



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, veintiséis (26) de enero de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M DE C: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO: 700013333005-2015-00223-01
DEMANDANTE: FABIOLA POSADA OCHOA
DEMANDADO: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia proferida el 26 de febrero de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, que negó las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹.

La señora **FABIOLA POSADA**, por conducto de apoderado judicial formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en la cual **pretende:**

Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° DS 0266 de **fecha 11 de mayo de 2015, recibido y notificado el 12 de mayo de 2015**, expedido por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN -

¹ Fol. 1 -17 Cuaderno de Primera instancia.

DIRECCIÓN SECCIONAL, que negó el reconocimiento y la devolución de las diferencias salariales y prestacionales entre otras solicitadas a través de escrito de petición de fecha cinco (05) de marzo de 2015.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - DIRECCIÓN SECCIONAL DE APOYO A LA GESTIÓN, cancelar a título de indemnización, todas las sumas de dinero –salarios y prestaciones sociales- y demás derechos prestacionales que resultaron reducidas de forma ilegal por la participación de la en las reuniones sindicales realizadas por SINTRAFISGENERAL durante el paro judicial del mes de noviembre y diciembre del año 2014.

Asimismo, pidió que los efectos del reconocimiento, reliquidación y pago de las diferencias salariales y prestacionales, tengan efecto para el pago de los aportes en salud, pensión cesantías y demás contribuciones prestacionales realizados por la entidad hoy demandada.

Como **fundamentos fácticos**, la parte actora en su demanda narró que:

Presta sus servicios en la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, desde el año 1994, actualmente desempeña el cargo de ASISTENTE FISCAL III, adscrita a la Dirección Seccional de Fiscalía de Sincelejo.

Para la vigencia del año 2014 desempeñando el cargo anterior, devengaba entre otros los siguientes emolumentos: Sueldo básico: \$2.290.089
Bonificación judicial: \$747.724

La FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y todas sus dependencias para el año 2014 mes de noviembre decidieron adherirse a la protesta y al cese de actividades, orientadas por SINTRAFISGENERAL, dentro del paro judicial adelantado por ASONAL JUDICIAL.

Por orden del FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN, a través de Circular N° 0014 del 18 de noviembre de 2014, dirigida a los directores territoriales, se realizó un informe y deducción salarial por inasistencia al lugar de trabajo de los empleados que estaban en cese de actividades.

EL DIRECTOR NACIONAL DE APOYO A LA GESTIÓN expidió MEMORANDO N° 000041 del 20 de noviembre de 2014, donde exponía los procedimientos para el pago de nómina de noviembre, haciendo la reducción de los salarios.

La demandante, cumplía con todas las obligaciones contractuales, durante el paro suscribió unas minutas o planillas de horarios laboral de asistencia jornada paro nacional-fiscalía seccional Sincelejo, tal como se evidencia en la Constancia de fecha 20 de noviembre de 2014 donde informan que todos los servidores adscritos a esas unidades incluyendo la señora FABIOLA POSADA OCHOA, se encuentran vinculados a la actividad sindical convocada por ASONAL JUDICIAL Y SINTRAFISGENERAL, pero que estos han asistido a su lugar de trabajo de manera ininterrumpida cumpliendo con el horario oficial establecido. Lo anterior en atención de la circular N° 0014 de fecha 18 de noviembre de 2014, emanada del Despacho del Fiscal General de la Nación.

En el mes de noviembre del año 2014 la demandante presentó disminución del sueldo básico, prima de vacaciones y la bonificación judicial entre otros en las siguientes sumas y conceptos: Sueldo básico: \$916.036, Sueldo Vacaciones: \$2.128.694, Prima vacaciones: \$1.323.018 y Bonificación judicial: \$299.090; y para el mes de diciembre del año 2014 también de presentaron las siguientes deducciones: Sueldo: \$610.690, Prima de productividad: \$1.030.540 y Bonificación judicial: \$747.724

Por la anterior disminución la prima de navidad del año 2014 se redujo en comparación con el año inmediatamente anterior 2013, así: Prima de navidad 2013: \$2.683.249 Prima de navidad 2014: \$2.517.382. Hasta la fecha el paro judicial pluricitado no ha sido declarado ilegal.

En el acápite de **normas violadas y concepto de violación**, la parte demandante esgrimió que se vulneraron los artículos 2, 4, 25, 29, 38, 39, 53, 56 y 93 de la Constitución Política; el artículo 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; el artículo 22 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Artículo 2.1 y 8 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); los artículos 16 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, indicó como violados, el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo de contenido legal: Ley 1437 de 2012, Ley 4 de 1992, Ley 100 de 1993, Decreto N° 1045 de 1978, Decreto N°1042 de 1978 y Decreto N° 205 del 07 de febrero de 2014 y Decreto N° 022 del 09 de enero de 2014 y Decreto N° 3899 de 2008.

