicio del derecho a la huelga, que lleva aparejado el ejercicio de libertades.

Esta posición es sostenida, máxime si se considera que las limitaciones al derecho de huelga deben ser interpretadas de manera que se busque armonizar los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales con el derecho de huelga de los trabajadores. Es así como al estarse en presencia de una colisión entre principios y derechos fundamentales protegidos por la Carta Política, en virtud del principio de efectividad de estos, se debe preferir el medio que permita la armonización y la compatibilidad de los derechos sobre aquella que imponga un sacrificio excesivo a alguno de ellos, en atención a que se busca el mayor radio de

acción al ejercicio de derechos fundamentales y preferir la solución que, en ponderación de derechos constitucionales contrapuestos, no sacrifique su núcleo esencial, atendidas la importancia y función que cada derecho cumple en una sociedad democrática.

En este sentido, se pronunció el Doctor en Derecho Mauricio César Arese, al interior del XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social cuando se encargó de puntualizar, al tomar como referentes a Mario Ackerman y a Oscar ErmidaUriante., que la práctica del derecho a la huelga debe compatibilizarse con otros derechos fundamentales de los ciudadanos, que pudieren resultar afectados por el cese de actividades, tal como podría ocurrir con los derechos de circulación, propiedad, vida, seguridad y salud (Arese , 2012).

Es de anotar igualmente que esta concepción que se pone de presente, responde a una realidad social, en razón a que se parte de la base que el derecho no puede desarrollarse sin tener en cuenta los hechos sociales, sino como contestación a los mismos, motivo por el que resulta fundamental que se permita el ejercicio del derecho a la huelga para quienes laboran en empresas de servicios esenciales bajo unos límites, lo cual resulta favorable si se compara con la suspensión de actividades bajo una situación de facto y sin control, que resulta ser una situación fáctica que ha tenido lugar de manera continua en el último tiempo.

En este sentido, según datos suministrados por la Subdirectora de Gestión Territorial del Ministerio del trabajo, los ceses de actividades en 2014 fueron de 2546 y en 2015 al 31 de octubre de 844, de los cuales 46 se presentaron en el servicio público esencial de educación y 49 en salud, mientras que el número de huelgas con el lleno de requisitos solo fue de 23 en 2014 y 26 en 2015 (Micán Martínez, 2015).

En este orden de ideas, solo queda por afirmar que se ha dejado evidenciado el carácter de “inconveniente” por no decir menos, del artículo 56 de la Constitución Política, en la medida que no se encuentra acorde con los principios que permean

el ordenamiento jurídico colombiano, máxime cuando ha mostrado que no ha dado buenos frutos, de un lado porque ha impedido el ejercicio de un derecho de importante estirpe, y de otro porque su prohibición desmedida ha conllevado que se acuda a las vías de hecho, que a su vez pueden llegar a punto de poner en peligro derechos fundamentales de la restante población, tal como ha ocurrido con la parálisis en el sector salud, educación o justicia, que se han dado sin ningún tipo de control, razón por la que se ha dejado de prestar el servicio y se ha puesto en peligro a la población.

Además de lo precisado previamente, resulta importante además establecer cuáles han de ser los servicios mínimos que deberán mantenerse dentro del ejercicio del derecho de huelga, circunstancia que va a estar determinada por el servicio público esencial frente al cual se desarrolle, para lo cual debe plantearse como generalidad, el hecho que debe estar limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión.

Para establecer estos parámetros, resulta imperiosa la participación en su determinación, de las organizaciones de trabajadores, empleadores y autoridades públicas, lo cual permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios necesarios limitados a lo estrictamente indispensable, sino que también contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto, por lo que resulta aconsejable realizar la determinación de servicio necesario por fuera de los conflictos colectivos de trabajo, en la medida que de hacerse dentro de estos, se estaría frente a una indeterminación y otro punto que entrar a negociar bajo el mecanismo de presión, espacio en el cual no existirá la serenidad necesaria para su definición (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 1994).

Es necesario resaltar que los servicios necesarios o mínimos que se van a mantener y garantizar en caso de huelga, se han de delimitar en forma clara, se deberán aplicar estrictamente y han de ser conocidos con antelación por los interesados.

Para esta determinación, es importante tener en cuenta el aporte que realiza la OIT, cuando a través de sus órganos presenta el siguiente concepto *“Un servicio mínimo podría ser una solución sustitutiva apropiada de la prohibición total, en las situaciones en que no parece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones”*(Organización Internacional del Trabajo, 2006).

