

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS – Especialización en Derecho Administrativo

¿TRANSPORTE AÉREO, UN SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL? ¹

AIR TRANSPORTATION, A ESSENTIAL PUBLIC SERVICE

Laura Daniela Puentes Valencia²

Resumen

La obra aquí manifiesta, describe de forma general el fenómeno sociológico, económico, político, y jurídico sobre el impacto que ha tenido la aviación en Colombia, basándose en si la prestación del servicio de transporte aéreo se encuentra determinado como un servicio público esencial según el ordenamiento jurídico colombiano, para lo cual se tuvo en cuenta los conceptos históricos, los pronunciamientos jurisprudenciales y diferentes estudios económicos que existen sobre el desarrollo de la aviación, lo que ha influido esencialmente en la asequibilidad del servicio y por ende el desarrollo en materia comercial del País.

Es así como del estudio hecho se logró evidenciar que la evolución socioeconómica de la Nación ha determinado la esencialidad de la prestación del servicio, pues al suspenderse dicha prestación se genera una gran afectación a los derechos fundamentales de la población y así mismo genera un déficit económico grande en la economía del país; mismo análisis fue

¹ El presente trabajo de investigación es presentado como trabajo de grado de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

² Abogada egresada de la Universidad Libre de Colombia de la promoción 2008, trabajadora independiente, con expectativas amplias en el campo laboral en Derecho Administrativo.

practicado por la Corte Suprema de Justicia, último órgano judicial que ha debatido el tema y ha tomado una posición sobre el asunto, lo que generó unas consecuencias fácticas y jurídicas al respecto. De la investigación sobre la concepción a nivel internacional, se tiene que no existe ningún convenio o acuerdo ratificado por Colombia que lo obligue a establecer servicio público esencial, ni siquiera existe una recomendación por parte de los Organismo de Control Internacional dirigida a nuestro País, por lo que no es vinculante las meras afirmaciones o conceptos que estos organismos tengan sobre el asunto.

Abstract

The work here present, describes in a general way the sociological, economic, political and legal phenomenon about the impact that aviation has had in Colombia, based on whether the provision of the air transport service is determines as a essential public service according to the Colombian legal system, For that into account the historical concepts, jurisprudential pronouncements and different economic studies that exist on the development of aviation, those things influenced the affordability of the service and therefore the development in the commercial matters of the Country.

This is how the study made, the socioeconomic evolution of the provision of the service is suspended, a great affectation is generated to the fundamental rights of the population and likewise generates an economic deficit great in the country`s economy; the same analysis was made by Corte Suprema de Justicia, the last judicial institute that has debated the issue and taken a position on the matter. From research on that conception at the international level, there is no agreement ratified by Colombia that obliges it to establish an essential public service, no is there a recommendation from the International Control Body addressed to our

Country, for what is not binding the mere affirmations or concepts that these organisms have on the subject.

Palabras clave

Servicio Público Esencial, Transporte, Derechos Fundamentales, Desarrollo, Aviación, Corte Suprema de Justicia.

Keywords

Essential Public Service, Transport, Fundamental Rights, Development, Aviation, Corte Suprema de Justicia.

Introducción

Es preciso constatar si se constituye actualmente, en pleno siglo XXI, el transporte aéreo de pasajeros como un servicio público esencial a la luz del ordenamiento jurídico Colombiano, teniendo en cuenta las diferentes problemáticas presentadas en los últimos años; de otra parte, si es concebido de esa misma forma a nivel internacional, para así sentar una posición jurídica sobre su concepto.

¿El servicio público de transporte aéreo se constituye como un servicio público esencial de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano?

Determinar si en Colombia el transporte aéreo se constituye como un servicio público esencial de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano y el desarrollo socioeconómico de la población.

La prestación del servicio de transporte aéreo se constituye como una herramienta esencial en las economías emergentes y desarrolladas; pues es así como hay un intercambio de bienes,

servicios y personas dentro de un proceso de globalización que permite el libre mercado de una manera eficiente.

La importancia que tiene la prestación de este servicio, ya sea por personas jurídicas del derecho privado o público, radica en (i) el impacto económico que puede llegar a tener la carencia de canales de intercambio y movilidad de bienes, servicios y personas, y (ii) la denominación y consecuencias jurídicas en el desarrollo del concepto de servicio público esencial en el ordenamiento jurídico colombiano.

Se realizará un estudio de la evolución económica del servicio de transporte aéreo, un estudio conceptual sobre los servicios públicos esenciales y el desarrollo que han tenido en el ordenamiento jurídico colombiano después de la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991 la cual constituyó la prestación del servicio público como un fin esencial del Estado, así mismo se analizará el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, y se estudiará de manera general la posición de las normas de derecho internacional sobre el asunto; esto con el fin de sentar una posición jurídica frente al concepto del servicio de transporte aéreo prestado como un servicio público esencial.