En su argumento, se expuso que existió violación directa a la Constitución y desconocimiento del derecho de defensa, transgrediendo los postulados constitucionales del artículo 25, toda vez, que de forma injusta se practicaron a la actora deducciones salariales que derivan en detrimento de los derechos laborales – prestacionales, además de quebrantar los principios constitucionales de proporcionalidad en relación con la cantidad y calidad del trabajo, garantía de la progresividad de los derechos económicos, lo que evidencia además quebrantos al debido proceso (art. 29 de la CP) que materializan el derecho de defensa aun en actuaciones administrativas como la que produjo el ejercicio de esta acción y el derecho de asociación o huelga.

Indicó que con el acto demandado y con el descuento realizado la demandada desconoció los principios orientadores que regulan el reconocimiento y pago de los salarios y demás derechos laborales de los empleados públicos consagrados en la ley 4ª de 1992. Además se conculcó el Decreto N° 205 del 07 de febrero de 2014 al no cancelar de forma completa durante el mes de noviembre y diciembre del año 2014, así como: el Decreto N° 022 del 09 de enero de 2014 al no reconocer y cancelar de forma total durante el mes de noviembre de 2014 la bonificación judicial a la que tiene derecho mi representada, el Decreto 1045 de 1978 al no liquidar la prima de navidad contenida en el artículo 32 con el salario real devengado según el Decreto N° 205 del 07 de febrero de 2014.

Por último, agregó que se desconocieron los mandatos contenidos en el Decreto N° 3899 de 2008 que crean una prima de productividad en favor de los empleados de la Fiscalía General de la Nación que corresponden a 30 días salariales pagaderos los quince días de junio y diciembre, los cuales en relación con el mes de diciembre no fueron canceladas de forma completa por la reducción ilegal e inconstitucional del salario. Emolumentos laborales que redundan además en los aportes en salud y pensión.

1.2 TRÁMITE PROCESAL:

La demanda fue presentada el 16 de octubre de 2015 y se admitió en primera instancia por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, en auto del 23 de noviembre de 2015.

El 18 de enero de 2016 se surtió la notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público. Se procedió a dar respuesta a la misma por parte de la Fiscalía General de la Nación, el 15 de marzo de 2016.

EL 2 de mayo de 2016 se corrió traslado de las excepciones formuladas por la Fiscalía General de la Nación. En auto del 11 de julio de 2016 se fijó fecha para audiencia inicial el día 17 de noviembre de 2016.

La audiencia inicial se celebró el 17 de noviembre de 2016, diligencia a la cual asisten los apoderados de las partes en el proceso. En cumplimiento de las etapas de la audiencia inicial, se declaró saneado el proceso, se manifestó que no había excepciones previas para resolver. En cuanto a la fijación del litigio, las partes se ratifican en los hechos de la demanda y en la contestación dada a los mismos.

El Juzgado fijó el problema jurídico, señalando que el mismo consistía en determinar si había lugar al pago de las retenciones salariales y prestacionales que le fueron efectuadas a la demandante, teniendo en cuenta las causales de nulidad alegadas por la parte actora en su demanda, determinación contra la cual, las partes no expresaron objeción alguna.

Posteriormente se procedió a declarar fracasada la etapa de conciliación por ausencia de ánimo conciliatorio. A continuación el despacho consideró que por no existir pruebas que practicar, prescindió del periodo probatorio y por ende la audiencia de pruebas, en atención de lo dispuesto en el artículo 179 inciso final de la Ley 1437 de 2011.

En la misma audiencia, corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, quienes presentaron de forma oral sus alegatos de conclusión. Dando aplicación al artículo 182 de la Ley 1437 de 2011, expresó el A quo, que la sentencia sería proferida por escrito dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la audiencia.

1.2. 1. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La Fiscalía General de la Nación, procede por conducto de apoderado judicial a dar respuesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

² Fols. 100 -113 y 127-141 Cuaderno de Primera instancia

Frente a los hechos, expresó que era cierto que la actora laboraba en la Fiscalía General de la Nación en el cargo de asistente de Fiscal III, Adscrita a la Dirección Seccional de Fiscalías de Sincelejo, así como el salario básico devengado y la bonificación judicial. Dijo igualmente, que eran ciertos, los hechos relativos al memorando No. 00041 del 20 de noviembre de 2014 y el memorando No. 000044 del 2 de diciembre de 2014.

A las demás afirmaciones, manifestó que eran apreciaciones subjetivas del apoderado demandante, de las cuales estaba relevado de pronunciamiento.

