



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, mayo trece (13) del año dos mil veinte (2020)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 157593333-002-2018-00081-00
Demandante: PROSPERO DE JESÚS FAJARDO HERNÁNDEZ
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho resolver¹ de fondo la demanda de la referencia, mediante sentencia de primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor PROSPERO DE JESÚS FAJARDO HERNÁNDEZ por intermedio de apoderado, solicita se declare la nulidad de los actos expedidos por la Fiscalía General de la Nación del siguiente orden:

- Oficio DS-25-12-4-176 del 10 de agosto de 2017 expedido por el Subdirector Regional Central, que niega una petición.
- Resolución No. 229 del 31 de agosto de 2017 que concede el recurso de apelación solicitado contra el oficio antes referido
- Resolución No. 23029 del 9 de octubre de 2017 mediante el cual se resuelve el recurso de apelación contra éste.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, pide que se condene a la Fiscalía General de la Nación a reconocer, liquidar y pagar la totalidad del salario correspondiente al mes de noviembre de 2014, así como la reliquidación de primas, bonificaciones, vacaciones, prestaciones sociales y de aportes a seguridad social y pensiones con sus respectivos intereses desde el día de su causación hasta que se verifique el pago.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera (fls.4-7):

Relata que el señor Prospero de Jesús Fajardo Hernández se desempeña en la actualidad como funcionaria de la Fiscalía General de la Nación en el cargo de Técnico Investigador II Seccional Boyacá y que hace parte del sindicato de la accionada desde su creación el 23 de octubre de 2014.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Expresa que para el mes de noviembre del año 2014 se desarrolló un paro judicial en todo el territorio nacional, el cual fue declarado ilegal, mencionando que en cuanto le fue posible, el demandante desempeñó las labores inherentes a su cargo, pese a que la entidad no garantizó las condiciones mínimas para tal fin y en algunos casos, no se permitió el ingreso al lugar donde desarrollan habitualmente sus actividades.

Indica que la Fiscalía General de la Nación no canceló al demandante el salario del mes de noviembre de 2014, afectando además la liquidación de prestaciones sociales, sin verificar cuales funcionarios realizaron sus actividades, ni las causas de la inasistencia de quienes no se hicieron presentes, sino que hizo los descuentos de forma irregular y sin la autorización de los trabajadores.

Manifiesta que en el Acto Administrativo No. 010835 del 24 de noviembre de 2014 suscrito por la Directora Seccional de Fiscalía se relacionaron los funcionarios que no prestaron el servicio en 24 y 12 días, pero a quienes se les cancelaron esos días de servicio, como podrá constatarse en el pago de la nómina.

Expresa que el demandante presentó petición ante la entidad en la que solicitó el pago del sueldo de mes de noviembre de 2014, así como de las correspondientes prestaciones teniendo en cuenta dicho salario, la cual fue contestada negativamente mediante Oficio DS-25-12-4-17 del 10 de agosto de 2017 expedido por la Subdirectora Regional Central, decisión que fue objeto de recurso de apelación, resuelto mediante la Resolución No. 23029 del 9 de octubre de 2017, confirmándolo.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir de la demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violaron las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Constitución Política: Arts. 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 240.

De orden legal: Arts. 10 y 149 del CST.

De orden jurisprudencial: T – 457 de 14 de julio de 1992, C – 862 de 2008 y T – 432 de 1992.

Expresa que no se efectuó un trámite administrativo o judicial para tomar la decisión de descuento o retención del salario, sin que exista autorización alguna para el no pago de salarios, por lo que se está frente a una violación de derechos, legales, constitucionales y convencionales.

Alega la vulneración del derecho a la igualdad, la que concreta en que se ordenó y efectuó el pago de salario del mes de noviembre de 2014 a algunos funcionarios que participaron en el paro y no prestaron sus servicios

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Fiscalía General de la Nación** contestó la demanda (*fls.60-67*) oponiéndose a las pretensiones de la demanda, indicando que la accionada ha cumplido con lo establecido en las normas.

Expresa que la orden dada por el Fiscal General de la Nación en la Circular 000014 del 18 de noviembre de 2014 consistió en hacer un reporte al Nivel Central de la entidad de las personas que se encontraran en cese de actividades, para que se ordenaran las deducciones pertinentes con base consideraciones de la OIT, aplicación de precedentes jurisprudenciales y la circular externa del Contralor General de la República.

Cita y transcribe algunos apartes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y de cara a éstos, precisa que la Fiscalía General de la Nación actuó en cumplimiento de un deber legal, toda vez que en la relación laboral, el pago de salarios es una contraprestación del servicio y en consecuencia, ante el cese de dicha prestación, cesa también la obligación del pago.

Finalmente propone la excepción denominada “*Cumplimiento de un deber legal*”

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el 26 de abril de 2018 ante la Oficina de Apoyo Judicial siendo asignada por reparto a este Despacho (fl.45). Por auto del 11 de mayo de 2018 se admitió la demanda (fl.47), previo requerimiento para que se paguen expensas judiciales el 24 de septiembre de 2018 (fl.50) la demanda se notifica el 4 de diciembre de 2018 (fl.55)

El 26 de julio de 2019 se adelantó la audiencia inicial (fls.89-91) y el 18 de septiembre de 2019 se realizó la audiencia de pruebas (fls.95-96), en la que se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante presentó alegatos de conclusión (fls.113-116) reiterando los argumentos de la demanda, sin realizar cambios sustanciales en sus exposiciones, su esfuerzo argumentativo se centra a indicar que la entidad demandada no logró probar ciertas omisiones para que garantizar que la demandante, prestara el servicio en el mes de noviembre de 2014, pretendiendo invertir la carga de la prueba, lo cual no es correcto como se expone en el caso concreto

La **Fiscalía General de la Nación** presenta alegatos finales (fls. 117-120) iterando los argumentos presentados en la contestación de la demanda.

Además señala que el demandante no logró acreditar que hubiera prestado el servicio efectivamente o que se hubieran pactado y cumplido de manera fehaciente mecanismos para reponer el tiempo no laborado por lo que no puede pretender recibir una remuneración por un servicio que no se prestó.

Igualmente conforme a la jurisprudencia constitucional no se requiere de una formalidad sustancial o procedimiento especial para aplicar el descuento de salarios por el cese de actividades.

Por su parte la **Agente Delegada del Ministerio Público** emite concepto (fls. 105-112) que comienza por señalar que la huelga se erige como un mecanismo válido y legítimo destinado a equilibrar las cargas en las relaciones de trabajo y que aun cuando no puede adjudicársele la connotación de derecho fundamental, es susceptible de ser reglado por la ley, dándole tal carácter cuando se pretendan conculcar los derechos al trabajo y la libre asociación sindical, pudiendo a su vez ser utilizado como mecanismo de presión para que se resuelva de manera favorable un conflicto de intereses económicos, sin embargo no es un derecho absoluto y a ella debe ceder el carácter de servicio público esencial.

Explica que a la huelga se le ha otorgado un rango constitucional que tiene limitantes cuando comporten consecuencias adversas a los intereses generales y ello se predica de la actividad que desarrolla el servidor judicial que al encontrarse inmersa en las funciones de una de las ramas del poder público, tiene una expresa prohibición en aras

de no afectar su esencia, sin que ello limite en medida alguno, el derecho a la libre asociación sindical.

Indica que no es desproporcionada la potestad para descontar o retener salarios en un contexto de huelga, si no se encuentra acreditado que el servicio efectivamente se prestó o que se probó que no realizó sin justificación, relegando a la administración de efectuar el pago, argumento sustentado en apartes de providencias del Consejo de Estado del año 2015 (2014-00589) y de la Corte Constitucional (sin referencia)

En el caso concreto refiere que el demandante Prospero de Jesús Fajardo Hernández se encuentra acreditado que para la época de los hechos trabajaba en el Cuerpo Técnico de Investigaciones – CTI de la Fiscalía General de la Nación, quien participó en la huelga que tuvo lugar en el mes de noviembre de 2014 y que se le efectuó el descuento de su salario correspondiente a dicho mes, dada su inasistencia a su lugar de trabajo, con la justificación que la administración de justicia es un servicio público esencial al que la constitución y la ley le restringen el derecho a la huelga.

Cita el Decreto 1647 de 1967 y señala que las deducciones salariales se encuentran soportadas, pues no se encuentra demostrado que la demandante hubiere acudido a su lugar de trabajo en el periodo referido; que no existen planillas de control en las que conste que para el periodo reclamado, la accionante hubiera concurrido en el horario de trabajo a las instalaciones de la Fiscalía ubicadas en Sogamoso, aunado al hecho que los descuentos por nómina no se controvirtieron en su momento. Indica que la carga de probar los dichos corresponde a la actora y concluye que los actos acusados no están viciados de nulidad, por lo que solicita negar las súplicas de la demanda.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el señor Prospero de Jesús Fajardo Hernández tiene derecho a que le sean cancelados los días de salario que le fueron descontados por la Fiscalía General de la Nación en el mes de noviembre de 2014 como consecuencia de su participación en un cese de actividades sindical que fue declarado ilegal, con la consecuente reliquidación de prestaciones sociales.

9. MARCO NORMATIVO

i) Del derecho a la huelga

El artículo 38 de la Constitución política estipula: “*Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.*” A su vez el artículo 39 de la Constitución Política señala que los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado, por su parte, el artículo 55 ibídem garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales con las excepciones de ley y, el artículo 56 de la Constitución Política garantiza el derecho a la huelga, con excepción en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

La Corte Constitucional² sentó que la huelga no es un derecho absoluto y se encuentra condicionado a la reglamentación que establezca el legislador quien puede imponer restricciones o limitaciones por razones de orden público, para proteger los derechos ajenos y de la colectividad y asegurar la prestación de los servicios públicos, restricciones que deben ser necesarias, indispensables, razonables y proporcionadas a la finalidad que se pretende alcanzar a fin de no hacerlo nugatorio o impracticable.

El objeto o propósito del derecho de huelga se encuentra definido en la ley y se refiere a la solución de conflictos económicos o de interés que requiere de unos pasos o

² Corte Constitucional C-1369 de 2000

trámites que deben ser agotados previamente. Contrario a ello, el paro no está protegido ni por la ley ni por la constitución pues se trata de una medida de hecho que no cumple ni con la finalidad que se da en el caso de la huelga como tampoco con los pasos previos establecidos por la ley para ésta³.

Al respecto, el alto Tribunal Constitucional en la sentencia T-1059 de 2001, señaló:

*“Mediante la actividad de paro colectivo de labores, no se ejerce el derecho a la huelga. Mientras que **el derecho de huelga** como derecho fundamental tutelado por la Constitución y la ley tiene una finalidad o propósito único definido en la misma ley, como es la solución de conflictos económicos o de interés y requiere una serie de pasos o trámites que deben ser agotados previamente. El **paro** por el contrario, no está protegido ni por la Constitución ni por la ley, pues se trata de un acto de fuerza, una medida de hecho que no cumple ni con la finalidad prevista para la huelga, ni con los pasos previos establecidos por la ley para ésta. De otra parte, se encuentra proscrita conforme a lo señalado en el artículo 379 literal e) del C. S. T., como actividad prohibida a los sindicatos.”*

ii) No pago de salarios durante el tiempo de suspensión del servicio

Partiendo que derecho a la huelga no es absoluto, como se explicó en precedencia, frente a las consecuencias jurídicas derivadas de la cesación colectiva de trabajo, deben considerarse los intereses de los trabajadores, en cuanto a las repercusiones económicas, familiares y sociales que de ella se derivan; como también los intereses generales de la comunidad, en relación con la continuidad en la prestación de ciertos servicios y a la necesidad de preservar las fuentes de producción y de empleo, así como los intereses del propio empleador vinculados al derecho de propiedad, al desarrollo de la actividad económica y al reconocimiento de una ganancia lícita, justa y apropiada a su esfuerzo empresarial.

La cesación colectiva de trabajo por los empleados en ejercicio del derecho de huelga produce efectos jurídicos laborales, entre estas la extinción, vigencia o continuidad de los contratos individuales de trabajo, su eventual despido o remplazo, si hay derecho o no al pago de salarios y para efectos de la liquidación de ciertas prestaciones o derechos laborales y la continuidad en el sistema de seguridad social, por lo que la Alta Corporación Constitucional definió el tema en los siguientes términos:

“(…) la huelga sólo suspende y no extingue los contratos de trabajo, pues considero dentro de la libertad política de que goza para configurar las normas jurídicas relativas a la reglamentación del derecho de huelga que aquélla era la que, a su prudente juicio, hacía menos gravosa para las partes en conflicto las dificultades de orden personal, económico, social y operativo que se derivan de la cesación colectiva del trabajo”

Sin embargo, las consecuencias que se derivan de la suspensión de los contratos de trabajo implica problemas pues del ejercicio legítimo de un derecho –huelga- no se pueden derivar consecuencias negativas para el trabajador como titular de éste, entre los que se encuentra el no pago de salarios en el entendido que los mismos sólo se causan por la prestación efectiva del servicio⁴.

En pretérita ocasión, la Corte Constitucional⁵ ya había explicado lo siguiente:

- Ciertamente el no pago de salarios a los trabajadores durante el periodo de la huelga los priva de unos ingresos económicos que los afectan tanto en lo personal como en lo familiar, con las consiguientes repercusiones sociales y políticas. Sin embargo, a juicio de la Corte, ello se justifica constitucionalmente por las siguientes razones:

³ Corte Constitucional, Sentencia C-858 de 2008

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C - 1369 del 11 de octubre de 2000

⁵ *Ibidem*

a) El pago de salarios tiene como causa la prestación del servicio por los trabajadores. Por consiguiente, dada la naturaleza sinalagmática del contrato laboral, el cumplimiento de dicha prestación hace exigible a su vez el cumplimiento de la obligación del empleador de pagar aquéllos. El pago de salarios, sin la contraprestación de la prestación de servicios al empleador, puede configurar un enriquecimiento ilícito a favor de los trabajadores.

(...)

Si bien la falta de prestación del servicio no resulta de una omisión deliberada e individual de los trabajadores, sino que obedece a la consecuencia de una decisión y acción colectivas, de la cual no debe hacerse responsable individualmente a los trabajadores sino a la organización sindical, lo cierto es que sí al trabajador puede no serle imputable el hecho de la huelga, tampoco, en principio, puede atribuírsele al empleador. En estas circunstancias, el derecho de huelga que se puede ejercer a través de la organización sindical y que determina la solidaridad de los trabajadores para cesar en el ejercicio de la actividad laboral no debe, en justicia, repercutir exclusivamente en la lesión del patrimonio del empleador y en la afectación de su derecho a la libertad de empresa.

(...)

b) La justificación del ejercicio del derecho constitucional de huelga, basado en la obligación del empleador de pagar salarios, podría implicar su desnaturalización y la afectación de principios constitucionales esenciales y valiosos, por la circunstancia de que se fomentaría el ejercicio abusivo, caprichoso y de mala fe del derecho de huelga por los trabajadores y se impediría el logro de la finalidad constitucional relativa a la solución pacífica de los conflictos por la vía del acuerdo o la concertación (preámbulo, arts. 1, 2, 22, 55 y 56 C.P.), pues los trabajadores tendrían asegurada una especie de huelga contractual remunerada y no tendrían interés alguno en la solución del conflicto. Por consiguiente, el pago de salarios durante la huelga, antes que solucionar, conduciría a fomentar los conflictos colectivos de trabajo.

c) El efecto de la huelga en el no pago de salarios responde no sólo a razones jurídicas, sino a un principio de equidad, pues es injusto, irrazonable y desproporcionado que las consecuencias o perjuicios económicos que se derivan de la huelga deban recaer única y exclusivamente en una sola de las partes - los empleadores - y no en ambas, esto es, tanto en éstos como en los trabajadores.

(...)

De las consideraciones precedentes deduce la Corte que constitucionalmente se justifica el no pago de salarios y de los demás derechos laborales, cuando la huelga es lícita y no imputable al empleador, no así cuando la conducta de éste es la causa del conflicto colectivo y de la cesación colectiva de labores.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional⁶ explicó que la remuneración a la que tiene derecho el servidor público, en razón al vínculo legal y reglamentario con el Estado, presupone el deber de prestar efectivamente el servicio conforme a las normas que rigen la administración de personal, en otras palabras, no le asiste al servidor público el derecho a recibir remuneración por los días no laborados sin justificación legal. Tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos, de hacerlo se incurriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho. En esa ocasión sentó que:

“procede el descuento y por ende el no pago de los días de salario no laborados con ocasión de la suspensión de la relación laboral motivada en la huelga legalmente declarada, excepto cuando sus causas son imputables a culpa del empleador. Con mayor razón procede el descuento autorizado por la misma ley por la inasistencia al

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T -1059 del 5 de octubre de 2001.

trabajo, con motivo de un cese de actividades o paro no autorizado legalmente, sino por el contrario prohibido por la ley”⁷

Por su parte, en providencia de 2015 el Consejo de estado⁸ advierte que la situación es distinta cuando pese al cese de actividades, los nominadores certifican que el trabajador si laboró o que existen propuestas encaminadas a recuperar el tiempo durante el cual no se trabajó, casos en los que automáticamente se reconocería el derecho al pago de salarios y, en consecuencia, de no hacerse el mismo, se podría determinar un actuar arbitrario.”

Ahora, en relación con el trámite o procedimiento para determinar el descuento de salarios por cese de actividades, la Corte Constitucional⁹ explicó:

“Ahora bien, en lo que se refiere al procedimiento que debe adelantar la administración para efectuar descuentos salariales como consecuencia de un cese colectivo de labores – en especial en caso de un paro –, en consideración al debido proceso administrativo (artículo 29 Constitución Política), la Corte expresó:

“El Decreto 1647 de 1967, en su artículo 1º, establece que los pagos por sueldo o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, serán por servicios rendidos.

A su vez el artículo 2º ibídem señala que los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los servidores públicos, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

Norma que impone a la administración la obligación de descontar del salario de la actora, o más bien, de abstenerse de pagar el valor del salario equivalente a los días no laborados, pues de pagarlos estaría permitiendo que se enriqueciera sin justa causa en perjuicio de la misma administración pública, además de incumplir con el deber de todo servidor público de hacer cumplir la Constitución y la leyes, incurriendo presuntamente en la falta disciplinaria prevista en el Código Único Disciplinario, artículo 40 de la ley 200 de 1995.

La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre éste y el Estado, presupone el correlativo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. De hacerlo se incurriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho.

Operativamente el pago del salario a los servidores públicos se realiza a través de una nómina suscrita por los funcionarios competentes en cada entidad y acorde a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1647 de 1967, debe el funcionario a quien corresponda certificar que los servicios se prestaron efectivamente, producir y comunicar la novedad relacionada con la ausencia y por ende el descuento por días no laborados sin justificación legal. Pues, no existe causa legal para su pago. En el Decreto aludido, no se observa la exigencia de formalidad sustancial o procedimiento especial para aplicar el descuento o no pago que procede ipso jure, cuandoquiera que un servidor público no presta el servicio a que se encuentra obligado sin justificación de ley.

⁷ *Ibídem.*

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. CP Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 05001-23-33-000-2014-02262-01(AC), sentencia del 5 de marzo de 2015.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T – 331A del 2 de mayo de 2006.

La aplicación de esta disposición procede de plano, previa verificación de los siguientes presupuestos:

- a) Ausencia al sitio de trabajo para la prestación del servicio sin justificación legal;*
- b) Certificación del jefe inmediato reportando dicha ausencia;*
- c) Orden de descuento por nómina de los días certificados como no laborados.”*

En otras palabras, a juicio de la Corte, el ordenamiento jurídico no establece un procedimiento o formalidad especial para efectuar los descuentos salariales derivados de la realización de un cese colectivo de labores, sino, simplemente, la obligación de la administración de verificar la ausencia de prestación del servicio a través de las constancias y certificaciones que sean del caso, así como la de adoptar esa decisión – descuento salarial – mediante la orden de nómina respectiva, la cual el interesado puede controvertir por la vía gubernativa o jurisdiccional.

Además, valga resaltar que esta jurisprudencia ha aclarado que los descuentos que se realicen con ocasión del cese colectivo de labores no implican una sanción disciplinaria y, por tanto, no requieren adelantar previamente un proceso de esta naturaleza, pues dichos descuentos son la consecuencia jurídica directa de la no prestación del servicio sin justificación legal, independientemente de que esto último acarree una responsabilidad disciplinaria.

De otro lado, esta Sala quiere llamar la atención sobre la posibilidad de que los servidores públicos u organizaciones de servidores públicos realicen, atendiendo a las particularidades propias de cada servicio, acuerdos con las autoridades administrativas competentes para reponer el tiempo no laborado con ocasión de un cese colectivo de labores; caso en el cual se debe proceder al pago de los salarios correspondientes dado que media la prestación personal del servicio.

Finalmente, atendiendo a la posibilidad de que no exista reposición del tiempo no laborado, la Sala considera que la facultad que tiene la administración para efectuar descuentos salariales con motivo de los ceses colectivos de labores no puede repercutir en la afectación de los derechos fundamentales a la vida digna, el derecho al salario mínimo del servidor público y su familia; así que cuando haya lugar a estos descuentos, la administración debe ponderar el ejercicio de su facultad y estos derechos fundamentales de manera que la medida que ha de adoptar para hacer efectivo el descuento sea la menos gravosa o lesiva posible. Es decir, que en caso de que el monto del descuento sea significativo, la administración debe optar por realizarlo de manera moderada y sucesiva a fin de garantizar la subsistencia digna del trabajador y su familia.

10. CUESTIÓN PREVIA

El Tribunal Administrativo de Boyacá en auto del 26 de julio de 2018¹⁰, explicó que los actos administrativos, según su contenido, se pueden catalogar en: **i) actos de trámite** que son aquellas decisiones que la Administración adopta para tomar una decisión final o definitiva sobre el fondo de un asunto en particular, **ii) actos definitivos** que se caracterizan por decidir directa o indirectamente el fondo de asunto o hacen imposible continuar con la actuación administrativa y, **(iii) los actos de ejecución** que se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa.

Enseña además que los actos susceptibles de control judicial son los actos definitivos, los cuales contienen una decisión unilateral de la Administración que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas subjetivas, mientras que aquellos que impulsan la actuación o se limitan a dar cumplimiento a una decisión, no son controvertibles.

En el caso bajo examen, se enjuicia, entre otros actos, la Resolución No. 229 del 31 de agosto de 2017 mediante el cual la Subdirectora Regional Central de la Fiscalía General de la Nación concedió el recurso de apelación interpuesto por el demandante a través de apoderado contra el Oficio DS-25-12-4 No 176 de 2017, que negó el

¹⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá, MP Clara Elisa Cifuentes Ortiz, auto del 26 de julio de 2018.

reconocimiento el pago de los derechos legales y extralegales por el no pago del salario del mes de noviembre de 2014.

Bajo los anteriores parámetros se tiene que la referida Resolución No. 229 del 31 de agosto de 2017 constituye en un acto de simple trámite, en el entendido que brinda el impulso para que la administración proferiera la Resolución 23029 del 9 de octubre de 2017, en la que efectivamente se toma una decisión de fondo frente a la situación fáctica y jurídica expuesta por el demandante, razón por la que en los términos ya expuestos, no es susceptible de control jurisdiccional, por lo que el Despacho se abstendrá de decidir sobre su legalidad.

11. CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio se tiene que el señor Prospero de Jesús Fajardo Hernández, a través de apoderado, solicitó a la Fiscalía General de la Nación el reconocimiento y pago del salario correspondiente al mes de noviembre de 2014 y la reliquidación de prestaciones sociales teniendo en cuenta dicho salario.

En respuesta a lo anterior, se expide el Oficio DS-25-12-4-176 del 10 de agosto de 2014 suscrito por la Subdirectora Regional Central de la Fiscalía General de la Nación, en el que se niega lo solicitado bajo el argumento que cuando el trabajador no cumple con las obligaciones de la relación laboral y que el empleador puede hacer las deducciones salariales correspondientes y si bien en el caso bajo examen, el tiempo no laborado sobre el cual se exige el pago se fundamenta en el paro judicial, dicha circunstancia no impide las deducciones ordenadas conforme lo ha dicho la Corte Constitucional; decisión confirmada en vía de recurso de apelación.

Valga acotar que no se allegó ninguna prueba que demostrara que en efecto, no fue cancelado al demandante, la totalidad del salario correspondiente al mes de noviembre de 2014, como tampoco se prueba que hubieren sido afectadas las prestaciones sociales y económicas, con la falta de pago completa de esa nómina, carga probatoria que correspondía al extremo accionante, en aras del análisis de sus pretensiones.

No obstante lo anterior y para ahondar más en razones, tal y como se ha señalado a lo largo de este proveído, el argumento utilizado por la entidad en los actos administrativos demandados tiene plena justificación en lo manifestado tanto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido que dada la naturaleza sinalagmática del vínculo laboral, la prestación del servicio por parte del trabajador, es la que genera como contraprestación, la obligación por parte del empleador de realizar el respectivo pago de salarios.

En este orden, no se puede obligar al empleador a cancelar los sueldos de aquellos trabajadores que en virtud del cese de actividades, han dejado de prestar sus servicios a la entidad, pues dicha prerrogativa además de configurarse como un posible enriquecimiento ilícito a favor de los empleados, también podría llevar a que éstos hagan uso abusivo del derecho de huelga y que no estén interesados en lograr una solución pacífica al conflicto.

En cuanto a la afirmación de la parte demandante en el sentido que la Fiscalía General de la Nación, no garantizó, ni proporcionó las condiciones mínimas para que la demandante desarrollara su labor, se advierte que no se encuentra en el expediente prueba alguna que dé cuenta de la presencia del demandante para los días en que se llevó a cabo el cese de actividades en las instalaciones de la entidad a efectos de realizar su labor o siquiera de alguna actuación por parte de ésta para solicitar se le permitiera el ingreso a la misma.

Sumado a lo anterior, es del caso señalar que la huelga es un derecho constitucional que debe ser garantizado, por lo que no es dable imputar responsabilidad a la entidad accionada por la restricción en el ingreso a sus instalaciones, pues dicha situación se entiende como una circunstancia, secuela o resultado del ejercicio de dicho derecho.

En relación con el argumento de la parte actora en el sentido que la Fiscalía General de la Nación vulneró el debido proceso, al no efectuar un trámite administrativo o judicial para tomar la decisión de descuento de salario, se tiene que conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1647 de 1967, los pagos por salario o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, será por servicios rendidos. De igual forma, el artículo 2 de la norma en comento señala que los funcionarios que deben certificar los servicios rendidos por los servidores públicos, están obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

En ese sentido, conforme lo ha señalado el alto Tribunal Constitucional, no existe norma que establezca procedimiento o formalidad especial para realizar descuentos salariales derivados de un cese colectivo de labores, sino la obligación de la administración de verificar la ausencia de prestación del servicio a través de las constancias que sean del caso y adoptar la decisión de descuento salarial mediante la respectiva orden de nómina, la que se puede controvertir por vía gubernativa o jurisdiccional.

Aunado a lo anterior, los descuentos que se realizan con ocasión del cese colectivo de labores no implican una sanción disciplinaria, razón por la que no requieren adelantar previamente un proceso de dicha naturaleza, pues tales descuentos son la consecuencia jurídica directa de la no prestación del servicio sin justificación legal, independientemente de que esto conlleve una responsabilidad disciplinaria.

Frente a la vulneración del derecho a la igualdad, la cual concreta la parte actora en el hecho que a otros funcionarios de la entidad que se encontraban en las mismas circunstancias del demandante, no se les realizó el descuento por el cese de actividades del mes de noviembre de 2014, aspecto frente al cual al Despacho no le es posible pronunciarse, puesto que se desborda el objeto de ésta litis.

Las anteriores razones, las que coinciden con lo expresado por la Agente del Ministerio Público en el concepto rendido, en el presente caso, permiten desestimar los argumentos de la demanda tendientes a que se reconozca el pago de salario del mes de noviembre de 2014 y la reliquidación de prestaciones sociales conforme al mismo y, en consecuencia, serán negadas las pretensiones de la demanda acogiendo la regla general sobre la carga de la prueba que señala que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si este no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda "*actore non probante, reus absolvitur*".

En este aspecto, valga recordar que en audiencia inicial se decretó la prueba testimonial de LABIBI ARIADNA YOUNEZ TRUQUE, JOSE GABRIEL SALAZAR RODRIGUEZ y HERNANDO BEJARANO BUSTOS, solicitados en la demanda con el fin de acreditar las afirmaciones del libelo introductorio, empero los testigos no concurrieron a la audiencia de pruebas, la primera por desistimiento aceptado y los restantes dos testigos porque el apoderado de la parte demandada manifestó que no logró su ubicación, por lo cual se prescindió de esa prueba, sin recursos por la parte demandante.

Esta falta de gestión de la interesada redundo en la ausencia de medios probatorios de fuente oral que pudieran sustentar las afirmaciones de la demanda, por lo que es claro que no cumplió con la carga procesal que le incumbía a la demandante, carga que no le incumbe a la entidad demandada como se propone en los alegatos finales.

12. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

Además de defender la legalidad de los actos acusados y de las deducciones realizadas a la demandante, conforme con la tesis y la argumentación desarrollada a lo largo de la presente providencia, se colige que no se encuentra demostrada la prestación del servicio por parte de la demandante, por lo que se justifica el no pago de salarios conforme a lo dispuesto en el Decreto 1647 de 1967, en consecuencia se acoge la argumentación expuesta en la contestación de la entidad demandada, por lo que se haya fundada la excepción denominada por la demandada “*cumplimiento de un deber legal*”

13. CONDENA EN COSTAS

Así las cosas, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo PSAA-16-10554 de 5 de agosto de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones de la demanda estimadas en el acápite denominado “*COMPETENCIA Y CUANTÍA*” (fl. 16).

14. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, “*Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley*”

FALLA:

Primero.- Declarar probada la excepción de mérito propuesta y denominada por la entidad demandada “*cumplimiento de un deber legal*”.

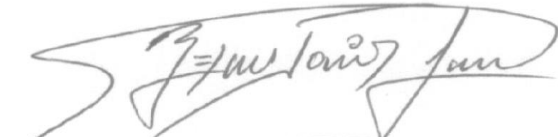
Segundo.- Negar las suplicas de la demanda

Tercero.- Condenar en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Cuarto.- Fijar como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda (fl. 16).

Quinto.- Una vez en firme ésta providencia, archívense las diligencias dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor, previa liquidación de costas y devolución de excedentes a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