Y se resalta esta idea porque va acorde con lo que ha querido expresarse, es decir, la necesidad de ampliar el campo de acción del derecho a la huelga, para que ejercida de manera correcta y responsable por los trabajadores, permita que quienes laboran dentro de empresas de servicios esenciales, cuenten con este mecanismo de presión legal y no se vean obligados a recurrir a vías de hecho o ilegales para ser escuchados por el empleador, casos donde se llega al punto de poner en peligro derechos fundamentales de la restante población.

Lo anterior en virtud a que al tener presencia el comúnmente conocido “paro”, se está frente a una cesación intempestiva de las actividades que no se encuentra consagrada legalmente como un derecho de los trabajadores, sino como una actuación violatoria de las principales obligaciones a cargo del trabajador, la cual no está protegida ni por la Constitución ni por la ley (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-858 de 2008, 2008), donde a pesar de ello, existe y es una realidad dentro del estado colombiano, dado que se a lo largo de la historia se han presentado más que huelgas.

De esta manera entonces, el acceso a la huelga para los trabajadores que laboran en empresas que brindan servicios públicos esenciales, se constituye en un derecho de los catalogados como fundamentales, lo que garantiza un mayor espectro de acción para su ejercicio y además permite regularizar los ceses de actividades para que no se presenten de cualquier manera, sin control y en desmedro de derechos fundamentales de los usuarios.

V. PROPUESTA NORMATIVA

De cara a lo indicado en líneas precedentes y debido a la importancia jurídica del derecho a la huelga, la reforma constitucional que se plantea al artículo 56 de la Constitución Política, se da con el fin de que el texto superior quede de la siguiente manera:

“Se garantiza el derecho a la huelga, aun en las empresas que prestan servicios públicos esenciales, en las cuales se garantizará la prestación de unos servicios necesarios que no podrán ser interrumpidos, so pena de que el cese de actividades se torne ilegal.

La ley reglamentará este derecho.

Una comisión permanente integrada por el Gobierno por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo, concertará las políticas salariales y laborales, donde además establecerá los servicios mínimos que deberán ser garantizados por las empresas que prestan servicios públicos esenciales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento.

El establecimiento de los servicios mínimos que deberán ser garantizados por las empresas que prestan servicios públicos esenciales, estará a cargo de la Subcomisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT -CETCOIT, la cual contará con la presencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mientras que las departamental contarán con la presencia de las Salas Laborales de Tribunales de Distrito Judicial y donde no haya Sala Laboral, del Tribunal respectivo en pleno”.

El cambio de esta disposición constitucional, está llamada a permear el resto del ordenamiento jurídico, motivo por el que igualmente se conduce la modificación del contenido de los artículos 430 y 450 del C.S. del T., para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto en Sentencia C-473 de 1994 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-473 de 1994, 1994), en la que no solamente se menciona que “el

derecho de huelga está en conexión directa no solo con claros derechos fundamentales -como el derecho de asociación y sindicalización de los trabajadores- sino también con evidentes principios constitucionales como la solidaridad, la dignidad, la participación (CP art. 1) y la realización de un orden justo”, sino que además dispone que “las limitaciones constitucionales al derecho de huelga deben ser interpretadas de manera que se busque armonizar los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales con el derecho de huelga de los trabajadores”, y concluye que debe declararse exequible el inciso 1° del artículo 430 y el literal a) del artículo 450 del C.S. del T., siempre que se trate, conforme al artículo 56 de la Constitución Política, de servicios públicos esenciales definidos por el Legislador.

En este sentido, las citadas disposiciones han de quedar de la siguiente manera:

ARTICULO 430. HUELGA EN EMPRESAS QUE PRESTAN SERVICIOS PUBLICOS ESENCIALES. De conformidad con la Constitución Nacional, está permitida la huelga en las empresas que prestan servicios públicos esenciales, siempre que se garanticen unos servicios mínimos definidos por la Comisión Permanente de Políticas Salariales y Laborales - Subcomisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT -CETCOIT-establecida en el artículo 56 de la Constitución Política, los cuales no pueden ser interrumpida, so pena que el cese de actividades se declare ilegal.

La Subcomisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT -CETCOIT, a la hora de fijar los servicios mínimos que deben garantizarse, contará con la presencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mientras que las departamental contarán con la presencia de las Salas Laborales de Tribunales de Distrito Judicial y donde no haya Sala Laboral, del Tribunal respectivo en pleno”.

Para este efecto se considera como servicio público esencial, aquel cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

Constituyen, por tanto, servicio público esencial, entre otras, las siguientes actividades:

- a) Las que se prestan en cualquiera de las ramas del poder público;*
- b) Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones;*
- c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas; siempre que atiendan necesidades básicas de sujetos de especial protección constitucional*
- d) Las de establecimientos de asistencia social, de caridad y de beneficencia;*
- e) Las de todos los servicios de la higiene y aseo de las poblaciones;*
- f) Las de explotación, refinación, transporte y distribución de petróleo y sus derivados, cuando estén destinadas al abastecimiento normal de combustibles del país*

exclusivamente, siempre que esté relacionada con el servicio de abastecimiento normal de combustibles del país, en relación con las actividades a que hace alusión el aparte normativo demandado.'

g) Cualquier otro servicio público en donde la prolongación del cese de actividades, ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas, a consideración de la Comisión Permanente de Políticas Salariales y Laborales -Subcomisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT -CETCOIT-, establecida en el artículo 56 de la Constitución Política.

ARTICULO 450. CASOS DE ILEGALIDAD Y SANCIONES.

1. La suspensión colectiva del trabajo es ilegal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando se trate de un servicio mínimo que deba ser garantizado dentro de las empresas que prestan servicios públicos esenciales.

b) Cuando persiga fines distintos de los profesionales o económicos, salvo 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;

c) Cuando no se haya cumplido previamente el procedimiento del arreglo directo;

d) Cuando no se haya sido declarada por la asamblea general de los trabajadores en los términos previstos en la presente ley;

e) Cuando se efectúe antes de los dos (2) días o después de diez (10) días hábiles a la declaratoria de huelga;

f) Cuando no se limite a la suspensión pacífica del trabajo, y

g) Cuando se promueva con el propósito de exigir a las autoridades la ejecución de algún acto reservado a la determinación de ellas.

2. Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él, y respecto a los trabajadores amparados por el fuero el despido no requerirá calificación judicial.

3. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio Público o el empleador afectado, podrán solicitar a la justicia laboral la suspensión o cancelación de la personería jurídica del sindicato, conforme al procedimiento señalado en el artículo 52 de esta ley.

4. Las sanciones a que se refiere el inciso anterior no excluyen la acción del empleador contra los responsables para la indemnización de los perjuicios que se le hayan causado.

Finalmente el artículo 464 del C.S. del T., que hace referencia a las empresas que prestan servicios públicos, también deberá ser objeto de modificación, razón por la que ha de quedar de la siguiente manera:

ARTICULO 464. EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS ESENCIALES. *Las empresas de servicios públicos esenciales que no dependan directa ni indirectamente del Estado no pueden suspender ni paralizar labores, en lo que respecta a servicios mínimos, sino mediante permiso del Gobierno o dándole aviso a éste, con seis meses de anticipación*

cuando menos, a fin de que puedan tomarse oportunamente las providencias que aseguren la continuidad del servicio.

VI. CONCLUSIÓN

Definido el derecho a la huelga, su importancia como mecanismo de presión dentro del campo laboral y los avances protectores que ha tenido en su desarrollo dentro del mundo jurídico, los servicios públicos esenciales como garantizadores de libertades fundamentales dentro de las que es posible incluir a la huelga, es necesario plantear la posibilidad de que se amplíe el espectro o campo de acción para este derecho, en virtud del cual los trabajadores que desarrollan sus labores en empresas encargadas de la prestación de servicios públicos esenciales puedan desarrollar una suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo.

Tal propuesta no surge como un hecho aislado y desconectado de la realidad social de otros países, o de los planteamientos que ha venido realizando en forma constante y puntual la Organización Internacional del Trabajo, sino que por el contrario responde a estas exigencias del mundo laboral, en donde se observa necesario brindar garantías a los trabajadores para el ejercicio de sus derechos, así como posibilitar el ejercicio de derechos que en sus inicios se veían mucho más restringidos y que su desarrollo y avance hoy es necesario y viable.

Bajo esta visión global, el ejercicio del derecho a la huelga dentro de las empresas que prestan servicios públicos esenciales actualmente encuentra viabilidad, tal como se explicó ha ocurrido en otras latitudes.

Lo anterior, sin que pueda permitirse en todos los momentos y de cualquier manera, pues debido a la importancia de las labores por las que deben responder, es necesario que se garantice un funcionamiento mínimo, que proteja derechos fundamentales de los usuarios, pero que a su vez evite que por la negativa a reconocer este derecho, se obligue a los trabajadores a recurrir a vías de hecho sin

sujeción a ningún tipo de control o reglamentación, donde si pueda ponerse en peligro de la vida, seguridad y salud de la población en general.

El planteamiento que se hace en el presente artículo, responde a una transformación requerida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, no solo para estar a tono con los lineamientos trazados internacionalmente, sino además porque un derecho a la huelga dentro de empresas que prestan servicios públicos esenciales, va a permitir que su desarrollo obedezca a un procedimiento, a partir del cual se garantice la protección de las libertades fundamentales y de allí que la propuesta normativa planteada resulte acorde con las necesidades que hoy se representanta un estado social de derecho protector de la libertades en una mayor medida y con las exigencias propias del mundo globalizado.

Bibliografía

Arango Olaya, M. (2004). Universidad ICESI. Precedente , 79-102.

Arese , M. C. (2012). La colisión entre el derecho de huelga y los derechos de circulación, propiedad, vida, salud y seguridad de los ciudadanos. . *XX Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (págs. 1-18). Santiago de Chile: Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Bedoya Díaz, H. A. (2010). *Practica Judicial en Derecho Colectivo*. Bogotá D.C.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (1994). *Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. Ginebra: OIT .

Conferencia Internacional del Trabajo. (2008). *La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas*. Ginebra: OIT.

Conferencia Internacional del Trabajo. (2011). *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones - Informe III Parte 1A*. Ginebra: OIT.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia C-473 de 1994. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-225 de 1995. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-450 de 1995. Colombia.

- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-566 de 1995. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia C-075 de 1997. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C-1369 de 2000. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C-067 de 2003. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia C-691 de 2008. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia C-858 de 2008. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C-372 de 2011. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia C-122 de 2012. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Auto A-097 de 2013. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-664 de 2013. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. Sentencia 44273 del 15 de octubre de 2009
- Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. Sentencia 66588 del 16 de julio de 2014
- Díaz Daza, V. J. (1996). El derecho a la huelga y los servicios esenciales. *Revista de derecho - Universidad del Norte*, 102 - 127.
- Estrada Vélez, S. (Julio - Diciembre de 2010). La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. *Vniversitas*(121), 77 - 111.
- García, H. O. (2006). *Unión Nacional de Empleados de la Caja y la Seguridad Social*. Recuperado el 29 de Septiembre de 2015, de UNDECA:
http://www.undeca.cr/media/uploads/documentos_pdf/derecho_huelga_y_servicios__esenciales.pdf
- Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. (2000). *Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Isaza Cadavid, G. (2015). *Derecho laboral aplicado*. Bogotá: Leyer.
- Micán Martínez, Y. R. (2 de Diciembre de 2015). Huelga vs. Paro. (J. D. Guerra Trespalacios, Entrevistador)
- Naranjo M., S. A. (8 de Julio de 2014). *El Colombiano.com*. Recuperado el 15 de Mayo de 2016, de Periodico El Colombiano:
http://www.elcolombiano.com/historico/cerca_de_1000_leyes_inutiles_desaparecer_an-GGEC_301722

- Organización Internacional del Trabajo. (2006). *Libertad Sindical: Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: OIT.
- Raffaghelli, L. A. (2006). *EQUIPO FEDERAL DEL TRABAJO – Facultad de Ciencias Sociales-UNLZ- Año II Número 16*. Buenos Aires: Equipo Federal del Trabajo - Facultad de Ciencias Sociales .
- República de Colombia (1950). Decreto 2663 de 1950. Código Sustantivo del Trabajo. Colombia.
- República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia de 1991. Colombia.
- Segrera Ayala , Y., & Torres Marenco, V. (2005). Alcances del Derecho de Asociación en Colombia a partir de los Fallos de la Corte Constitucional Colombiana con base en la influencia de los Organismos Internacionales sobre la materia . *Revista de Derecho No. 23 - Universidad del Norte*, 171 - 212.
- Swepston, L. (1998). Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT. *Revista Internacional del Trabajo*, 189 - 215.
- Tribuzio, J. (2012). La Huelga en los Servicios Esenciales. En J. C. Simón, & L. (. Ambesi, *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo Tomo II* (págs. 1 - 160). Buenos Aires: La Ley .
- Vivero Serrano, J. B. (2002). La huelga como derecho fundamental. *Anales de la Facultad de Derecho*, 263 - 285.
- Wass, B. (25 de Septiembre de 2012). *Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Recuperado el 27 de Septiembre de 2015, de <http://isls.org/wp-content/uploads/2013/01/LaHuelga-Wass.pdf>
- Zarate Castillo, A. (2007). ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 607 pp. *Cuestiones Constitucionales*, 365 - 375.