En su defensa, la entidad expresó que los fundamentos legales y constitucionales de los memorandos No. 000041 del 20 de noviembre de y No. 000044 del 2 de diciembre del año 2014, a través de los cuales la Fiscalía dio la orden de las deducciones se encuentran ajustados a derecho y no han sido objeto de cuestionamientos de legalización por parte de las autoridades competentes, señalando la legalidad y legitimidad de su actuación, no buscaba otra cosa, que garantizar el derecho al acceso de la administración de justicia de los ciudadanos, no siendo las medidas contrarias a la Ley, como tampoco vulnerados los derechos de la actora, por no pagarle los días no laborados por encontrarse en cese de actividades.

Indicó que el cese de actividades no tenía soporte y por tanto, se debía cumplir con la prohibición de pagar a los trabajadores los días no laborados sin justificación legal, agregando en su argumentos, que la Fiscalía actuó entonces en cumplimiento de un deber legal, sin que ello constituya violación de derecho fundamentales, apoyando su argumento en decisiones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y en la circular externa 029 del 20 de noviembre de 2014 de la Contraloría General de la Nación.

Por último, afirmó que la actora no probó que cumplió con la prestación del servicio para que se le pagara la contraprestación o salario por el mismo.

1.3. LA SENTENCIA IMPUGNADA³

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, profirió sentencia escrita el 28 de febrero de 2017 negando las suplicas de la demanda.

³ Fols. 169-179 C. Ppal.

Para el efecto, el A quo, se refirió a la normativa que regula el salario y su protección según el convenio 085 de la OIT, el Decreto N° 1647 de 1967, el derecho a la huelga, el servicio público esencia de administrar justicia, indicando que el derecho a la huelga se encuentra restringido en su ejercicio, pues, tratándose de los servicios públicos esenciales, entre ellos, el de administración de justicia, viene prohibido por el artículo 56 constitucional y demás reglas que desarrollan este precepto, ello en razón a que dada la continuidad y permanencia con la que debe ser prestado tal servicio, quienes pertenezcan a los sindicatos de este ramo, le es inoperante la declaratoria de ilegalidad, toda vez que para ellos no es posible declarar la huelga para el reclamo de sus derechos laborales; en torno a la retención de salarios con ocasión a la huelga, citando decisiones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, manifestó que, durante el tiempo que el servidor público esté en huelga o paro, la Corte Constitucional⁴ ha señalado que constitucionalmente es procedente la no cancelación de salarios por el tiempo que dure la huelga, - a excepción de que sea originada para exigir obligaciones laborales jurídicamente exigibles e incumplidas por el empleador-, en los casos de cese de actividades o paros que se encuentren prohibidos por la ley.

Bajo las premisas anteriores, entro a estudiar al caso concreto, punto en el cual se señaló:

"Se encuentra probado que la señora FABIOLA POSADA OCHOA labora en la Fiscalía General de la Nación desde el 2 de junio de 1994, que para la vigencia del año 2014 devengaba un sueldo básico de \$2.290.089 y una bonificación judicial de \$747.724.

Dice la actora que ASONAL JUDICIAL llevó a cabo un paro judicial y que los servidores de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN decidieron adherirse a la protesta y al cese de actividades orientadas por SINTRAFISGENERAL (léase hecho 1.4 de la demanda), que para ello se suscribieron unas planillas de horarios laborales durante la jornada laboral.

Seguidamente, procede el despacho a resolver los reparos que hace la parte demandante al acto enjuiciado, contenidos en el concepto de violación, como son:

⁴ Sentencia T-331A de 2006.

1) Quebranto al principio de progresividad. Estima el despacho que no hay vulneración a este principio, puesto que de conformidad con lo motivado la restricción al derecho a la huelga corresponde al cumplimiento de los fines estatales, previstos en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política. Ahora bien, el no pago de los días no laborados por la demandante encuentra justificación no solo en las normas antes mencionadas si no en otras, como lo son la prohibición de suspensión de labores cuando se trate de servicios públicos, destacando en este punto la necesidad de la continuidad y prestación permanente del servicio de administración de justicia; incluso, el Convenio 151 de la OIT establece que las facilidades que se le otorgan a los empleados públicos agremiados sindicalmente no deben afectar el eficaz funcionamiento de la administración. Además, como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional en providencias atrás citadas el descuento del salario por la no prestación del servicio a un empleado público tiene sustento normativo (Decreto 1647 de 1967); y, ello no quiere decir que se haya producido una regresividad en la remuneración que debía recibir la actora por los días verdaderamente laborados por ella. Así, entonces, que por este aspecto el cargo no prospera.