Desarrollo y discusión

1. Evolución de las tecnologías del Avión
2. Impacto Económico de la Aviación en el Contexto Nacional.
3. Concepto de Servicio Público Esencial.
4. Régimen Jurídico Aplicable en Colombia.
5. Servicio Público Esencial en un Estado Social de Derecho.

Estado del Arte

Resulta importante realizar un análisis de la evolución de las tecnologías del avión, pues ello tiene una consecuencia directamente proporcional a la fijación del precio del transporte del bien, servicio o persona que se pretende transportar y por lo tanto, en la asequibilidad del servicio de transporte aéreo para un número mayor de personas, es decir, el acceso a este servicio depende en gran medida de los costos que este tenga y este a su vez se ve condicionado a los procesos de producción que tienden a ser más eficientes cada día y que pueden generar una mayor demanda del servicio de transporte aéreo y en consecuencia el incremento en la oferta.

Evolución de las tecnologías del Avión

La evolución de las tecnologías en materia de aviación y su principal impacto radica en la base del funcionamiento del avión, principalmente su motor, que en sus inicios era de pistones y hélices, este tipo de motor no permitía superar las velocidades conseguidas hasta ese momento, así fue como en 1930 se realizaron investigaciones para conseguir una forma más eficiente de impulsar los aeroplanos.

Con en el propósito de construir un motor que utilizara gases calientes en expansión para ejercer fuerza, en 1921 con una turbina experimental se intentó dar el impulso a las aeronaves, teniendo como el primer avión un jet militar construido por los alemanes. Solo hasta 1960 se consideró que todos los aviones de envergadura mayor eran de reacción. Al no existir una diferencia mayor entre los aviones con motor de pistón y los de turbina, se implementó una nueva tecnología con un turbo ventilador es así como durante su evolución encontramos tres clases de motor, turbina turbojet, turbo ventilador, y turbo hélice, estas tecnologías han

permitido que la actividad reduzca sus costos y se haga de forma más eficiente. (Inventos Modernos, s.f.) (Martinez, 2015)

Impacto económico de la Aviación en el contexto nacional

En el último siglo, las sociedades del mundo en general han vivido fenómenos de desplazamientos masivos de personas, ello en razón al sistema económico adoptado por la mayoría de Estados que concentran su riqueza en procesos masivos de producción que necesariamente requieren de mano de obra; los dueños de los medios de producción han concentrado sus sedes en centros urbanos y consecuentemente representa para el campesino promedio, un ingreso económico mayor en razón a su trabajo y por lo tanto una mejor calidad de vida. Estos procesos de movilización tienen como consecuencia que la clase media se incremente y que, por lo tanto, los bienes que se producen en los procesos de industrialización puedan ser adquiridos por un mayor número de personas pues su capacidad adquisitiva es mayor.

De conformidad con lo anterior, la mano de obra en la prestación del servicio de transporte aéreo, en el transcurso del tiempo requiere que sea una mano de obra calificada, esto es, experta en la materia; Adam Smith en su obra La Riqueza de las Naciones, menciona que estos procesos de producción están condicionados al desarrollo tecnológico y/o intelectual; en el campo de la aviación proceso socio-económico que no le es ajeno, así es según Boeing: *“en las próximas dos décadas y de acuerdo al comportamiento económico y comercial a nivel mundial habrá una oferta laboral así: Asia-Pacífico con 226.000 pilotos y 238.000 técnicos, Europa con 95.000 pilotos y 101.000 técnicos, Norte América con 95.000 pilotos y 113.000 técnicos, América Latina con 47.000 pilotos y 47.000 técnicos, Oriente Próximo con 60.000 pilotos y 66.000 técnicos, África con 18.000 pilotos y 22.000 técnicos, y Rusia y la*

CEI con 17.000 pilotos y 22.000 técnicos, la carrera de aviación se valora como una de las más demandas para los próximos años” (Air, s.f.)

