

Bogotá D.C., 26 ABR 2019

Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E.S.D.

REF: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 5, 56, 68, 70, 74 y 80 (parciales) de la Ley 336 de 1996 del Estatuto General de Transporte,

Accionante: Edwin Palma Egea

Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Expediente No. D-12516

Concepto No: 6564

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 242, numeral 2, y 278, numeral 5, de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda instaurada por el ciudadano Edwin Palma Egea, quien en ejercicio de la acción pública prevista en los artículos 40, numeral 6, y 242 numeral 1, superiores, solicitan que se declare la inexecutable parcial de los artículos 5, 56, 68, 70, 74 y 80 de la Ley 336 de 1996, cuyos textos se transcriben a continuación y se subraya lo demandado:

LEY 336 DE 1996

(diciembre 20)

Diario Oficial No. 42.948, de 28 de diciembre de 1996

ESTATUTO GENERAL DE TRANSPORTE

(...)

CAPÍTULO II.

PRINCIPIOS Y NATURALEZA

(...)

ARTÍCULO 5o. El carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios, conforme a los derechos y obligaciones que señale el Reglamento para cada Modo. El servicio privado de transporte es aquel que tiende a satisfacer necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas. En tal caso sus equipos propios deberán cumplir con la normatividad establecida por el Ministerio de Transporte. Cuando no se utilicen equipos propios, la contratación del servicio de transporte deberá realizarse con empresas de transporte público legalmente habilitadas en los términos del presente Estatuto.

(...)

TÍTULO II.

DISPOSICIONES ESPECIALES

CAPÍTULO I.

TRANSPORTE TERRESTRE AUTOMOTOR

ARTÍCULO 56. El Modo de Transporte Terrestre Automotor, además de ser un servicio público esencial, se regirá, por normas de esta Ley y por las especiales sobre la materia.

(...)



7959 =
Concepto 26 ABR 2019

**CAPÍTULO II.
TRANSPORTE AÉREO**

ARTÍCULO 68. El Modo de Transporte Aéreo, además de ser un servicio público esencial, continuará rigiéndose exclusivamente por las normas del Código de Comercio (Libro Quinto, Capítulo Preliminar y Segunda Parte, por el Manual de Reglamentos Aeronáuticos que dicte la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, y por los Tratados, Convenios, Acuerdos Prácticas Internacionales debidamente adoptados o aplicadas por Colombia.

(...)

**CAPÍTULO III.
TRANSPORTE MARÍTIMO**

ARTÍCULO 70. El modo de transporte marítimo, además de ser un servicio público esencial, continuará rigiéndose por las normas que regulan su operación, y en lo no contemplado en ellas se aplicarán las de la presente Ley.

(...)

**CAPÍTULO IV.
TRANSPORTE FLUVIAL**

ARTÍCULO 74. El Modo de transporte fluvial, además de ser un modo de Servicio Público esencial, se regula por las normas estipuladas en esta ley y las normas especiales sobre la materia.

(...)

**CAPÍTULO V.
TRANSPORTE FERROVIARIO**

ARTÍCULO 80. El Modo de Transporte Ferroviario, además de ser un servicio público esencial, se regula por las normas estipuladas en esta Ley y las normas especiales sobre la materia.

1. Planteamientos de la demanda

El accionante solicita que se declare la inexecutable de la expresión “esencial” contenida en los artículos 5, 56, 68, 70, 74 y 80 de la Ley 336 de 1996 (Estatuto de Transporte) porque vulnera el derecho a la huelga (art. 56 C.P.) y el bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P.). Para sustentar el concepto de violación expone los siguientes argumentos:

El demandante sostiene que “(...) el transporte no es un servicio público esencial por el simple hecho que su suspensión no genera un inmediato riesgo para la vida, la seguridad, o la salud de la población”, de conformidad con “(...) pronunciamientos internacionales, decisiones judiciales de nuestro país, pero también en aspectos sociológicos y económicos concretos”.

Aduce que la ausencia de monopolio en el transporte aéreo, fluvial y terrestre implica que esta clase de servicios pueda prestarse por los trabajadores de otra empresa mientras se adelanta la huelga, razón por la cual no se pone en riesgo la vida, la seguridad o la salud de la población de conformidad con un criterio material del servicio. Por esta razón, señala que la calidad de servicio público del transporte se debe confrontar con la realidad sociológica y bajo el concepto de servicios



6564

Concepto

mínimos, tal y como lo sostuvo una magistrada de la Sala Laboral en un salvamento de voto en el caso de los pilotos de la aerolínea Avianca.

A su juicio, existe unanimidad en la OIT respecto al tema de permisión de huelga en materia de transporte y aduce que la libertad de los Estados y su realidad para determinar los servicios públicos esenciales, "(...) *no es más que una forma de justificar el distanciamiento de la pacífica doctrina internacional, sin tener en cuenta que dicha reflexión de la OIT aplica para todos los casos, que por su naturaleza, revisten connotaciones especiales, más no para aquellos en los que existe unanimidad y alto consenso, tales como el transporte aéreo*".

Para este efecto cita como ejemplo que la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el transporte férreo de materiales no tiene la calidad de servicio público esencial y que la exposición de motivos de la Ley 1210 de 2009 acogió el texto del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en lo que tiene que ver con el derecho a la huelga.

2. Problema Jurídico

De acuerdo con los planteamientos de la demanda, para el Ministerio Público corresponde a la Corte Constitucional resolver el siguiente problema jurídico:

-¿Vulneró el Legislador el derecho a la huelga (art. 59 C.P.) y el bloque de constitucionalidad (art. 53 y 93 C.P.), al calificar como servicio público esencial el transporte, aéreo, marítimo, fluvial, y ferroviario, de conformidad con la Ley 336 de 1998 (Estatuto General del Transporte)?

3. Análisis constitucional

3.1 Inexistencia de cosa juzgada en el presente caso

Como primera medida, el Ministerio Público considera necesario analizar la existencia de cosa juzgada constitucional (art. 243 C.P.). En efecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-450 de 1995 declaró exequibles, entre otras disposiciones, el literal b) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo que establece la prohibición de huelga en las empresas que prestan servicios públicos de transporte "*por tierra, agua y aire*". El demandante sostenía que "(...) *la suspensión del servicio del transporte por tierra, agua o aire, no pone en peligro la vida, la salubridad o la seguridad de las personas, aunque si reconoce que "afecta a sectores de la economía nacional" como igualmente los afecta toda huelga*", razón por la cual consideraba violado el artículo 56 de la Constitución.

La Corte Constitucional elaboró un concepto amplio de servicio público esencial a partir de un criterio material, esto es, que se trate de "*actividades que (...) contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción*



Concepto

6564

de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”¹. A partir de este criterio declaró la exequibilidad del literal b) porque “(...) las actividades de las empresas de transporte por tierra, mar y aire, indudablemente son servicios públicos esenciales, porque están destinadas a asegurar la libertad de circulación (art. 24 C.P.), o pueden constituir medios necesarios para el ejercicio o la protección de otros derechos fundamentales (vida, salud, educación, trabajo, etc)”.

Pues bien, en este caso aunque las disposiciones pertenecen a estatutos normativos diferentes, tienen similitudes desde el punto de vista de su contenido, pues prohíben la huelga en todas las actividades relacionadas con el transporte. Sin embargo, las disposiciones también tienen diferencias relevantes, pues en el presente caso el legislador calificó como esenciales los servicios relacionados con el transporte en general, mientras que en el Código Sustantivo del Trabajo la prohibición operaba en los servicios públicos sin una calificación adicional, razón por la cual el objeto de control es diferente.

La Procuraduría observa que la Corte ha modificado el concepto de servicio público esencial para efectos de prohibir el derecho a la huelga. En efecto, a partir de 2008, la Corte Constitucional sostuvo un concepto más restrictivo de servicio público esencial derivado de la interpretación de los Convenios 87 y 98 por parte de la OIT, pues consideró que el concepto amplio de servicio público esencial “(...) resulta demasiado amplio, pues innumerables actividades de la vida social y económica están relacionadas con los derechos y libertades fundamentales”², razón por la cual “[u]na aplicación estricta de este criterio podría desnaturalizar la garantía del derecho de huelga contenida en el artículo 56 de la Constitución, pues extendería de manera inadmisibles el ámbito de restricción del derecho de huelga”³.

A partir de esta consideración general, la Sala Plena señaló que el concepto de servicio público esencial se refiere a los servicios “(...) cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo parte de la población”⁴. La Corte consideró que esta noción de servicio público esencial es compatible con el carácter excepcional de la prohibición de huelga prevista en el artículo 56 de la Constitución.

Así las cosas, la Corte Constitucional no ha juzgado el contenido normativo acusado a la luz del concepto de servicio público esencial acogido por la jurisprudencia constitucional, razón por la cual no se trata de la misma disposición –objeto de control– y tampoco del mismo parámetro de control, lo que impide que se configure el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (art. 243 C.P.).

1 Consideración jurídica 4.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-691 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*.



Concepto 6564

3.2. Exequibilidad de la expresión acusada

Para el accionante, la calificación del transporte en general y del transporte aéreo en particular como servicio público esencial, desconoce el artículo 56 de la Constitución y el bloque de constitucionalidad. Desconoce el artículo 56 porque no se trata de un servicio público esencial, y desconoce el bloque de constitucionalidad porque el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha sostenido que el transporte en general no es un servicio público esencial.

El Ministerio Público considera que la expresión “esencial” contenida en los artículos 5, 56, 68, 70, 74 y 80 de la Ley 336 de 1996 para calificar el transporte aéreo, marítimo, fluvial, y ferroviario no desconoce el artículo 56 y el bloque de constitucionalidad, como pasa a explicarse.

El artículo 56 establece el derecho a la huelga como una 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”⁵. Ahora bien, la Constitución admite la posibilidad de prohibición del derecho a la huelga en el caso de los servicios públicos esenciales, y establece que corresponde exclusivamente al legislador establecer los servicios que tienen esta naturaleza. Aunque el legislador tiene competencia para determinar los servicios públicos esenciales, sus facultades en esta materia “(...) no pueden ser desarrolladas de manera arbitraria; de lo contrario, el derecho de huelga dejaría de ser un verdadero derecho”⁶.

De otra parte, conviene precisar el valor jurídico de las recomendaciones de la OIT como integrantes del bloque de constitucionalidad, pues en este caso el accionante sugiere que hacen parte del bloque tal y como ocurre con los convenios 87 y 98 de la OIT. Sobre este aspecto, la jurisprudencia ha sostenido que las recomendaciones, en general, no integran el bloque de constitucionalidad, pues “(...) no son convenios ni tratados ratificados por el Congreso, y por tanto, no surtieron el procedimiento constitucional establecido, requisito inequívoco consagrado en la Constitución para que un instrumento internacional haga parte del bloque de constitucionalidad”⁷.

Sobre este punto, la Corte concluyó que: “(i) las recomendaciones, por regla general, 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; y (ii) sólo las emitidas por el Comité de Libertad Sindical, una vez aprobadas por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo son vinculantes, pero las autoridades

5 Corte Constitucional, Sentencia C-858 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

6 Corte Constitucional, Sentencia C-796 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

7 Corte Constitucional, Sentencia SU-555 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



8564

Concepto
nacionales conservan un margen de apreciación para determinar su compatibilidad con el ordenamiento constitucional, y para la adopción de las medidas concretas para hacerlas efectivas”⁸.

Este último aspecto es relevante, pues el propio Comité ha determinado que “(...) es necesario tener en cuenta las circunstancias especiales que puedan darse en los diferentes Estados Miembros, ya que si bien la interrupción de ciertos servicios podría, en el peor de los casos, ocasionar problemas económicos en algunos países, en otros podría tener efectos desastrosos y crear en poco tiempo situaciones en que se verían comprometidas la salud, la seguridad o la vida de la población”. Este punto es sumamente relevante, pues además de que las recomendaciones no integran el bloque de constitucionalidad, porque no cumplen con las condiciones del artículo 93 de la Constitución, el Estado cuenta con un margen de apreciación para definir la naturaleza de ciertos servicios como esenciales.

Así las cosas, la apreciación del demandante según la cual las recomendaciones de la OIT deben operar como parámetro de control de constitucionalidad en este caso es equivocada, porque estas no integran el bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P.), y aunque pueden tener carácter obligatorio en caso de que sean aprobadas por el Comité de Administración de la OIT, los Estados conservan un margen de apreciación para determinar el concepto de servicio público esencial para limitar el derecho a la huelga.

En todo caso, y con independencia del carácter vinculante o no de las recomendaciones de la OIT, la Corte Constitucional acogió un concepto de servicio público esencial muy similar al de Comité de Libertad Sindical, como se indicó. Por esta razón el Ministerio Público evaluará el carácter esencial del transporte, con particular énfasis en el transporte aéreo, pues en la demanda se hace un especial énfasis en este servicio, y la Magistrada sustanciadora decretó pruebas relacionadas con el carácter esencial de este y pidió algunas pruebas relacionadas con la cobertura de las aerolíneas en el territorio nacional⁹.

En el presente caso el control de constitucionalidad debe, en primer lugar, constatar un **requisito de carácter formal**, pues el artículo 56 exige que el legislador defina como esencial un determinado servicio público. En el presente caso, se cumple este requisito porque el Congreso de la República expidió la Ley 336 de 1996.

En segundo lugar, el control de constitucionalidad debe analizar si las actividades objeto de regulación se pueden catalogar, desde el punto de vista material, como esenciales. En efecto, el transporte en general tiene como propósito satisfacer “necesidades de movilización de personas o cosas, dentro del ámbito de las

⁸ *Ibidem*.

⁹ Según da cuenta el Auto proferido el 29 de agosto de 2018. F. 347 del cuaderno de pruebas.



Concepto 6564

actividades exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas”, de conformidad con el artículo 5 del Estatuto del Transporte. A partir de este concepto general, la jurisprudencia ha sostenido que “(...) el transporte público comporta un carácter esencial al permitir materializar y ejercer libertades fundamentales como la de locomoción, al tiempo que facilita la satisfacción de intereses de distintos órdenes, incluido el ejercicio de actividades de diversa clase que permiten desarrollar la vida en sociedad, el bienestar común y la economía en particular”¹⁰. En el mismo sentido, la calificación del transporte en general tiene una relación estrecha con la integridad física, pues no hay duda que el uso de vehículos automotores comporta una actividad peligrosa sujeta a reglas especiales en función de la posible afectación de esta garantía.

En consecuencia, “(...) existe, un vínculo inescindible entre la vigencia de múltiples derechos fundamentales y el acceso al transporte”, puesto que el “(...) derecho a ejercer una actividad laboral, a obtener el servicio educativo o de salud, o el simple ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, expresado en la decisión autónoma de dirigirse hacia donde se plazca, dependen de contar con la infraestructura y servicios adecuados para lograr esa movilidad”¹¹.

Ahora bien, podría sostenerse que esta calificación del servicio público de transporte en general está sustentada en un concepto amplio, y que si se evalúa con el concepto restrictivo que la jurisprudencia parece haber acogido no se puede calificar como especial. Esta es justamente la postura del accionante, pues en la demanda afirma que la inexistencia de monopolio en el servicio público aéreo permite que el servicio se preste por otras aerolíneas, razón por la cual su interrupción no genera riesgos para la vida, la seguridad o la salud de las personas.

El Ministerio Público no comparte este criterio. Y no lo comparte porque la interrupción del servicio de transporte en general implica riesgos para la salud y la vida. En efecto, el transporte en general tiene como uno de sus propósitos no solo brindar seguridad a los pasajeros, sino que además en el contexto colombiano constituye un medio de provisión de bienes esenciales como alimentos, medicinas y materiales de construcción, entre otros. En consecuencia, la interrupción del servicio de transporte de bienes como medicamentos y alimentos, bien por vía terrestre o fluvial, tiene como consecuencia la afectación de la salud.

En lo que tiene que ver con el servicio público aéreo, que tiene menciones específicas en la demanda y sobre el que la Corte decretó unas pruebas, la conclusión no es diferente. En efecto, del informe solicitado por la Corte a la Aeronáutica Civil da cuenta de la dimensión del transporte aéreo en Colombia, pues demuestra que este tipo de servicio es relevante de cara a la provisión de bienes como medicamentos y alimentos en regiones que carecen de acceso terrestre,

¹⁰ C-033. Op. Cit.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-797 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



= 6564

Concepto

como San Andrés y la ciudad de Leticia. Adicionalmente, el concepto resalta que el traslado de personas es importante para efectos de asegurar el derecho a la salud y, en últimas, el derecho a la vida.

El demandante sostiene que la ausencia de monopolio en el transporte aéreo permite que este servicio público no sea calificado como esencial, pues "(...) *por ejemplo en Colombia, solo en transporte aéreo hay 44 empresas de las cuales 7 son nacionales y 37 extranjeras. ¿Cuál afectación a la salud, la seguridad o la vida puede haber si los trabajadores de una de esas entran en huelga? Pues ninguna*".

Sobre este aspecto, el Ministerio Público considera que la permisión de huelga en actividades en las que no existe monopolio para permitir el derecho a la huelga es equivocada. Primero porque el monopolio, esto es, la circunstancia en la que "(...) *una empresa o un individuo es el único oferente de un determinado producto o servicio*"¹² está proscrita constitucionalmente, "(...) *por cuanto restringe la libertad económica y distorsiona la libre competencia (Art. 334, inc. 4o.), de manera que sólo se admite cuando es de creación legal, con el carácter de arbitrio rentístico y para una finalidad de interés público o social (art. 336)*"¹³.

Esta prohibición de monopolio implica la concurrencia de actores públicos y privados en la prestación de servicios, razón por la cual en cualquier actividad se podría aplicar el argumento del accionante con el propósito de permitir la huelga como consecuencia de la prohibición constitucional de monopolio, pues siempre existirían actores en el mercado que pueden prestar el servicio en cualquier evento. Por ejemplo, se permitiría la huelga en los servicios de salud con el argumento de que existen otras entidades que lo pueden prestar mientras los trabajadores cesan sus actividades. Así las cosas, el argumento del accionante no es de recibo para efectos de justificar la inoperancia de la prohibición de huelga en servicios públicos esenciales.

Finalmente, y en cuanto a las pruebas decretadas por la Corte Constitucional, en lo relacionadas con el número de aerolíneas que cubren las capitales de Departamento, el Ministerio Público considera que no son concluyentes para acreditar los efectos de la interrupción del servicio de transporte aéreo. En efecto, la Aeronáutica Civil informó que en 25 ciudades capitales hay dos o más aerolíneas que prestan el servicio; que en 12 ciudades capitales hay una o dos aerolíneas para prestar el servicio; y que en 4 el servicio solo es prestado por Satena -empresa industrial y comercial del Estado-.

Estas pruebas acreditan que el servicio de transporte aéreo puede ser prestado, en 37 ciudades capitales, por dos o más aerolíneas, razón por la cual podría sostenerse que en principio el servicio no se afecta porque existen otras empresas que lo

¹² Corte Constitucional, C-978 de 2010, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³ *Ibidem*.



Concepto

6564

pueden prestar. En el mismo sentido, podría sostenerse que solo en las 4 ciudades capitales que tienen servicio de una sola aerolínea habría una afectación grave en términos de transporte de pasajeros y de bienes importantes para preservar la salud.

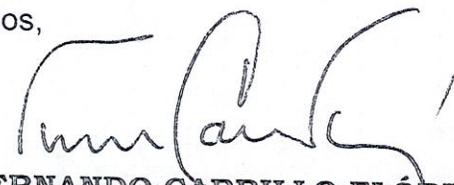
Sin embargo, el Ministerio Público llama la atención sobre la insuficiencia del informe, pues: (i) no da cuenta del porcentaje del mercado que cubre cada una de las aerolíneas, razón por la cual no hay certeza sobre el impacto que puede causar el cese de actividades de la que tenga el porcentaje mayor; (ii) no acredita la capacidad de las aerolíneas que podrían prestar el servicio para asumir el cese de actividades de la que tenga el porcentaje mayor del mercado; (iii) no determina con precisión el tipo de transporte, esto es, si se trata de transporte de personas o de bienes; (iv) el informe incluye, como en el caso de Bogotá, Medellín (Rionegro), Cartagena, Cali, entre otras, aerolíneas que no cubren rutas locales, o aerolíneas que pertenecen a otras.

Así las cosas, el Ministerio Público considera que el informe presentado por la Aeronáutica Civil no es un elemento suficiente para juzgar la expresión acusada en este caso, así como tampoco un elemento que permita variar la postura que ha sostenido el Procurador General de la Nación en este concepto.

4. Solicitud

Por las razones expuestas, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional, declarar **EXEQUIBLE** la expresión "esencial" contenida en los artículos 5, 56, 68, 70, 74 y 80 de la Ley 336 de 1996, por los cargos analizados.

De los señores Magistrados,


FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación

DYM