2) Reducción de salario como castigo a la libre asociación. Se arguye que la demandante no sacrificó sus funciones como empleada de la entidad demandada. Esta Unidad Judicial considera, según lo atrás expuesto, que viene aceptado por la ley y por la jurisprudencia, que en los eventos en que no haya prestación efectiva del servicio, no procede el pago de salarios; tratándose de un "paro" o cese de actividades el mismo no está contemplado como medio o etapa para la negociación para la solución de las controversias que puedan surgir entre la administración pública y las organizaciones sindicales de servidores públicos, máxime si en cuenta se tiene que en el asunto ni siquiera la no prestación del servicio haya ocurrido por causa o culpa del empleador, y por ello no existe, como tal, garantía para el pago de los salarios que se causen mientras perdura esa situación de hecho, esto es, el cese de actividades.

Ahora, revisada las pruebas traídas al proceso, se observa que se armaron unas planillas de asistencia a la jornada laboral de los días 28, 27, 26, 25, 24, 21, 20, 14, 13, 12, 11, 10, 07 y 06 de noviembre de 2014, en las que se encuentra relacionada la demandante, denominadas asistencia jornada laboral paro local, de las cuales no puede inferirse que sean idóneas para considerar que la actora prestó efectivamente sus servicios, entiéndase como tal las funciones a ella encomendadas al empleo al que pertenece de Asistente de Fiscal III, tampoco son indicativas que hubieren sido autorizadas por el jefe inmediato, aún más en las correspondientes a los días

6, 7, 10, 11,12, 13, 14, 18,19, 20 ninguna firma se observa en el espacio reservado para la firma de jefe inmediato.

3.- Otro reparo al acto acusado constituye la desmejora de salarios, y el desconocimiento del régimen salarial y prestacional, alegando que el paro no ha sido declarado ilegal o inconstitucional:

Estudiada la normativa pertinente, se observa que en nada incide que no se haya decretado ilegal el paro judicial porque de sumo no había lugar a una declaración de huelga, o mejor dicho, al cese de actividades o suspensión de labores, atendiendo a que los servicios que se prestan en la FISCALIA GENERAL DE LA NACION son servicios públicos, por ello, la huelga, y más aún, el cese de actividades están prohibidos por la constitución y la ley; en efecto, el artículo 56 superior señala que se garantiza el derecho de huelga salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador, a su turno el artículo 430 del código sustantivo del trabajo prescribe que está prohibida la huelga en los servicios públicos, que constituyen servicio público las actividades que se presten en cualquiera de las ramas del poder público, en la que se incluye –obviamente- la Rama Judicial. En lo que atañe a la manifestación que se hace en la demanda en cuanto se considera se debía seguir un procedimiento para hacer la deducción del salario, el Despacho se remite a los argumentos expuestos por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-1059 de 2001, en la que se señala que no se necesita adelantar un proceso disciplinario para hacer el descuento o no pago de los días no laborados, puesto que ésta ópera sin trámite alguno, en efecto la jurisprudencia constitucional, ha dicho "que la deducción de los días no laborados contemplada en el artículo 2º del Decreto 1647 de 1967 no contraría las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario, ni tiene origen en una sanción disciplinaria, sino que – se repite – opera de pleno derecho, para el pagador del servicio no prestado por el trabajador".

Del mismo modo, por el hecho de haber efectuado una reducción del salario, las prestaciones y aportes disminuyen sin que pueda ser considerado que sea un desconocimiento del régimen salarial, toda vez que ante la falta de prueba de que se hubiere prestado efectivamente el servicio, ni recuperación del tiempo perdido, no es posible ordenar el pago de salario por el tiempo dejado de laborar, ahora, las pretensiones de la demanda no van encaminadas a que la administración pondere su facultad de autorizar la recuperación del tiempo perdido para efectos salariales y prestacionales, sino al pago directo del salario, lo cual como se vio, resulta improcedente, por lo cual se negarán las pretensiones de la demanda"

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN⁵

La parte demandante inconforme con la sentencia de primera instancia, presentó recurso de apelación, solicitando su revocatoria y la concesión de las pretensiones de la demanda. Para el efecto, presentó los siguientes reparos y argumentos de impugnación:

Consideró que no se analizó si se prestó el servicio efectivamente por el actor, y que si bien la huelga está prohibida, es necesario la declaratoria de ilegalidad de la misma.