De otra parte, desde una perspectiva económica regional, un estudio de la Official Aviation Guide titulado como – Latinoamérica Informe de Transporte Aéreo, menciona que *“la capacidad desde y hacia, dentro de Latinoamérica, finaliza el 2017 con un 3% de aumento, lo que significa que las aerolíneas han agregado 11.9 millones más de asientos que en 2016, siguiendo a la capacidad total de la región con 415.9 millones. Gran parte de este crecimiento ha tomado lugar en Centroamérica, y México en particular, donde hay 6.8 millones más de asientos que el año pasado. El Caribe también ha visto un fuerte crecimiento comparado al año pasado. Las aerolíneas han añadido 5.2 millones de asientos. Gran parte de este aumento ocurrió anteriormente en 2017. (OAG, 2017)*

Colombia ha sido un actor importante en el transporte aéreo, según cifras del estudio antes citado:

“Las cifras internacionales muestran que en tráfico de pasajeros Colombia ocupó en el 2009 el puesto 38 dentro de 101 países, con un total de 14.534 pasajeros-kilómetro movilizados. Comparado con países de la región, Colombia se ubicó en cuarto lugar con un 8% del total de pasajeros-kilómetros movilizados, y con niveles cercanos a los registrados por Chile. Respecto al transporte aéreo de carga, Colombia ocupa un lugar aún más destacado. En el 2009 el transporte de carga fue de 1.043 toneladas -kilómetro ubicando a Colombia en el puesto 22 entre 101 países del mundo, y en el tercer puesto

comparando con los países de la región, por encima de Brasil y Chile, y con una participación de 21% en el transporte total de carga en la región. Colombia es seguida por México, al cual supera de manera importante por más de 12 puntos porcentuales” Este posicionamiento del transporte aéreo colombiano en el mundo se ve reflejado en su evolución en la economía del país. Durante las últimas dos décadas el Producto Interno Bruto (PIB) del sector transporte aéreo ha evolucionado de manera positiva y creciente, con un pico máximo en el año 2008 cuando registró \$1,39 billones de pesos constantes de 2000. Los crecimientos más altos se dieron en los años 1994 con una tasa de 8,1%, en 1997 con una tasa de 12,7% y en el año 2006 con una tasa de 15,7%. Su participación en el PIB nacional entre los años 1990 y 2009 se ha mantenido casi constante en un promedio anual de 0.5%, lo cual muestra que la demanda de transporte aéreo evoluciona con la economía.” (OAG, 2017)

En el mismo estudio se reveló que el componente más importante es el transporte de pasajeros; en términos porcentuales se mencionó que en el 2007 su actividad fue de 82% mientras que el transporte de carga fue del 18% restante; así mismo, es preciso destacar la oferta de la industria aérea la cual se compone en un 66% de producción, 32% importaciones de bienes y servicios, de lo que se puede colegir que el sector aéreo es más propenso a ser utilizado en el tráfico de bienes y servicios. (Ibídem)

Resulta imperante resaltar que, según la Official Aviation Guide, para la prestación del servicio de transporte aéreo se consume \$4,2 billones en insumos, se pagan \$931 mil millones al factor trabajo, \$1,5 billones de pesos al factor capital, y se pagan impuestos por \$77 mil

millones, de lo anterior podemos concluir que la industria aérea representa un sector de la economía de vital importancia para el desarrollo del país.

Desde el punto de vista del combustible, elemento esencial para la operación de la aviación, solo existe un proveedor que es Ecopetrol, lo que determina el monopolio sobre este insumo; sin embargo para evitar un sobre costo se expidió la Ley 681 de 2001 *"Por la cual se modifica el régimen de concesiones de combustibles en las zonas de frontera y se establecen otras disposiciones en materia tributaria para combustibles"*, que sigue una política aplicada en México y E.U, en la cual se determina el precio del combustible, según el resultado de la suma del ingreso al productor y los cargos por concepto de transporte a través del sistema de poliductos y el IVA. También se expidió el Decreto 2725 de 2004 en el cual se comparaba los precios de otros países latinoamericanos con los establecidos por nosotros, con el fin de hacer competitivos los precios a las aerolíneas nacionales frente a las extranjeras.

Por otro lado, la sentencia de la Honorable Corte Constitucional C-046 de 2006, confirmó que el legislador podrá modificar y regular el precio de los insumos para la operación de la aviación por alto impacto de dicho servicio en la economía Colombiana; así se dedujo analizando las estadísticas matemáticas de la actividad, pues una alza en el precio traería consigo graves consecuencias en la economía del país al ser de gran importancia el uso de bienes y servicios, las importaciones y exportaciones; sin embargo, el sobre costo recaería en las personas consumidoras y pasajeros, pues finalmente es en ellos a quienes se traslada la alza del precio, por lo que se caería en un retroceso y no en la constante evolución que se ha conseguido en el ejercicio de esta actividad. (Mauricio Olivera, Abril, 2011, págs. 74-78)

Tradicionalmente la prestación de este servicio ha sido tratado como un servicio no esencial; el ordenamiento jurídico concerniente al Derecho Público, no establece de manera taxativa

la prestación del servicio de transporte aéreo como un servicio público esencial, empero, dadas sus características e influencia en contextos económicos, políticos y sociales y realizando una interpretación de tipo sistemático del ordenamiento jurídico no puede entenderse y desarrollarse en su práctica sin tener en cuenta su relevancia en el contexto nacional.

Es menester destacar la historia e importancia social, económica, comercial y política, en la que influye la ejecución de la actividad del transporte aéreo y en consecuencia la prestación del servicio; así, solo hasta 1913 se dio el primer vuelo documentado en Colombia por el señor Smih, y hasta 1919 se fundaron apenas dos compañías aéreas de tipo comercial; la Compañía Colombiana de Navegación Aérea – CCNA en Medellín y la Sociedad Colombiana Colombo Alemana de Transportes Aéreos - SCADTA, en Barranquilla; mientras a nivel mundial se fortalecía la aviación, en Colombia se abría la puerta a un nuevo medio de transporte; en medio de la segunda guerra mundial se dio pasó a la aviación militar en Colombia lo que impulsó la aviación comercial hasta lograr la fundación de 27 compañías aéreas; en Colombia tenemos el lujo de contar con la compañía más antigua en América latina pues se instaló en 1919 la Compañía Colombo Alemana de Transporte Aéreo - SCADTA, quien se fusionó en 1940 con la Compañía Servicio Aéreo Colombiano- SACO que más adelante se convirtió en Aerovías Nacionales de Colombia – AVIANCA. (León Vargas, 2015)

El transporte aéreo fue un medio de impulso el desarrollo económico del país, pues lo que antes tardaba 8 o 15 días en llegar ahora tardaba tan solo horas, fue un importante medio para la carga de oro, dinero, y valores del Banco de la República inicialmente; permitió la cercanía con las regiones más alejadas del país, en 1930 se constituyó como importante medio de

transporte de correo aéreo lo que permitió una comunicación más fácil a nivel internacional, así mismo el transporte de carga, mientras los ciudadanos le perdían el miedo a darle un uso como otro medio de transporte, se iniciaron con vuelos deportivos como un incentivo, esto solo hasta 1940 – 1950; hasta el momento concebido como un servicio privado. (León Vargas, 2015)

En 1962 por medio del Decreto 940 se creó la aerolínea de Servicio aéreo a los Territorios Nacionales SATENA, compañía que por medio de la Ley 80 del 12 de diciembre de 1968 se definió como un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, cuya función principal era prestar el servicio a las regiones subdesarrolladas, apoyar en el desarrollo agrícola, de colonización y fomentos económico y social de los territorios, con el Decreto Ley 2344 de 1971, pasó a ser una empresa comercial del Estado igualmente vinculada al Ministerio de Defensa hasta el año 2010, año en el que por medio de la Ley 1427 pasó a ser una sociedad de economía mixta por acciones del orden nacional, de carácter anónimo vinculada al Ministerio de Defensa; cuya modificación trae implícito el régimen aplicable en materia jurídica así: los actos jurídicos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de la empresa, estarán sujetos a normas de derecho privado; la aeronavegación en la operación nacional conservará la calidad de aviones militares y estará sujeta a dicha reglamentación; y en cuanto el área laboral los servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares sujetos a contratos individuales de trabajo. (SATENA, s.f.)

Así las cosas, nos encontramos frente a dos posiciones diferentes de compañías aeronáuticas, una en la que desde su creación se estableció como una compañía de tipo comercial, en la que desde sus inicios no contemplaba las características de prestación de un servicio público,

y otra compañía creada para el cumplimiento de una función del Estado en la que el objetivo era fomentar el desarrollo de las regiones más apartadas del País, constituida como una entidad de Derecho Público, que con el paso del tiempo podríamos darle el carácter de prestadora de un servicio público esencial, debido al impacto económico que esta tiene en el desarrollo del País.

Por servicios públicos esenciales entendemos como tales los necesarios para la supervivencia de los Ciudadanos y el normal desarrollo de las actividades económicas de una población, así las cosas, es preciso detenernos a analizar el tipo de actividades que actualmente ejecutan las diferentes compañías aeronáuticas del país; actualmente el transporte aéreo es utilizado como un medio de transporte más, en el que se transportan pasajeros, carga de todo tipo, medicinas, valores, etc... ; pero sobre dicha actividad no ha sido claro el régimen aplicable en caso de obtener una suspensión del servicio, lo que ha generado un gran debate en los últimos años, la evolución de Satena hoy S.A y su régimen legal aplicable, nos hace considerar que tal servicio se puede tomar como un servicio privado o como un bien de tipo comercial como cualquier otro, la compra de diferentes materias primas y tráfico de bienes y servicios; sin embargo, si se llegará a paralizar la prestación de dicho servicio afectaría en gran medida la economía del país, así como los derechos fundamentales de los usuarios que hacen uso de este servicio, pues el mismo ha sido un medio para el desarrollo de derechos como el trabajo, la salud, la libre locomoción, educación, entre otros, derechos que con una gran afectación no permiten el cumplimiento de los fines del Estado consagrados en el artículo 2° de la Constitución Política de Colombia.

Marco Teórico

Como se ha venido señalando la evolución de la aviación ha sido tal, al punto de ser masiva la prestación del servicio, así como ha constituido gran facilidad para los turistas en el sentido de viajar más a menudo, es una actividad que ha conllevado a la existencia de conflictos en la cotidianidad, por lo que podemos vislumbrar un nuevo panorama jurídico como lo es el Derecho de Turismo, que fue determinado de primera mano por el Italiano Belloti en 1919. Aspectos como la hotelería y los derechos aerocomerciales hacen parte de este nuevo panorama jurídico.

Además de la fenomenología turística que se presenta, la aeronavegación ya es catalogada como industria turística, un verdadero factor de desarrollo económico, el turismo incentiva el comercio internacional, el intercambio de divisas, la competitividad de las diferentes ciudades, así como la compensación económica entre estas y las zonas rurales, lo que contribuye a una valorización de la tierra y la creación de ofertas laborales, incluso el incremento del Producto Interno Bruto. (Folchi, 2015)

Otro aspecto a resaltar es la cooperación entre las empresas que prestan el transporte aéreo, dentro de esta cooperación se encuentra alianzas estratégicas, con el fin de obtener un mayor campo competitivo, el acuerdo entre horarios y rutas a operar; y así mismo la competencia entre aerolíneas en el mercado y el monopolio que estas ejercen sobre alguna rutas es influyente y determinante en el desarrollo económico de la aviación, como el caso entre Latam y Avianca con las rutas Bogotá – Medellín – Cali – Cartagena y Barranquilla.

Concepto de servicio público esencial

Realizando el estudio conceptual se entiende que los servicios públicos esenciales son los que tienen relación con los derechos fundamentales de las personas y con los hechos o

situaciones de su supervivencia, también se evidencia que desde sus inicios el concepto de servicio público fue extraído de la necesidad de intervención del Estado en la actividad económica del país, que con el desarrollo de la población se convirtió en una carga imposible de efectivizar por cuanto siempre ha sido su deber garantizar la eficiente prestación de dichos servicios; así es como pasa esta actividad a manos de particulares condicionada al control y vigilancia de la Administración, como en el caso del transporte aéreo de pasajeros el cual está regulado por la RAC (Reglamento de Aviación Colombiano), controlado y vigilado por la Aeronáutica Civil.

Así las cosas, se hace preciso relatar algunos conceptos y postulados académicos que han sido materia importante en el desarrollo de este artículo, y que serán de vital importancia al momento de concluir sobre el problema jurídico planteado.

Lo define Hauriou como *“actividad administrativa de prestación positiva, a través de un servicio técnico, regular y continuo, realizado para y frente al público por una organización pública nomine propio o por delegación”* (Fernandez, 1999, pág. 58), cuya finalidad finalmente es *“garantizar a todos la satisfacción regular y continua, esto es sin interrupciones y con un nivel de calidad determinado de ciertas necesidades que se consideran imprescriptibles para la vida”* (Fernandez, 1999, pág. 61)

En la doctrina clásica los servicios públicos surgen como una justificación e incremento de la actividad del Estado, en la que en su mayoría eran monopolios; en la doctrina económica convencional se presenta por la necesidad o voluntad de las personas de adquirir un bien pero que el mercado no puede proveerle. (Mejia)

En Colombia el servicio público por concepción constitucional trae implícito el cumplimiento de una de las finalidades del Estado, como lo determinó en su artículo 365, cuando señaló que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, y al garantizar dicha prestación tiene la potestad de regular, vigilar y controlar a los particulares que ejerzan dicha actividad quedando estos sujetos a las decisiones que al respecto tome el Estado.

Inicialmente se habló de servicio público esencial con el Decreto 1842 de 1991, que determinó como servicios públicos esenciales el acueducto, alcantarillado, energía, aseo público y telecomunicación locales y a larga distancia; con la ley 142 de 1994, se estableció el régimen de servicios públicos domiciliarios, y se trajo como esencial la distribución de gas domiciliario, la Ley fue creada con el fin de ser un instrumento eficaz para la intervención del estado en la prestación de servicios públicos con equidad, en la que se dio un valor social a los mismos y se determinó como servicios públicos esenciales, los que determinara la Ley.

Régimen jurídico aplicable en Colombia

Ahora bien, es preciso aterrizar el concepto de servicio público, al servicio de transporte aéreo de pasajeros, la Ley 336 de 1996 y el Decreto 171 de 2001 en su artículo 5° lo establece como “...*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...*”

La ley 366 de 1996, también determinó las normas que lo regulan en cuanto a la prestación del servicio como tal, en su artículo 68 que a su letra reza “*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.”

Después de verificar esta connotación normativa, es preciso revisar algunas manifestaciones que en materia jurisprudencial, de alto impacto en la prestación del servicio de transporte aéreo de pasajeros, se han proferido. La sentencia T – 987 de 2012 magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, fallo de revisión de la Honorable Corte Constitucional, se catalogó como servicio público esencial al transporte aéreo de pasajeros, la Honorable Corte consideró pertinente darle efectos inter comunis a la decisión a adoptar; por tratarse de una situación que pudiese afectar a la comunidad usuaria de dicha aerolínea; la orden dada consistió en proteger el derecho fundamental del accionante al habeas data y al acceso al servicio público esencial de transporte, teniendo en cuenta que había sido sancionado por encontrarse en una lista negra de usuarios con mal comportamiento.

En la citada sentencia la Honorable Corte Constitucional expuso: *“En el caso del transporte, en general, y su modalidad aérea, en particular, concurren diversas razones para concluir que se trata de un servicio público vinculado estrechamente con la satisfacción de los derechos fundamentales. Las sociedades contemporáneas, signadas por procesos de urbanización y especialización de los factores productivos, obligan a que los individuos deban permanente movilizarse largas distancias, en aras de ejercer sus derechos y competencias, acceder a distintas posiciones jurídicas, cumplir con sus obligaciones contractuales, dirigirse a la infraestructura para la prestación de otros servicios públicos, etc. La libertad de locomoción, así entendida, no se concentra exclusivamente en la garantía de transitar libremente por el territorio nacional, sino también con la existencia de*

mecanismos que permitan hacerlo en condiciones razonables y adecuadas. Esos instrumentos no son otros que los medios de transporte de pasajeros.

Existe, en ese orden de ideas, un vínculo inescindible entre la vigencia de múltiples derechos fundamentales y el acceso al transporte. En efecto, 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. Esta ha sido la posición de la Corte en su jurisprudencia, al señalar que “... 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.).” (C-450/95, 1995)

Aunado a lo anterior la sentencia SL20094-2017 número de radicación 79047 proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral; evaluó la concepción del transporte aéreo como servicio público esencial desde dos aspectos un formal en el que se analizó la normatividad existente sobre el asunto, y otras manifestaciones jurisprudenciales en las que se pudo ratificar que se ha concebido como servicio público esencial, y desde un aspecto material en el que desde un punto de vista factico y fenomenológico se analizó y ratificó nuevamente la esencialidad del servicio.

Esta providencia a su vez, citó la sentencia C-033 de 2014, en un aparte señala: “...las operaciones de las empresas de transporte público bajo la regulación del Estado, tienen el carácter de servicio público esencial, implicando (i) la prevalencia del interés general sobre el particular, (ii) garantizar su prestación y (iii) proteger a los usuarios.”

Así mismo hizo referencia a las sentencias C-568 de 2003, “*dicha corporación consideró que en el servicio de transporte público masivo de pasajeros se encuentran comprometidos «...derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal de los usuarios...»*; y en la T-604 de 1992, resaltó que el transporte posibilita el intercambio económico y social, además de que promueve la prosperidad general, mientras que su carencia «...compromete un estándar mínimo de la existencia...””

Finalmente, el fallo de la Corte Suprema de Justicia, trajo a colación un ejemplo básico de la esencialidad de la prestación del servicio de transporte aéreo, como lo es la prestación del mismo en ciudades alejadas como Leticia y la isla de San Andrés, en las que el transporte aéreo es un recurso principal para la obtención de víveres y medicamentos.

Así las cosas, respecto de los pronunciamientos que en materia Jurisprudencial se han tenido en Colombia, se ha podido demostrar que el transporte aéreo de pasajeros se ha tenido como un servicio público esencial, por cuanto se encuentra directamente relacionado con el goce de derechos fundamentales como el trabajo, libre locomoción, salud, educación, etc.; sin embargo, cabe aquí cuestionar sobre si estos pronunciamientos jurisprudenciales de gran impacto para el servicio prestado, fueron proferidos teniendo en cuenta el tan conocido y estudiado bloque de constitucionalidad a la luz del Derecho Internacional y las consideraciones que al respecto tienen los Organismos de derecho Internacional como la OIT.

Organismo Internacional de gran importancia del cual Colombia hace parte conforme a los tratados y convenios celebrados, es la OIT, en el cual sus Órganos de Control tienen diferentes concepciones sobre los servicios públicos, así, el Comité de Libertad Sindical usa el término “*Servicios de Importancia Trascendental*” al referirse a servicios no esenciales en los que no se puede prohibir la huelga y la Comisión de Expertos utiliza el término

“Servicios de Utilidad Pública” al referirse a la necesidad de prestar un servicio mínimo en donde se satisfagan las necesidades básicas de los usuarios y/o el funcionamiento continuo del servicio en el cual no es justificado realizar una prohibición que afecte a si mismo los derecho laborales de sus prestadores como la prohibición a la huelga, y toman el término servicio público esencial en el sentido estricto de la literalidad, sobre los cuales se encuentra justificada ciertas restricciones y prohibiciones por su carácter sustancial; sin embargo, señalan estos Órganos de Control que deben existir unas garantías compensatorias a favor de los prestadores de dichos servicios cuando existen estas restricciones. (Ofina Internacional del trabajo, 2000)

Dicho Organismo Internacional ha referido el control del tráfico aéreo como un servicio público esencial, mas no la prestación del transporte aéreo en sí mismo, pues excluye de esencial a la actividad del transporte en general y los pilotos aéreos (Oficina Internacional del trabajo., 2006, pág. 126)

En el texto La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de administración de la OIT, en su párrafo 582 extraído del análisis de 5 casos determina: *“Lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país. Por otra parte, este concepto no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población”*

Así las cosas, es evidente que no hay un concepto claro sobre la esencialidad del servicio ni tampoco existe recomendación alguna para Colombia frente a este tema; en sentencia SU-

555 de 2014 la Honorable Corte Constitucional estableció que el Estado Colombiano tiene un margen de discrecionalidad para analizar la compatibilidad de las orientaciones de los Organismos de derecho Internacional, con nuestro ordenamiento jurídico.

Servicio público esencial en un estado social de derecho

Son fines del estado el bienestar general y la calidad de vida de la población de allí su connotación constitucional de un servicio público esencial, basado en los principios de solidaridad e igualdad, principios de un Estado Social de Derecho. Así mismo, la libre competencia económica es un derecho de todos, que trae implícitas unas obligaciones y responsabilidades frente al bien o servicio que se ofrezca en el mercado, y de esta manera cumple una función social sin perjuicio de que el Estado pueda delimitarla, cuando así lo exija el bien social o interés común del pueblo. (Velilla, 2005)

Así las cosas, el estado intervendrá en el sector para conseguir la equidad, situación que el mercado no puede proveer pues *“La eficiencia se alcanza en la medida que se permita que hayan muchos proveedores de servicios públicos que puedan competir con libertad y lealmente, por el favor de usuarios libres y bien informados”* (Mejia, pág. 155)

Es así como el Estado Social de Derecho permite el estudio socio- jurídico de las situaciones de la cotidianidad, y la intervención del mismo, en algunos casos de manera posterior a la presentación de la afectación a la comunidad, lo que genera constantes modificaciones en la regulación de las sociedades y en los cambio de las posiciones jurisprudenciales ya sentadas; como en el presente objeto de estudio; es el análisis de la evolución en la prestación del servicio de transporte aéreo lo que me ha llevado a escribir el presente texto.

Conclusiones

Desde el inicio, creación y aplicación de los servicios públicos, que estuvo a cargo exclusivamente del Estado por muchos años, encontramos que el transporte aéreo de pasajeros fue tenido como un servicio privado o comercial, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las empresas que prestaban dicho servicio, pues el acceso al mismo era limitado en razón al costo que representaba para un ciudadano con ingresos promedio acceder a él. La industrialización del sector aeronáutico y el desarrollo de los mercados permitió la democratización del servicio, es decir, el acceso real al servicio de transporte aéreo, pues perdió la característica excluyente en razón a su valor., además del desarrollo que a nivel comercial tuvo no solo prestar transporte a pasajeros, si no también transporte de carga y a su vez el cumplimiento de otras funciones y servicios sociales.

Las dinámicas económicas, sociales y laborales han llevado a que cada día fuera más frecuente el uso de medios de transporte que se ajustarán a los procesos sociales, industriales y económicos que garantizarán (i) la libre competencia efectiva, (ii) eficiencia en las diferentes formas de comercio, (iii) desarrollo de las relaciones sociales.

Ahora bien, según el desarrollo obtenido, se fue presentando así mismo, otros conflictos sociales sobre los cuales debió pronunciarse la Corte Constitucional de primera mano, en la que debió hacerse un estudio concienzudo del tema y sobre la cual se empezó a definir como un servicio público esencial.

Es así como finalmente concluimos:

1. El desarrollo económico, social y comercial ha dejado presente la esencialidad del servicio prestado, pues al suspender su prestación, el impacto sobre la población y la Nación misma es de cifras innumerables.
2. El transporte aéreo de pasajeros, es esencial para el ejercicio de derechos fundamentales como la educación, la salud, la locomoción o libre movilidad, el derecho al trabajo, y la provisión de bienes y servicios de igual manera esenciales para la supervivencia de la población, y el desarrollo económico de cada región y en consecuencia el desarrollo económico del País; derechos que se verían vulnerados y sobre los cuales acarrearían perjuicios irremediables si se suspende la prestación del servicio; elementos estos constitutivos del carácter esencial del servicio.
3. El ordenamiento jurídico Colombiano, a pesar de no desarrollar de manera extensa y clara la prestación de dicho servicio, siempre se manifestó señalándolo como público esencial.
4. Solo hacen parte del bloque de constitucionalidad los convenios y tratados ratificados por Colombia, y solo serán de apoyo o servirán como directriz las recomendaciones hechas al País propiamente.
5. Las recomendaciones hechas por estos Órganos de Control Internacional tampoco son obligatorias ni son de carácter vinculante, constituyen meras directrices e insumos en caso de presentarse controversias en algún tema específico.
6. La OIT, no establece de forma clara la esencialidad o no del servicio de transporte aéreo, por el contrario manifiesta que dicho concepto puede modificarse de acuerdo a las condiciones del servicio en cada País.

Trabajos citados

Bibliografía

- (s.f.). Obtenido de 100 AÑOS DE VUELO - REVISIÓN DE ANTECEDENTES:
https://www.researchgate.net/profile/Israel_Martinez4/publication/274377718_100_ano_s_de_vuelo_-_Revision_de_Antecedentes_del_avion_Heinkel_He-178_100_years_of_flight_-_Background_review_for_airplane_Heinkel_He-178/links/551cffad0cf20d5fbde56395.pdf
- (s.f.). Obtenido de SATENA: <https://www.satena.com/corporativo/marco-legal/47>
- Air. (s.f.). *Air*. Obtenido de <https://www.oneair.es/crecimiento/>
- C-450/95, D-849 (CORTE CONSTITUCIONAL 4 de Octubre de 1995).
- Fernandez, T. R. (1999). Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. *Revista de Administración Pública*, 58.
- Folchi, M. O. (2015). *Tratado de derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil 2*. Buenos Aires- Bogotá: Astrea SRL.
- Inventos Modernos*. (s.f.). Obtenido de <http://www.inventosmodernos.cl/turbina.htm>
- León Vargas, K. (2015). *Red Cultural del Banco de la República*. Obtenido de Historia de la Aviación en Colombia 1911-1950: <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-264/historia-de-la-aviacion-en-colombia-1911-1950>
- Martinez, I. (02 de abril de 2015). Obtenido de Research Gate:
https://www.researchgate.net/profile/Israel_Martinez4/publication/274377718_100_ano_s_de_vuelo_-_Revision_de_Antecedentes_del_avion_Heinkel_He-178_100_years_of_flight_-_Background_review_for_airplane_Heinkel_He-178/links/551cffad0cf20d5fbde56395.pdf
- Mauricio Olivera, P. C. (Abril, 2011). *El impacto del transporte aéreo en la economía Colombiana y las políticas públicas*. Bogotá, Colombia: CUADERNOS DE FEDESARROLLO 34.
- Mejía, H. P. (s.f.). *EL DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS*. Bogotá, Colombia: BANCOL S.A.
- OAG. (diciembre de 2017). *OAG*. Obtenido de [https://www.oag.com/hubfs/Air_Travel_Reports_\(Market_Digest\)/LATAM/December%202017/LATAM_Air_Travel_Report_Dec_2017_SP-1.pdf?t=1527151873610](https://www.oag.com/hubfs/Air_Travel_Reports_(Market_Digest)/LATAM/December%202017/LATAM_Air_Travel_Report_Dec_2017_SP-1.pdf?t=1527151873610)
- Oficina Internacional del trabajo. (2006). *Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, Suiza: Quinta edición.

Ofina Internacional del trabajo. (2000). Precisiones Terminológicas sobre las nociones de servicio esencial y de servicio mínimo. En A. O. Bernard Gernigon, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga* (págs. 22-26). Ginebra, Suiza: Revista Internacional del Trabajo, Primera Edición.

Velilla, M. A. (2005). *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda.