

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 11 MAR 2020

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008-2017-0057-00

Tema: Confirma sentencia de primera instancia que negó a la demandante el reconocimiento y pago del salario del mes de noviembre de 2014, como consecuencia del paro colectivo de actividades de la Fiscalía General de la Nación. Accede para reconocer un día de salario.

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia proferida el 29 de enero de 2019 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Se concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se concedan las siguientes:

1. Pretensiones

1.1 Pretensiones principales

Solicita la parte demandante se concedan las siguientes pretensiones:

Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio No DS 25-12-4-00 1632 del 16 de agosto de 2016, DS 25-123-043-1No 2051 del 7 de octubre de 2016, Resolución No 23623 del 13 de diciembre de 2016, por medio de los cuales, la Fiscalía General de la Nación negó la solicitud de reconocimiento y pago del salario del mes de noviembre de 2014 y las reliquidaciones prestacionales correspondientes.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar a la demandante la totalidad del salario correspondientes al mes de noviembre de 2014, con los respectivos intereses desde el día de su causación y hasta que se verifique el pago. Asimismo que se ordene la reliquidación de primas, bonificaciones, vacaciones, prestaciones sociales y de aportes a seguridad social en pensiones, más los intereses desde el día de su causación hasta el día de su pago.

Que se actualice la condena sea actualizada aplicando los ajustes de valor desde la fecha del no pago hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

Que la entidad demandada sea condenada a pagar costas y que se ordene dar cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

2. Fundamentos fácticos

Narra la demanda que el demandante es funcionario de la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de Técnico Investigador II en la seccional Boyacá y desde el mes de octubre de 2014 se encuentra sindicalizado.

Para el mes de noviembre de 2014 se desarrolló un paro judicial el cual no fue declarado ilegal.

El demandante en cuanto le fue posible, desempeñó las labores inherentes a su cargo, puesto que en determinados momentos, la Fiscalía General de la Nación no propició las condiciones para que desarrollara su labor además de que se le impidió el ingreso a su lugar de trabajo.

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, sin verificar qué funcionarios prestaron sus servicios y cuáles fueron las causas por las que no se encontraron en sus puestos de trabajo, no canceló el salario del mes de noviembre de 2014, lo cual además afectó la liquidación de sus prestaciones sociales.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

Adujo el demandante que a tres empleados que enuncia con nombre propio e identifica, pese a estar relacionados en el listado de los 170 funcionarios que no prestaron el servicio durante el mes de noviembre de 2014, se les pagó su salario.

El 2 de agosto de 2016, el demandante solicitó a la demandada el pago del salario del mes de noviembre de 2014 con la consecuente reliquidación de sus prestaciones sociales, petición que fue negada en primera y segunda instancia mediante los actos administrativos aquí demandados.

3. Fundamentos de derecho

- **Normas invocadas:** Artículos 2, 4, 6, 13, 25, 29 53 y 240 de la Constitución Política de Colombia; artículos 10 y 49 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas concordantes y pertinentes.

- **Concepto de la violación:**

Resaltó la protección constitucional del derecho al trabajo y al pago de salario y resaltó que existen funcionarios que al igual que el demandante no prestaron sus servicios pero si se les pagó su salario, vulnerando con ello el derecho a la igualdad respecto del cual transcribe jurisprudencia que garantiza su efectividad.

Trajo a colación el derecho de asociación sindical y el debido proceso que considera vulnerado en tanto la entidad demandada de manera arbitraria sin mediar comunicación sancionó a los funcionarios con el no pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social, vulnerando además su derecho de defensa porque no se le permitió ejercer contradicción respecto de las pruebas que sirvieron de base para imponer la sanción.

Indicó de otra parte que la retención del salario y prestaciones sociales del demandante se hizo contrariando el artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo, en la medida en que no se contaba con la autorización del empleado ni con mandato judicial.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

Señaló que la entidad demandada no garantizó las condiciones para que los funcionarios como el demandante que no tenían intención de suspender sus actividades, prestaran sus servicios.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 8 de junio de 2017¹ ante el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, quien mediante proveído del 14 de septiembre de 2017² admitió la demanda ordenando notificar a la Fiscalía General de la Nación, al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo previsto en los artículos 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P. Solicitó además a la parte demandada allegar el expediente administrativo objeto del proceso, conforme al parágrafo primero del artículo 175 del C.P.A.C.A.

1. Contestación de la demanda³

La Fiscalía General de la Nación, presentó escrito de contestación en los siguientes términos:

Adujo que el Fiscal General de la Nación profirió la circular No 0014 del 18 de noviembre de 2014 que consistió en hacer un reporte a nivel central de las personas que se encontraban en cese de actividades para el mes de noviembre de 2014 y a su vez los memorandos No 00041 del 20 de noviembre de 2014 y No 0000044 del 2 de diciembre de 2014, señalaron la forma en que se llevaría a cabo la deducción de salarios, disposiciones que fueron basadas en consideraciones de la OIT, precedentes judiciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que han avalado la procedencia de la deducción salarial en los días de huelga.

Señaló que si bien la Constitución Política de Colombia garantiza el derecho a la huelga y a la negociación colectiva, recuerda que la Corte Constitucional ha señalado que no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días

¹ Ver folio 52 del expediente

² Ver folios 93 a 94 del expediente.

³ Ver folios 107 a 117 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. En consecuencia, conforme al decreto 1647 de 1967, el no pago de salarios por cese de actividades procede previa verificación de ausencia al sitio de trabajo para la prestación del servicio sin justificación legal, certificación del jefe inmediato reportando dicha ausencia, y orden de descuento por nómina de los días certificados como no laborados.

Conforme entonces a pronunciamientos jurisprudenciales que trae a colación, puede la administración proceder al no pago de los días no laborados por el servidor público, y este a su vez debe entender que igualmente no tiene derecho a reclamar su pago cuando efectivamente se ha comprobado que sus servicios no se prestaron.

Adujo que el descuento del salario por la no prestación del servicio al tenor del Decreto 1647 de 1967 no requiere una exigencia de formalidad sustancial o procedimiento especial, pues este procede ipso jure, cuando quiera que un servidor público no presta el servicio a que se encuentra obligado sin justificación de la ley, actuación que hizo la entidad demandada en debida forma, máxime cuando el demandante no acreditó la prestación del servicio.

2. Audiencia inicial

Mediante auto de 22 de febrero de 2018 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del C.P.A.C.A.⁴

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial, evacuadas las etapas de ésta se fijó fecha para realización de audiencia de pruebas.

3. Audiencia de pruebas

Durante los días 11 de abril y 22 de noviembre de 2018 se evacuó audiencia de pruebas, finalizada la cual se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión⁵.

⁴ Ver folio 196 del expediente

⁵ Ver folios 484 y 485 del expediente.

Medio de Control	:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante	:	Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado	:	Fiscalía General de la Nación
Expediente	:	15001-33-33-008 -2017-00057-01

4. Alegatos de conclusión

4.1. Alegatos de conclusión presentados por la parte demandante⁶

Solicita despachar favorablemente las pretensiones de la demanda por cuanto:

- Era a la administración a quién le correspondía garantizar la prestación del servicio. Sin embargo, la misma no adecuó ni dispuso de un lugar diferente o alternativo para el correcto y normal ejercicio de las actividades de sus funcionarios.
- No obstante lo anterior, se evidencia que el demandante asistió con normalidad a su lugar de trabajo pero la entidad de manera infundada y sin existencia de bases sólidas, decidió retener el salario del demandante. Debe tenerse en cuenta además que el paro nunca fue declarado ilegal.
- El descuento de los salarios vulneró el derecho a la igualdad del demandante, toda vez que la entidad hizo uso de criterios inexactos para seleccionar a qué funcionarios pagar con normalidad su salario y a quiénes no.

4.2. Alegatos de conclusión presentados por la Fiscalía General de la Nación⁷

Además de reiterar los argumentos de defensa esbozados en su contestación de demanda señaló que quedó acreditado en las diligencias que en el mes de noviembre de 2014 se presentó cese de actividades con ocasión de una huelga, que el demandante no prestó sus servicios ni logró acreditar la efectiva prestación del servicio, que no se demostró que la huelga se originó en causa imputables al empleador, que no se demostró que el demandante contara con permiso sindical que lo excusara de cumplir sus funciones, razones de peso para que el demandante no pueda pretender una remuneración por un servicio no prestado.

Concluyó entonces que el no pago del salario del mes de noviembre de 2014, resultó legal y legítimo, puesto este constituye una contraprestación del servicio y ante el cese de dicha prestación, cesa también la obligación de remuneración, sin que esto

⁶ Ver folios 487 a 490 del expediente

⁷ Ver folios 508 a 509 del expediente

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

constituya vulneración de derechos fundamentales, siendo ello además una de las consecuencias lógicas del ejercicio del derecho a la huelga avalada por la Corte Constitucional, que refiere que no se puede obligar al empleador a pagar los salarios en cese de actividades, ya que garantizar el pago de salario de los trabajadores en huelga podría conllevar el uso abusivo del mismo por parte de los trabajadores, quiénes no estarían interesados en lograr una solución pacífica por vía de acuerdo al conflicto colectivo.

III. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante fallo proferido el 29 de enero de 2019⁸, negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

1. Hizo un estudio sobre el ejercicio del derecho de asociación sindical por parte de los empleados públicos el cual no es pleno, por cuanto a ellos no se les permite elevar pliego de peticiones ni convenciones colectivas ante la administración, limitación contenida en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Adujo que el derecho a la huelga por su parte hace efectiva la libertad sindical, el derecho de asociación y el de negociación, pero se encuentra taxativamente prohibido por el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo para quiénes presten servicios públicos en cualquiera de las ramas del poder público.

3. Señaló que la Corte Constitucional en sentencia C 1369 del año 2000 en la que estudió el contenido del artículo 449 del Código Sustantivo del Trabajo, abordó la procedencia del no pago de salarios durante el término que dure la huelga, argumentando que dicha medida se encuentra amparada en el derecho a la 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.

⁸ Ver folios 518 a 528 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

4. Argumentó que conforme al Decreto 1647 de 1967, el pago de salarios o cualquier forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, lo será por servicios prestados. Al efecto, la Corte Constitucional ha señalado que el pago de 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 2 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 los días no laborados sin justificación legal, pues, no existe causa legal para su pago. En consecuencia, el empleado debe entender que no tiene derecho a reclamar dicho pago.

5. Indicó que la administración de justicia es un servicio público esencial, por lo que cualquier cese de actividades o suspensión del trabajo resulta contrario al ordenamiento constitucional, motivo por el cual, para el caso concreto, la Fiscalía General de la Nación expidió la circular No 0014 del 18 de noviembre de 2014 y el memorando No 000041 del 20 de noviembre de 2014 por medio de los cuales se materializaba el descuento salarial aquí discutido.

6. Reiteró la procedencia del descuento de salarios con motivo de huelga o paro de labores, bajo los presupuestos del decreto 1647 de 1967 y recordó que no es dable suspender el pago de aportes al sistema de seguridad social, toda vez que la relación laboral no se extinguió como consecuencia del cese de actividades.

7 Al descender al caso concreto y realizar valoración de las pruebas allegadas al plenario concluyó que las mismas da cuenta de que i) durante el mes de noviembre de 2014 el demandante no tuvo acceso a su lugar de trabajo en virtud del cese de actividades promovido por ASONAL JUDICIAL, el cual apoyaba el demandante, por cuanto la entrada a las instalaciones se encontraba bloqueada sin que la entidad haya garantizado un lugar alternativo para la prestación del servicio; ii) el demandante asistió a su sitio de trabajo pero también quedó acreditado que se hizo partícipe del paro, lo que se evidencia en las planillas elaboradas por la directora seccional en donde consta que el demandante acumuló 24 días no laborados en el mes de noviembre de 2014.

Por lo anterior, consideró que la decisión tomada por la Fiscalía General de la Nación, de no pagar el salario correspondiente al mes de noviembre de 2014 responde al

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

572

acatamiento de la circular No 0014 del 18 de noviembre de 2014 expedida por el Fiscal General de la Nación, y memorandos No 000041 del 20 de noviembre y 000044 del 2 de diciembre de 2014 suscritos por el director nacional de apoyo a la gestión de la entidad demandada y de los reportes o certificaciones de la no prestación efectiva del servicio en los días que se presentó el cese de actividades organizado por ASONAL JUDICIAL.

Lo anterior es concordante con lo dispuesto por el Decreto 1647 de 1967 al tenor del cual es deber de la entidad frente a la remuneración de sus trabajadores, pagar los salarios cuando se evidencie la prestación efectiva del servicio, pues de lo contrario debe abstenerse de hacerlo, máxime cuando la cesación de actividades no fue imputable a la entidad demandada.

Negó entonces el a quo las pretensiones de la demandada pero en lo que toca a los aportes al sistema de seguridad social, en la medida en que los mismos no fueron acreditados en el expediente, ordenó a la demandada que en caso de no haberlos realizado se proceda a su aporte a las entidades correspondientes y, en caso de no haberse efectuado las deducciones se proceda a ello, sin que al empleado le sea incrementado valor alguno por este concepto.

IV. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, el cual sustentó en los siguientes argumentos:

1. El paro judicial no fue declarado ilegal por autoridad competente.
2. El demandante en cuanto le fue posible, desempeñó las funciones inherentes a su cargo, puesto la entidad demandada no garantizó ni proporcionó las condiciones mínimas para que se desarrollara su labor.
3. La no prestación del servicio obedeció a circunstancias ajenas a la voluntad del demandante, pues no se le permitió el ingreso a las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

4. La Fiscalía General de la Nación previo al no pago del salario no verificó cuáles funcionarios realizaron sus actividades y las causas por las cuales no se podía prestar el servicio. El establecimiento del pago y no pago respectivamente fue realizado de manera arbitraria, retención de salario que además es ilegal por no mediar autorización del trabajador lo que vulnera el artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo.

5. Se vulneró el derecho a la igualdad del demandante respecto de otros empleados a los cuales, si se les pagó el salario, además de desconocer el derecho fundamental al trabajo y los principios que constitucionales del mismo derecho contenidos en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia. Realizó el demandante un estudio jurisprudencial del derecho a la igualdad.

6. Reiteró que se vulneró el debido proceso al demandante al imponer la sanción del no pago de salarios sin mediar procedimiento alguno que garantizara su derecho de contradicción y defensa

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo de Oralidad de Tunja concedió en el efecto suspensivo para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por el demandante⁹

Mediante providencia del 9 de mayo de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante.¹⁰

A través de proveído de 21 de junio de 2019 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria conforme al 4° del artículo 247 del CPACA ¹¹, concediendo término de 10 días a las partes y al Ministerio Público para presentar sus alegatos conclusivos, término dentro del cual se pronunciaron las partes, reiterando los argumentos ya expuestos a lo largo de esta providencia.

⁹ Ver folio 539 del expediente

¹⁰ Ver folio 545 del expediente

¹¹ Ver folio 549 del expediente

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

573

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

3. -Problema jurídico

En razón al recurso de alzada interpuesto por la parte demandante contra la decisión de primera instancia, corresponde a esta Sala establecer si hay lugar a ordenar el pago a la demandante del salario del mes de noviembre de 2014 y reliquidación de las prestaciones sociales, como consecuencia de la suspensión de actividades por el paro judicial, ocurrido en esa época.

Lo anterior atendiendo a que afirma el demandante que la no prestación del servicio obedeció a que pese a los bloqueos en el ingreso la entidad demandada no garantizó las condiciones ni las instalaciones para su prestación, Aunado a lo anterior, porque la retención del salario es ilegal al tenor de lo establecido en el artículo 149 del C.S del T. y además se vulneró el derecho a la igualdad por parte del empleador

4. El derecho a la huelga

El artículo 56 de la Constitución Política de Colombia estableció que “Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador”. Por su parte, la Corte Constitucional¹² ha definido este derecho así:

"La huelga constituye un instrumento de vital importancia en el marco de las relaciones laborales entre trabajadores y empleadores, toda vez que sirve de medio legítimo de presión para alcanzar mejores condiciones de trabajo y, de esa manera, un equilibrio y justicia sociales, así como el respeto de la dignidad humana y la materialización de los derechos del trabajador. Es abundante la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el contenido y alcance del referido derecho, así como su especial protección dentro del ordenamiento constitucional, incluyendo los instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia C-432/96', en la que la Corte sintetizó esquemáticamente los distintos criterios jurisprudenciales sobre este tema, así:

¹² Ver sentencias de la Corte Constitucional C-201 de 2002 C-691 de 2008, C466 de 2008 y C-349 de 2009

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

- El derecho a la huelga no es un derecho fundamental, puesto que para su ejercicio requiere de reglamentación legal.
 - Sólo puede ejercerse legítimamente el derecho a la huelga cuando se respetan los cauces señalados por el legislador.
 - El derecho a la huelga puede ser objeto de tutela cuando se encuentra en conexión íntima con los derechos al trabajo y a la libre asociación sindical, derechos que sí ostentan el carácter de fundamentales.
 - El derecho a la huelga solamente puede excluirse en el caso de los servicios públicos esenciales, cuya determinación corresponde de manera exclusiva al legislador, o los señalados como tales por el Constituyente, de acuerdo con la interpretación realizada acerca del contenido de las normas constitucionales vigentes.
 - El derecho a la huelga puede ser restringido por el legislador para proteger el interés general y los derechos de los demás.
 - El derecho a la huelga también puede ser restringido por el legislador cuando de su ejercicio se deriva la alteración del orden público.
 - De acuerdo con estos parámetros, puede afirmarse que, según la Constitución, el derecho de huelga está restringido de dos formas:
 - a). Está prohibido su ejercicio en los servicios públicos esenciales que determine el legislador y, obviamente en los señalados como tales por el Constituyente, de acuerdo con la interpretación realizada acerca del contenido de las normas constitucionales vigentes.
 - b). En los demás casos, su ejercicio debe ceñirse a la reglamentación que de él haga el legislador.
- En el mismo pronunciamiento, la Corte sostuvo que el núcleo esencial del derecho de huelga consiste en "la facultad que tienen los trabajadores de presionar a los empleadores mediante la suspensión colectiva del trabajo, para lograr que se resuelva de manera favorable a sus intereses el conflicto colectivo del trabajo. Esta facultad, claro está, no es absoluta. El punto es que la huelga constituye un mecanismo cuya garantía implica el equilibrar las cargas de trabajadores y empleadores en el marco del conflicto colectivo de trabajo. Las restricciones al derecho de huelga deberán tener en cuenta este propósito, de modo que si bien este derecho puede ser limitado con el fin de proteger otros de mayor jerarquía (v. gr, los derechos fundamentales) o el interés general (bajo la forma del orden público, por ejemplo), el poder que la Constitución pretende reconocer a los trabajadores no puede quedar desfigurado."

Por su parte, el artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 1 de la Ley 1210 de 20087 establece las funciones de las autoridades durante el desarrollo de la huelga. En su numeral 4º, modificado por la misma ley, prevé que cuando esta se prolongue durante más de 60 días calendario sin que las partes encuentren solución, podrán convenir cualquier mecanismo de composición o arbitraje. Si ello no funcionare, intervendrá de oficio o a petición de parte una subcomisión de la Comisión de Concertación de Políticas Sociales o Laborales.

El artículo 450, ibídem, literal a) establece que la suspensión colectiva de trabajo es ilegal cuando se trate de un servicio público.

5. La administración de justicia como servicio público esencial

El artículo 228 de la Constitución Política de Colombia preceptúa que "*La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes (...)*"

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

572

El artículo 125 de la Ley 270 de 1996 establece que "La Administración de Justicia es un servicio público esencial". Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C 037 de 1996 señaló que:

"Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata, como bien lo anota la disposición que se revisa, del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica, de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo"

Conforme a lo anterior, es deber de los funcionarios de la Rama Judicial prestar un servicio en forma permanente y regular que busque la convivencia social y pacífica y el orden político, económico y social justo. Al respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante sentencia de tutela proferida el 16 de abril de 2015, expuso:

"...Bajo tal entendido, el artículo 228 superior impone que la administración de justicia y las distintas actuaciones indispensables para cumplir con el fin de preservar el orden económico y social justo, deben ceñirse invariablemente al principio de continuidad. Ello demanda de los empleados y funcionarios vinculados a la Rama Judicial la obligación de prestar el servicio de justicia en forma permanente y regular, sin interrupciones en el tiempo ni en el espacio, salvo las excepciones de ley.

Precisamente por lo expuesto no se garantiza el derecho de huelga en los servicios públicos esenciales, entre ellos el de administración de justicia, derecho que, además, no es absoluto sino relativo en tanto puede ser restringido por el interés general, la satisfacción de los derechos de los demás, y cuando de su ejercicio se derive alteración del orden público.

Empero, las restricciones que el legislador imponga al ejercicio del derecho de huelga no pueden ser arbitrarias, ni desconocer su magnitud jurídica pues lo harían inoperante."

Al ser entonces la administración de justicia un servicio público esencial, ello impide garantizar el derecho de huelga con arreglo al interés general. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional¹³:

"Nótese como el principio de continuidad de la jurisdicción, cuyo origen se encuentra en el reconocimiento de la Administración de justicia como servicio público esencial, conduce a determinar que cualquier cese de actividades o suspensión del trabajo resulta contrario al ordenamiento constitucional y, por lo mismo, no tiene ninguna fuerza vinculante ni para los sujetos procesales, ni para los funcionarios judiciales que se abstengan de participar en dichas jornadas de protesta, ni para la comunidad en general".

¹³ Sentencia T 1165 de 2003

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

6. El paro en la Fiscalía General de la Nación

Mediante Circular No 0014 del 18 de noviembre de 2014¹⁴, el Fiscal General de la Nación hizo un llamado a todos los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación para que brindaran continuidad en la prestación del servicio de administración de justicia y garantía del derecho al trabajo de sus servidores. En tal sentido, solicitó suspender aquellas actuaciones que impiden el ingreso de los funcionarios a ejercer sus labores.

Asimismo ordenó a los Directores Nacionales y Seccionales de la Fiscalía General de la Nación para que reportaran en dicha fecha a los funcionarios que no estaban cumpliendo con sus funciones y, de ser el caso, procediera a hacerse efectiva la deducción salarial por inasistencia al lugar de trabajo. Informó además que aquellas dependencias no tendrían turno de navidad y año nuevo en caso de que a los funcionarios les fuese imposible compensar el tiempo de descanso dentro de las fechas y horarios que la entidad haya establecido para tal fin.

Luego, mediante memorando No 000041 del 20 de noviembre de 2014¹⁵, el director nacional de apoyo a la gestión de la Fiscalía General de la Nación, indicó a los directores y subdirectores nacionales, directores seccionales, subdirectores seccionales de apoyo a la gestión jefe del departamento de administración de personal y subdirector de tecnologías de la información, que teniendo en cuenta la circular No 0014 referida anteriormente:

“1. Es deber de los Directores Nacionales y Seccionales reportar y certificar los servidores de su respectiva dependencia que no han prestado efectivamente el servicio en el mes de noviembre de 2014, identificando puntualmente al trabajador. Así como los días que no laboró, a más tardar el 21 de noviembre a las 11:00 a.m, al correo electrónico informes.despachos@fiscalia.gov.co y al Departamento de Administración de Personal o Subdirección Seccional de Apoyo a la gestión según corresponda, so pena de las medidas administrativas o disciplinarias a que haya lugar

(...)

6. Se deberá incluir en el sistema STARSISCO la novedad de días no laborados de los servidores que no han prestado efectivamente el servicio, de conformidad con las certificaciones aportadas por los Directores Nacionales y Directores Seccionales que corresponden.

8. Los Subdirectores Seccionales que cerraron la nómina y que a la fecha no han registrado su pago, deben reversar la cadena presupuestal y efectuar los registros con base en la nueva nómina.

(...)

¹⁴ Ver folio 18 del expediente

¹⁵ Ver folios 19 a 22 del expediente

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

13. Los aportes al Sistema de Seguridad Social se realizarán en un 100% a los servidores que no hayan prestado el servicio, con miras a garantizar el derecho a la seguridad social y bajo el entendido que no se encuentra suspendida la relación legal y reglamentaria con la entidad, para lo cual deberá liquidarse en autoliquidación periódica o autoliquidación por corrección. Posteriormente, se realizarán los cobros correspondientes al porcentaje de aporte del empleado.

(...)

Es responsabilidad en el cumplimiento de las directrices impartidas por el señor Fiscal General de la Nación y del proceso de no pago de salarios por no prestación efectiva del servicio, recae directamente en los Directores Nacionales, Directores Seccionales y Subdirectores de Apoyo a la Gestión, por lo cual se requiere de su absoluto compromiso y dedicación.”

7. La deducción de salarios como consecuencia de la huelga o paro

Desde el año 1904 con la expedición del Decreto 1036 se indicó que para que el empleado público perciba su sueldo o salario, deberá existir previa comprobación de la prestación del servicio y ello se realiza a través de la nómina en la que el jefe de la respectiva oficina certifica el cumplimiento de los deberes por parte del funcionario durante el tiempo reconocido. Por su parte el Decreto 186 de 1925 indicó *"los pagos por sueldos serán por servicios rendidos y deben comprobarse debidamente en la forma establecida por el Departamento de Contraloría"*.

El decreto 1647 de 1967 estableció:

ARTÍCULO 1º.- Los pagos por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital, municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios rendidos, los cuales deben comprobarse debidamente ante los respectivos funcionarios de la Contraloría General de la República y las demás Contralorías a quienes corresponde la vigilancia fiscal. **(Ver artículo 7 Decreto 1706 de 1989)**

ARTÍCULO 2º.- Los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los empleados públicos y trabajadores oficiales de que trata el artículo anterior, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal

Resalta la Sala que la norma no tiene como finalidad establecer una investigación ni una sanción disciplinaria sino de ordenar de plano el descuento por inasistencias injustificadas a trabajar como consecuencia de la no prestación del servicio. En consecuencia, al constituir la norma un imperativo de obligatorio acatamiento para la entidad, debe proceder a descontar el salario por la no prestación del mismo.

Ahora bien, en lo que toca al no pago de salarios por huelga o paro, el Código Sustantivo del Trabajo señaló:

ARTICULO 51. SUSPENSION. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo se suspende:

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

(...)

7. Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley.

Y la consecuencia legal de dicha suspensión se estableció en el artículo 53 de la misma norma que señaló:

ARTICULO 53. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN. Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

Teniendo en cuenta entonces la consecuencia jurídica de la suspensión por huelga declarada, y ante la especialidad de dicha norma no es aceptable el argumento de la parte demandante según el cual existió una retención ilegal del salario por incumplimiento de los presupuestos del artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo¹⁶, en la medida en que esta norma trae a colación situaciones fácticas diferentes a los descuentos de salario como consecuencia de la suspensión del contrato por huelga declarada.

Ahora bien, en lo tocante al no pago de salario por la cesación del servicio por huelga o paro, la Corte Constitucional¹⁷ ha señalado:

"...es preciso distinguir entre paro colectivo de labores en actividades donde la clase de servicios que se realizan y por la calidad de los funcionarios, está prohibida cualquier suspensión de los mismos y el cese de actividad ocasionado por motivo de una huelga legalmente declarada, ya que son fenómenos que no se pueden equiparar jurídicamente, pues 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 lo es la solución de conflictos económicos o de interés y requiere una serie de pasos o trámites que deben ser agotados previamente, el denominado "paro", 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

¹⁶ **ARTICULO 149. DESCUENTOS PROHIBIDOS.**

<Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1429 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:>

1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento.

2. <Ver Notas del Editor> Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley.

3. Los empleadores quedarán obligados a efectuar oportunamente los descuentos autorizados por sus trabajadores que se ajusten a la ley. El empleador que incumpla lo anterior, será responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione al trabajador o al beneficiario del descuento

¹⁷ Sentencia T 331 A de 2006

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

576

finalidad prevista para la huelga, ni con los pasos previstos por la ley para ésta. De otra parte se encuentra proscrita conforme a lo señalado en el artículo 379 literal e) del Código Sustantivo del Trabajo, como actividad prohibida a los sindicatos'.

Por su parte, la sentencia T 1059 de 2001, en lo que se refiere a los descuentos referidos indicó:

"El Decreto 1647, en su artículo 1° 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 2° ibídem señala que los funcionarios que deben 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 se 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 las 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 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 2° 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, cuando quiera que un servidor público no presta el servicio a que se encuentra obligado sin justificación de ley.

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 consecuencia, si para los casos en que se desarrolla una huelga declarada conforme a la ley no es dable el pago de salarios, - salvo cuando la misma es imputable al empleador por incumplimiento de sus obligaciones laborales- menos puede serlo cuando se presenta un paro expresamente prohibido por la Ley.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

Se concluye entonces que el no pago de salarios es procedente cuando el servidor público no ha prestado el servicio y surge para la entidad el deber concomitante de abstenerse de pagarlo, pues tratándose de recursos públicos, su destinación no puede realizarse con fines diferentes a la misma prestación del servicio.

Al efecto, esta corporación ha indicado con ocasión de acciones de tutelas interpuestas por empleados de la entidad demandada en la que han pedido el reconocimiento salarial aquí discutido, que el demandante no puede alegar su propia culpa a su favor, esto es, no debe ser responsable de los hechos que presuntamente vulneran los derechos invocados, pues su finalidad no es “*subsanan los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante*”¹⁸ Lo anterior para significar que las consecuencia de la participación voluntaria en un paro colectivo, no pueden luego ser trasladadas a la entidad demandada.

De otra parte, el Consejo de Estado¹⁹ también ha contemplado la posibilidad de recuperar el tiempo no laborado a efectos de pagar los salarios, cuando encuentra la causa justificada para la inasistencia. Así lo ha dicho la corporación:

“... Sin embargo, sin querer desconocer los antecedentes constitucionales, normativos y jurisprudenciales expuestos, se advierte que situación distinta sería en aquellos casos donde pese a la existencia de un cese de actividades, los respectivos nominadores certifican que el empleado si laboró o que existen propuestas en caminadas a recuperar el tiempo durante el cual no se laboró, lo cual automáticamente reconocería el derecho al pago de salarios, eventos en los cuales, de no hacerse el mismo, si se podría determinar un actuar arbitrario ”

Ahora bien, no obstante lo dicho ha sido criterio de este Tribunal que si el servidor público se presenta a su sitio de trabajo y contra su voluntad se le impide el ingreso existirá razón suficiente para no descontar el tiempo dejado de laborar pues, es claro que, nadie está obligado a lo imposible y que es deber del Estado garantizar la normalidad en los sitios de trabajo, como prestar el servicios es, a su vez, la obligación del servidor, en estas condiciones, si la entidad retarda su obligación, y así se prueba, no puede considerarse que el servidor ha dejado de cumplirla y por ello no tiene derecho a su salario.²⁰

¹⁸ Ver entre otras las sentencias de tutela proferidas por este Despacho dentro de los proceso 2014-588, 2014-577, 2014-593.

¹⁹ Consejo de Estado- Sección Segunda Subsección B – sentencia de tutela proferida el 5 de marzo de 2015- No radicado 05001-23-33-000-2014-02262-01(AC). Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez

²⁰ Sentencia fechada del 12 de octubre de 2017. No radicado 15001-33-33-007-2016-00058-01 – Magistrada Ponente Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Dte Rafael Ramírez López contra la Fiscalía General de la Nación

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

578

8. Caso concreto

8.1. De la reclamación administrativa

No está en discusión el desarrollo del paro que se presentó en el año 2014, durante los meses de octubre a diciembre. Sin embargo, argumentó el demandante que la no prestación del servicio no es una causa de su voluntad sino de los bloqueos en el ingreso a las oficinas de la entidad, lo cual es imputable a la demandada en tanto no garantizó la entrada a las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual el demandante solicitó el reconocimiento del salario del año 2014 y la consecuente reliquidación de sus prestaciones sociales. Al respecto obra la siguiente documental en el expediente:

- Petición elevada por la demandante a través de apoderado judicial en la que solicita al Fiscal General de la Nación el reconocimiento y pago del salario del mes de noviembre de 2014 y la reliquidación y pago de todas sus prestaciones sociales teniendo en cuenta dicho salario, el cual se dejó de pagar como consecuencia del paro judicial desarrollado en dicho mes²¹.

- La anterior petición fue resuelta de manera negativa mediante Oficio No SSAG-OTH No 1632 del 16 de agosto de 2016²² por medio del cual el subdirector seccional de apoyo a la gestión seccional Boyacá de la Fiscalía General de la Nación indicó al apoderado judicial de la demandante que los salarios correspondientes al mes de noviembre de 2014 fueron cancelados siguiendo las directrices impartidas por el despacho del Fiscal General de la Nación, según circular del 18 de noviembre de 2014 y memorandos No 000041 y 000044 de noviembre y diciembre de 2014, cuyo contenido ya fue relacionado en esta providencia.

- En contra de la anterior decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los cuales fueron resueltos en el mismo sentido mediante resolución No 23623 del 13 de diciembre de 2016.

²¹ Ver folios 13 a 16 del expediente.

²² Ver folio 17 del expediente

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

9. Solución al problema jurídico planteado

La Sala analiza y resuelve los argumentos del recurso de apelación en el siguiente sentido:

a. Se vulneró el debido proceso al demandante al imponer la sanción del no pago de salarios sin mediar procedimiento alguno que garantizara su derecho de contradicción y defensa

Respecto a este argumento del recurso de apelación el mismo no prospera, por cuanto la Sala reitera que el Decreto 1647 de 1967 no tiene como finalidad establecer una investigación ni una sanción disciplinaria, sino ordenar de plano el descuento por inasistencias injustificadas a trabajar como consecuencia de la no prestación del servicio. En consecuencia, al constituir la norma un imperativo de obligatorio acatamiento para la entidad, debe proceder a descontar el salario por la no prestación del mismo

Es decir, el descuento referido no constituye un castigo o sanción a la infracción de una norma, pues es el resultado inmediato de la no prestación del servicio sin causa justificada.

En el mismo sentido, no es dable aducir el derecho a la igualdad respecto de otros servidores a quienes se les haya pagado sus respectivos salarios, por cuanto en cada caso, el cumplimiento de funciones debe ser estudiado de manera individual, y en el caso bajo estudio no se cuenta con el material probatorio que permita individualizar a cada empleado en el cumplimiento de sus funciones

b. El paro no fue declarado ilegal

Como lo indicó la Sala en su momento, no es dable comparar el paro colectivo de labores en actividades donde la clase de servicios que se realizan y por la calidad de los funcionarios, está prohibida cualquier suspensión de labores, y el cese de actividad ocasionado por motivo de una huelga legalmente declarada.

58

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

Lo anterior porque el derecho a la huelga busca solucionar conflictos económicos y requiere un procedimiento establecido por la ley, en cambio, el paro colectivo está prohibido por el artículo 379 del Código Sustantivo del trabajo y por ende no está protegido por la Constitución ni la ley, ya que no cumple con la finalidad prevista para la huelga. Es dable recordar además que la huelga está limitada para la prestación de servicios públicos esenciales como el de la administración de justicia.

En consecuencia, el paro judicial no debía ser declarado ilegal por cuanto desde su nacimiento ya lo era, luego este argumento del recurso de apelación no está llamado a prosperar.

c. Que la retención de salarios del mes de noviembre de 2014 hecha a la demandante, por parte de la Fiscalía General de la Nación fue ilegal, en tanto desconoció lo establecido en los artículos 149 y 150 del Código Sustantivo del Trabajo

Considera la Sala que dicho argumento no está llamado a prosperar en tanto tales preceptos hacen referencia a la prohibición que le asiste al empleador de hacer descuentos, deducir, retener o compensar suma alguna de dinero sin autorización expresa del empleador o sin previa orden judicial, situación fáctica que no coincide con los presupuestos de hecho que dieron origen a este asunto.

No obstante como se vio, el descuento del salario del mes de noviembre de 2014, en lo que hace referencia al Código Sustantivo del Trabajo tiene regulación especial, ya que los artículos 51 y 53 de la misma norma preceptúan que la consecuencia de la huelga legalmente declarada es la suspensión del contrato cuyos efectos se traducen en la interrupción para el trabajador de su obligación de prestar el servicio y para el empleador la de pagar los respectivos salarios.

Y es que, si esa es la consecuencia inmediata de una huelga declarada en los términos de la Ley, es decir, son los efectos que se derivan para el trabajador y empleador en aquellos eventos en que la huelga es legal, con mayor razón lo debe ser, para servicios en los que su declaración no se considera legal, como es el caso del servicio de administración de justicia.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

d. Que el demandante cumplió sus funciones en la medida de sus posibilidades y asistió a prestar sus servicios en el horario habitual. No obstante el no ingreso a las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación obedeció a los bloqueos realizados como consecuencia del cese de actividades y la entidad no garantizó la adecuación de otro sitio para la prestación de los servicios.

Para desatar dicho argumento tiene en cuenta la Sala que se acreditaron en el plenario los siguientes hechos:

- Que durante los meses de noviembre y diciembre del 2014, la Fiscalía General de la Nación se encontraba en cese de actividades, hecho que no se encuentra en discusión por ninguna de las partes.

-Que como consecuencia del paro colectivo de actividades, al demandante y demás compañeros de la Fiscalía General de la Nación les fue bloqueado el ingreso a las oficinas para el desempeño de funciones, situación que se acreditó con las pruebas testimoniales recaudadas que afirmaron lo siguiente:

JAVIER CABALLERO SABOYA, indicó entre otras cosas que:

- Que le consta que el demandante para la época del paro judicial de 2014 permaneció en las instalaciones de la Fiscalía ubicadas en la calle 20 No 7 – 38, lo cual se puede corroborar con las planillas que se debían diligenciar al momento de ingresar.
- Que las instalaciones de la entidad ubicadas en la carrera 10 No 20 – 21 estaba bloqueada para su ingreso con cadenas y candado aunado a que los computadores se encontraban en bolsas en virtud de reparaciones locativas que se estaban haciendo en la entidad.
- Adujo que no tiene conocimiento si el demandante pudo desarrollar sus funciones durante el cese de actividades.
- Que la entidad no adecuó otro lugar para el desarrollo de las funciones.
- Que existieron planillas que se diligenciaban al momento de ingreso y de salida.
- Que con ocasión del cese de actividades por cuenta del paro de 2014, la Dirección de la Fiscalía elaboró un listado de los funcionarios que no laboraron durante el paro.
- Que el demandante fue empleado fundador del sindicato UNISERCTI, por tanto tenía fuero circunstancial por seis meses, que no fue respetado por la entidad.

ANTONIO LUIS ELJAIK OROZCO reiteró las mismas circunstancias referidas por el testigo anterior.

- Que ante la imposibilidad de ingreso a las oficinas, los trabajadores de la Fiscalía General de la Nación, en este caso del CTI – suscribieron planillas de asistencia, dentro de las que se evidencia que el demandante se hacía presente a cumplir con su

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
 Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
 Demandado : Fiscalía General de la Nación
 Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

horario respectivo. Se encuentra en dicha planilla su firma, salvo para el día 12 de noviembre en el que firmó hora de entrada en la jornada de la mañana pero no hora de salida; y su vez, para el día 21 de noviembre de 2014 no aparece diligenciada la planilla para la jornada de la tarde.²³

- Se encuentra acreditado que el señor **LUIS ALBERTO HERNÁNDEZ CASTILLO** se desempeñaba como Técnico investigador II de la Subdirección Seccional de Policía Judicial - CTI - de la Fiscalía General de la Nación²⁴ y que para el año 2014 devengaba un salario mensual de \$ 2.035.950²⁵. No obstante, se encuentra en el expediente certificado de devengados y deducidos por la demandante para el año 2014 en el que se evidencia que en el mes de noviembre no se pagaron salarios, hecho que afectó la liquidación de sus prestaciones.²⁶

°Obra igualmente certificado suscrito por la Directora Seccional de la Fiscalía General de la Nación seccional Boyacá el día 24 de noviembre de 2014 en la que se indicó:

“Que, teniendo en cuenta la Circular 0014 del 18 de noviembre de 2014 emitida por el Señor Fiscal General de la Nación donde imparte instrucciones sobre el deber de dar aplicación a las deducciones salariales a las que haya lugar por la no prestación efectiva del servicio en concordancia con el Memorando No 0041 del 20 de noviembre de 2014 suscrito por el doctor HÉCTOR TOVAR QUIROGA Director Nacional de Apoyo a la Gestión, una vez revisadas las planillas y reportes presentado por la Doctora OMAIRA MONTROYA BLANCO, Subdirectora Seccional de Fiscalías y Seguridad ciudadana de Boyacá, Doctora CIELO MARBEL GARCÍA GARCÍA, Subdirectora Seccional de Policía Judicial CTI Boyacá y el Doctor GABRIEL EDUARDO BEDOYA MUÑOZ, Subdirector de Apoyo a la Gestión Seccional Boyacá, consolidada la información se expide listado de los ciento setenta (170) servidores que por encontrarse participando en la Jornada de Cese de Actividades convocado por Asonal Judicial y otros sindicatos de la Rama Judicial no han laborado en el mes de noviembre del presente año. Se anexa cuadro resumen de funcionarios y días no laborados el cual fue consolidado por Olga Lucía Cárdenas Galindo de la Oficina de Personal y aprobado por el Doctor Gabriel Eduardo Bedoya Muñoz Subdirector de Apoyo a la Gestión”

En el listado anexo aparece certificado el señor **LUIS ALBERTO HERNÁNDEZ CASTILLO** con un total de 24 días no laborados²⁷, donde se evidencia que el funcionario se encontraba en cese de actividades.

²³ Ver folios 230 a 328 del cuaderno No 2 del expediente.

²⁴ Ver folio 336 en concordancia con los folios 329 a 337 del cuaderno No 2 del expediente

²⁵ Ver folio 338 del cuaderno No 2 del expediente

²⁶ Ver folio 338 del cuaderno No 2 del expediente

²⁷ Ver folios 23 a 27 del cuaderno No 1 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

De otra parte, obra oficio No 015 del 9 de marzo de 2018²⁸ por medio del cual la presidenta de Unión de Servidores del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación señaló:

“Para el mes de noviembre de 2014, se llevó a cabo huelga que implicó cese de actividades de algunos funcionarios de la rama judicial.
Para el mes de noviembre del año 2014, las instalaciones ubicadas en la carrera 10 No 10 – 21 y la calle 20 No 7 – 38 en la ciudad de Tunja, fueron bloqueadas con ocasión a la huelga, lo que no permitió el ingreso de servidores de la Fiscalía General de la Nación que allí laboraban”

En consecuencia, dada la autenticidad que se presume respecto de la certificación expedida por la Directora Seccional de la Fiscalía General de la Nación seccional Boyacá el día 24 de noviembre de 2014 y sin que la misma haya sido tachada de falsa, además del documento referido anteriormente, se tiene por acreditado que el demandante se encontraba en cese de actividades y de su inasistencia a prestar el servicio durante los días certificados del mes de noviembre de 2014.

No desconoce la Sala que obran en el proceso testimonios rendidos por JAVIER CABALLERO SABOYA y por ANTONIO LUIS ELJAIEK OROZCO en los que afirman que el ingreso a las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación se encontraba bloqueado, es decir, que la no prestación del servicio no obedeció a la voluntad de los trabajadores. Pese a lo anterior los testigos también afirmaron que el demandante asistió al lugar de concentración de los empleados pero señalaron que no les consta la prestación del servicio.

Se considera entonces que no se probó dentro del expediente que el demandante hubiese querido acudir a prestar sus servicios y que los bloqueos fueron la causa de su no ingreso, toda vez que el Decreto 1647 de 1967 exige en su artículo 2 que la prestación del servicio debe estar certificada para realizar el pago de salarios, por lo que no puede pretender la parte actora acreditarla vía testimonial, cuando la norma y la jurisprudencia, exigen prueba documental.

En concordancia con lo anterior, no se derrumbó la autenticidad de la certificación expedida por la funcionaria pública ya mencionada, que dio cuenta de la no prestación del servicio por parte de la demandante, la cual se presume auténtica conforme a las

²⁸ Ver folio 222 del cuaderno No 2 del expediente.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

580

previsiones del artículo 244 del C.G.P. Lo anterior, teniendo en cuenta además que el artículo 225 de la misma norma preceptúa que la prueba testimonial no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato.

De otra parte tiene en cuenta la Sala que según afirmaciones de los hechos de la demanda, así como lo referido por los testigos, el demandante fue empleado fundador del sindicato UNISERCTI, y participó en el cese de actividades, luego su pertenencia a dicha organización con fuero de fundador, no le permite ahora trasladar la responsabilidad de su imposibilidad para trabajar, a la entidad demandada, reiterando que al trabajador no le está permitido alegar su propia culpa en su favor.

Son los anteriores argumentos los que llevan a esta Sala a confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que el derecho a la huelga no se garantiza en los servicios públicos esenciales como el de administración de justicia, no se probó la prestación del servicio y por el contrario se allegó la certificación en sentido contrario, y finalmente no se acreditaron circunstancias concomitantes como la recuperación del tiempo no laborado.

5. Costas y agencias en derecho

Conforme a las previsiones del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el numeral 3 del artículo 365 del C.G. del P, se condenará en costas a la parte demandante y se liquidarán por el juzgado de origen conforme a las previsiones del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del circuito de Tunja el día 29 de enero de 2019, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Luis Alberto Hernández Castillo
Demandado : Fiscalía General de la Nación
Expediente : 15001-33-33-008 -2017-00057-01

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante. Su liquidación la hará el juzgado de origen conforme a las previsiones del artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al juzgado de origen previas las constancias a que haya lugar.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 47- de hoy: 6 MAR 2020
EL SECRETARIO