Asimismo, expuso que el juzgado no dio valor probatorio a las planillas de asistencia firmadas por el jefe inmediato, porque no eran idóneos, las cuales gozan de presunción de autenticidad, las cuales evidencias la asistencia al sitio de trabajo de forma legal sin transgredir disposiciones constitucionales o legales, circunstancias que la parte demandante no se opuso, pretendiendo entonces el Juez crear una especie de tarifa legal frente a la prueba de asistencia al trabajo, siendo ello contrario a los postulados del artículo 176 del CGP., por lo que las planillas de asistencia a la jornada laboral - como prueba documental contiene todas las características de idoneidad según el ordenamiento jurídico, pues no existe prueba especial para probar lo anterior.

Los anteriores documentos permiten demostrar que la asistencia de la actora como empleada de la Fiscalía, no hizo parte del cese de actividades del año 2014 y por el contrario asistió al sitio de trabajo en cumplimiento de un deber legal y constitucional, además están firmadas no solo por quienes asistieron al trabajo sino por el coordinador de la Unidad de Fiscalía, el señor ELMER TAPIA ARENA y precisamente fueron elaboradas con el objeto de evitar sanciones de su empleador, acreditando que si asistieron al trabajo.

Agregó que los decretos 1647 de 1967 y 3135 de 1968 citados por el A quo para sustentar que el descuento por no laborar no requiere proceso disciplinario alguno, son contrarios a los principio, valores y derechos constitucionales que irrigan la actividad estatal con los asociados, por lo que se debió omitir su aplicación en virtud del artículo 4 de la C. P., debiéndose garantizar el debido proceso administrativo y no realizar los descuentos de

Comentado [d1]:

⁵ Fols. 187-193 C. de Primera instancia

forma directa ilegal e inconstitucional, pues no se respetaron las garantías del debido proceso al momento de materializar el descuento sin ningún procedimiento que permitiera controvertir o aportar pruebas.

1.5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Admitido el recurso por el Tribunal (folio 4), se procedió a correr traslado para alegar por escrito y concepto del Ministerio Público (folio 9), oportunidad procesal en la que se pronuncia las partes, así:

La parte actora insiste en la revocatoria de la sentencia de primera instancia, señalado que estaba demostrada la asistencia de la demandante al sitio de trabajo durante el cese de actividades del año 2014 en la Fiscalía General de la Nación, conforme da cuenta de ello, las planillas de asistencia firmadas por el Coordinador de Fiscalía de la Unidad de delitos contra el patrimonio económico y la constancia de fecha 20 de noviembre de 2014, así como estaba acreditado, los descuentos y deducciones que fueron realizadas a su sueldo básico, bonificación judicial, vacaciones, prima de vacaciones, prima de productividad y el fraccionamiento de pago de aportes a la seguridad social en salud y pensión en la nómina del mes de noviembre de 2014.

Afirmó que la demandante cumplió con sus obligaciones laborales durante el mes de noviembre de 2014 y diciembre de 2014, siendo necesario la declaratoria de ilegalidad de la huelga para realizar descuento, reiterando a continuación los argumentos expresados en el recurso de apelación⁶⁶.

La **parte demandada**, Fiscalía General de la Nación, presentó sus alegatos de forma extemporánea, como quiera que el término para el efecto venció el 24 de julio de 2017 (ver constancia secretarial a folio 11) y el memorial de alegatos fue recibido el 26 de julio de 2017 como consta a folio 25 del cuaderno de segunda instancia.

El delegado del **Ministerio Público** ante el Tribunal Administrativo en esta oportunidad no emitió concepto.

⁶⁶ Folios 13 – 24 cuaderno de segunda instancia.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

Al tenor del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia el 26 de febrero de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo.

2.2. RECONSTRUCCION PROBATORIA.

Los antecedentes y pruebas arrimadas al proceso permiten hacer la siguiente reconstrucción procesal:

La señora FABIOLA POSADA OCHOA labora en la Fiscalía General de la Nación en el cargo de asistente de fiscal III de la Seccional Sucre, desde el año de 1994.

En el año 2014 se realizó un cese de actividades en la Fiscalía General de la Nación, de la cual la actora, fue participe, conforme lo afirma en su recurso de apelación y en los hechos de su demanda.

En el mes de noviembre de 2014, el Fiscal General de la Nación, a través de la circular 0014 del 18 de noviembre de 2014, impartió órdenes para aplicar los descuentos y deducciones de salarios a los empleados y funcionarios que participan del cese de actividades para dicho mes, y que reporten ausencia laboral y no prestación efectiva del servicio.

A través de memorando 000041 del 20 de noviembre de 2014, el DIRECTOR DE APOYO A LA GESTION, explica cual es procedimiento a seguir para dar cumplimiento a la circular 0014 de 2014. Asimismo, a través de la circular 000044 DEL 2 de diciembre de 2014, se explica cual es procedimiento a seguir para efectuar los descuentos por la no prestación efectiva del servicio durante dicho mes.

En el mes de noviembre de 2014 atendiendo la Circular No. 0014 del 18 de noviembre de 2014, proferida por el Fiscal General de la Nación, se materializó el descuento por la no prestación efectiva del servicio por parte de la actora, debido al cese de actividades de los servidores de la FISCALIA GENERAL DE LA NACION durante dicho mes, atendiendo la certificación

expedida por la Directora Seccional de Fiscalías Sucre, en la cual se hace constar los servidores no han laborado entre el 4 de noviembre de 2014 y el 21 de noviembre de 2014 adscritos a la Subdirección Seccional de Fiscalías y Seguridad Ciudadana por encontrarse en Asamblea Permanente (folios 72-98).

La actora en escrito del 5 de marzo de 2015 dirigido al señor Fiscal General de la Nación, ejerciendo el derecho de petición en interés particular, solicitó revocar las decisiones administrativas que dieron lugar al descuento realizado y el pago inmediato del salario de noviembre de 2014, y el ajuste de las prestaciones causadas a fin de año, señalando que no se respetó mínimo procedimiento administrativo y que siempre asistió a su lugar de trabajo y que si desempeñó actividades propias del cargo.

La Fiscalía General de la Nación en Oficio DS-026 del 11 de mayo de 2015, a través de la Dirección Seccional de Fiscalía en Sucre, da respuesta la petición anterior, manifestando que no accede a las pretensiones de revocatoria de la decisión administrativa y reintegro de dineros y que el 2º de noviembre de 2014, los Coordinadores de la Unidad Local Unidad de Patrimonio Económico de Sincelejo, certificaron que los servidores adscritos a esas Unidades se encontraban vinculados al cese de actividades judiciales convocados por ASONAL JUDICIAL Y SINTRAFISGENERAL.

En este punto, centra su inconformismo la parte actora, puesto que estima que si asistió a su sitio de trabajo, demostrándolo con las planillas de asistencia, por lo que no procedía el descuento, amen que el cese de actividades no fue declarado ilegal y tampoco se adelantó un proceso para proceder a realizar el descuento, lo cual es contrario a las garantías del debido proceso.

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA

Acorde con lo anterior, el problema jurídico que convocaría la instancia, sería determinar si es ajustado a derecho los descuentos en el salario y prestaciones que fueron realizados a la actora durante el mes de octubre de 2014, en atención al cese de actividades que en su momento adelantaban los servidores de la Fiscalía General de la Nación.

No obstante, la Sala advierte que la demanda adolece de uno de los presupuestos procesales para resolver el asunto, puesto que se ha configurado la caducidad del medio de control conforme se pasa a explicar. La reconstrucción fáctica delineada previamente, muestra que la manifestación de voluntad del ente demandado y como tal, el acto administrativo que dispuso y ordenó los descuentos de salarios a los empleados de Fiscalía General de la Nación en virtud del cese de actividades, lo fue la Circular 0014 del 18 de noviembre de 2014 expedida por el Fiscal General de la Nación, siendo en ella, el acto que concreta la voluntad de la administración que posteriormente es ejecutado por las Direcciones Seccionales al realizar los descuentos a aquellos empleados sobre los cuales se certificó no laboraron durante el cese de actividades, para el caso de la Seccional Sucre, dicha certificación obra a folios 72-98, dentro de los cuales se aprecia el nombre de la señora FABIOLA POSADA.

Si bien la circular es un acto general, en este caso, sus efectos particulares se concretaron para la actora con su ejecución, que lo fue se itera en el mes de noviembre de 2014, cuando fue realizado efectivamente el descuento por el cese de actividades de la Fiscalía General de la Nación.

Sobre la naturaleza jurídica de las circulares y su posibilidad de enjuiciamiento, es menester precisar que Jurisprudencialmente se ha entendido que, las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial. Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio.

No obstante, puede ocurrir que, por extralimitación de funciones o por invadir el ejercicio de las mismas o por error de técnica administrativa, a través de

un acto de servicio, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se tomen decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables por vicios en su formación ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo⁷.

Lo anterior traído al caso de marras, se tiene que, se solicita la nulidad del oficio No. DS-0266 del 11 de mayo de 2015 a través del cual se da respuesta al actor a una solicitud de revocatoria en ejercicio del derecho de petición, solicitando la devolución y el reintegro del dinero correspondiente al mes de noviembre de 2014, Oficio en el cual, se puede advertir que la Fiscalía informa a la actora que ello es consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en la Circular No. 0014 de 2014 expedida por el Fiscal General de la Nación, por lo que en manera alguna concreta la voluntad administrativa de realizar las deducciones del salario, esto es, no es la decisión de la administración que afectó su derecho salarial

En ese sentido, según la naturaleza jurídica de los actos demandables, el acto pasible de control judicial vendría a ser el contenido en la Circular No. 0014 de 2014, por ser este el acto administrativo definitivo que ordenó las deducciones salariales por la no prestación del servicio en lo que duró el periodo del cese de actividades durante el mes de noviembre de 2014, siendo entendida la solicitud presentada por la actora el 5 de marzo de 2015 como una petición posterior, que al tenor del artículo 96 de la Ley 1437 de 2011 una acto que no revive términos y que no es susceptible de control judicial.

En lo que respecta a la circular 0014 del 28 de noviembre de 2014, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en sentencia (12) de febrero de dos mil quince (2015), acción de tutela radicada bajo el número 11001-03-15-000-2014-04080-00, determinó que:

"Al respecto resalta la Sala que de conformidad con los argumentos planteados por el actor, se censura la legalidad de la decisión la entidad accionada, que está contenida en un acto administrativo, en concreto, Circular No. 00014 del 18 de noviembre de 2014. Así, es claro para la Sala que lo solicitado por el actor, al derivarse del cumplimiento de un acto administrativo debe ventilarse a través de los mecanismos dispuestos por el legislador para censurar su legalidad, es decir, el medio

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B. Sentencia del veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013).C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011. Sobre el particular en criterio de la Sala, el actor puede exponer, a través del citado medio de control, todos los argumentos que presenta en esta oportunidad, contra las decisiones de la Fiscalía General de la Nación. En ese orden de ideas, la acción de tutela es improcedente para resolver la controversia que el actor plantea en esta oportunidad, sobre todo cuando tampoco acredita el solicitante alguna situación constitutiva de un perjuicio irremediable, que haga procedente el amparo como mecanismo transitorio⁸⁻⁹

Por lo anterior, es claro que el acto administrativo contenido en la Circular 0014 del 18 de noviembre de 2014, es un acto general pasible de ser demandado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad a lo establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A, sometido a la regla de temporalidad de los cuatro meses siguientes la publicación del acto que se demanda contenida en el artículo 164 numeral 2, literal D, *ibídem*.

En ese orden, de acuerdo al numeral 2, literal d, del artículo 164 del CPACA, la oportunidad para presentar la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a la **comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo**, según el caso; Ahora bien, en lo que respecta a las pretensiones que se esgrimen bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de actos administrativos de contenido general, el término para su ejercicio oportuno esta se encuentra reglado por la Ley 1437 de 2011 en el artículo 138 que en su inciso segundo, reza:

“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho.
(...)

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, **siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación.** Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”.

Así pues, dentro de las normas en cita, encontramos una regla general planteada para el medio de control en estudio, de una caducidad de cuatro

⁸ Consejero Ponente. GERARDO ARENAS MONSALVE

⁹ Ver también Corte Constitucional. Sentencia T-407 de 2015. M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

(4) meses contados a partir del **día siguiente** al de la comunicación, notificación, ejecución o **publicación** del acto administrativo, para el caso en estudio, acto de contenido general, considerando eso sí, que dicho término puede ser objeto de suspensión en virtud de los efectos de la conciliación prejudicial obligatoria como requisito previo para demandar establecida en el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 en los eventos contemplados por el artículo 3 del Decreto 1716 de 2009.

Conforme lo anotado, el acto administrativo pasible de control de judicial es la Circular No. 0014 del 18 de noviembre de 2014, por la cual el Fiscal General de la Nación imparte ordenes sobre el deber de dar aplicación a las deducciones salariales a que haya lugar por la no prestación efectiva del servicio.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que el acto administrativo de carácter general contenido en la Circular 0014 fue expedido el 18 de noviembre de 2014, el término de caducidad comienza a partir de su ejecución, pues fue cuando particularizó sus efectos, que no es otro que la fecha en que fueron realizados los descuentos al salario de la actora, esto es, noviembre de 2014 (pago del mes) tomando como extremo máximo entonces, el 1 de diciembre de 2014, la fecha en que inicia el conteo de la caducidad.

En ese orden tenemos:

- Los 4 meses para el ejercicio oportuno del medio de control vencían el 1º de abril de 2014.
- La solicitud de conciliación prejudicial obligatoria ante la Procuraduría 44 Judicial II para asuntos administrativos fue radicada el 11 de septiembre de 2015 (folio 81)
- La constancia de no conciliación fue expedida el 15 de octubre de 2015 (folios 81)
- La demanda fue presentada el 16 de octubre de 2015 (folios 82¹⁰)

Como se advierte, la demanda presentada fue presentada por fuera del término de los cuatro meses que señala numeral 2, literal d, del artículo 164 del CPACA, para el ejercicio oportuno de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que la ha operado el fenómeno de la

¹⁰ Acta individual de reparto.

caducidad en el presente proceso, habida consideración que no hay lugar a suspensión alguna de términos, pues la solicitud de conciliación extrajudicial solo vino a presentarse el día 11 de septiembre, esto es, aun por fuera del lapso en que se configuró la caducidad.

En estudio de constitucionalidad, se ha dicho que, *"el legislador también puede establecer cargas procesales para ejercer los derechos y libertades reconocidos en la norma superior, como puede ser el caso del debido proceso y del acceso a la justicia, que implica así mismo el ejercicio de responsabilidades que se pueden consolidar en el ámbito procesal y sustancial. Es válido entonces que en los diversos trámites judiciales, la ley asigne a las partes, a terceros e incluso al juez, obligaciones jurídicas, deberes de conducta o cargas para el ejercicio de los derechos y del acceso a la administración de justicia, que sometidas a los límites constitucionales previamente enunciados, resultan plenamente legítima"*¹¹.

Argumento que se ve reflejado en lo estatuido en el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, cuando sobre el objeto y principios de la jurisdicción contenciosa administrativa, establece en su inciso final que *"quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código"*.¹²

Cargas procesales que son impuestas por el legislador en ejercicio de su derecho a la libertad configurativa, a quien por la cláusula general de competencia le corresponde regular los procedimientos judiciales y administrativos y que per se no implica una limitante al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, pues es plenamente razonable y admisible que la Ley asigne a las personas unas reglas para el ejercicio de sus derechos en el ámbito procesal¹³

Dentro de esas cargas y deberes, el legislador al expedir la Ley 1437 de 2011, en su artículo 164, se estableció el ejercicio oportuno del medio de control, presupuesto procesal que no responde, como se delimitó a una caprichosa

¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-662 de 2004. M.P.(E) Rodrigo Uprimny Yepes. Igualmente, Sentencia de la Corte Constitucional C-095 de 2001. M.P. José Gregorio Hernández

¹² Sentencia C -279 de 2013.

¹³ Corte Constitucional Sentencia C-146 de 2015.

interposición de trámites desacertados e innecesarios, o considerarse como un impedimento o limitante del acceso a la justicia, sino que por el contrario, se funda en la concesión de garantías legales y constitucionales para las partes y para la propia administración.

El H. Consejo de Estado ha manifestado que los deberes, obligaciones y cargas procesales no pueden desconocerse so pretexto de la prevalencia del derecho sustancial, señalando que:

"Dentro de los distintos trámites judiciales es factible que la ley asigne a las partes, al juez y aún a terceros intervinientes, imperativos jurídicos de conducta dentro del proceso de distinta naturaleza... La observancia oportuna de los deberes, cargas y obligaciones procesales, se contribuye con la realización de los principios de economía, oportunidad, lealtad, imparcialidad y celeridad procesales. Su desconocimiento en modo alguno puede excusarse pretextando la prevalencia del derecho sustancial o el deber de evitar el exceso de ritual manifiesto, habida cuenta de que constituyen la garantía que asegura el correcto desenvolvimiento del debido proceso, como estructura a partir de la cual se imparte justicia en el Estado sometido al Derecho"¹⁴

Siendo ello así, es evidente que en el presente asunto se configuró la caducidad del medio de control¹⁵, estando plenamente facultado el Juez Administrativo para declararla en la sentencia de conformidad con el inciso segundo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011¹⁶, el cual manda que en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no.

Lo discurrido, conlleva a que la sentencia de primera instancia sea modificada, pues el sustento de la negativa las pretensiones, deriva de la caducidad del medio de control, tal como quedó explicado a los largo de los considerandos de esta providencia.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Primera. Radicación número: 88001-23-33-000-2015-00027-01(AC). C. P. María Claudia Rojas L.

¹⁵ Bien podría argumentarse igualmente que se demandó un acto no susceptible de control judicial.

¹⁶ **"ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA.** La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas. Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor"

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. Al no haber prosperado el recurso de apelación y teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, impuso un régimen objetivo de costas, se condena a la parte recurrente demandante al pago de costas en segunda instancia. Por el A quo de forma concentrada liquídense.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, EL **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE,** ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA

PRIMERO: Modificar el numeral primero de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, el cual quedará así:

"PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de caducidad del medio de control frente al acto enjuiciable, conforme lo manifestado en la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, niéguese las pretensiones de la demanda".

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante – recurrente, por el A quo de forma concentrada liquídense.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI" y en los libros radicadores.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala, conforme Acta N.07 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA