



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO**

Tunja, ocho (8) de abril dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JAVIER CABALLERO SABOYÁ

DEMANDADO: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

RADICACIÓN: 150013333015 2017 00078-00

I. ASUNTO

Decide el despacho sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por JAVIER CABALLERO SABOYÁ, contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN con el objeto que se declare la nulidad del Oficio DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016 que negó el reconocimiento y pago de la totalidad del salario devengado en el mes de noviembre de 2014 y la reliquidación de sus prestaciones sociales, así como la nulidad del Oficio DS-25-12-043-1 No. 2052 de 7 de octubre de 2016 y la Resolución 23624 de 13 de diciembre de 2016 que resolvieron desfavorablemente los recursos de reposición y apelación respetivamente, en contra del Oficio DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016.

II. SÍNTESIS DEL CASO

El señor JAVIER CABALLERO SABOYÁ funge como Técnico Investigador I en la Fiscalía General de la Nación. Para el mes de noviembre de 2014, se presentó un cese de actividades en la entidad convocado por Asonal Judicial, circunstancia que devino en el no pago de salarios del mes de noviembre de 2014 al demandante y que a su vez se reflejó en la liquidación de sus prestaciones sociales.

Así entonces, el accionante pretende a partir de la declaratoria de nulidad de los actos acusados, el reconocimiento y pago del salario devengado en el mes de noviembre de 2014 y la reliquidación de sus prestaciones sociales.

III. LA DEMANDA

3.1. Pretensiones.

El señor JAVIER CABALLERO SABOYÁ, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del CPACA, contra la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera: Que mediante sentencia que en los términos del artículo 187 y ss. del CPACA ponga fin al proceso administrativo se declare judicialmente nulos los siguientes actos administrativos:

- DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016 mediante el cual el Subdirector Seccional de Apoyo a la Gestión Seccional Boyacá despacha en forma negativa la petición radicada el día 02 de agosto de 2016, con el radicado N° 20160250127292.

- DS-25-12-043-1 No. 2052 de 7 de octubre de 2016, mediante el cual el Subdirector Seccional de Apoyo a la Gestión Seccional Boyacá no repone el acto administrativo DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016 y concede el de apelación solicitado.

- Resolución 23624 de 13 de diciembre de 2016 (notificada el 17 de enero de 2017) mediante el cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto en contra del acto administrativo DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016.

Segunda: Que mediante sentencia en los términos del artículo 187 y ss. del CPACA y a título de restablecimiento del derecho se condene a la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, persona jurídica de derecho público identificada con el Nit. N° 800.152.783-2 representada legamente por el señor Fiscal General de la Nación NESTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA, quien en un futuro haga sus veces, a reconocer, liquidar y pagar la totalidad del salario correspondiente al mes de noviembre de 2014, con sus respectivos intereses desde el desde de su causación y hasta que se verifique en su total y real pago, de la misma manera se ordene la reliquidación de primas bonificaciones, vacaciones, prestaciones sociales y de aportes a seguridad social integral en pensiones, más los respectivos intereses desde el día de su causación y hasta que se verifique su total y real pago ante la administradora de pensiones de mi poderdante y demás emolumentos a los que tenga derecho esto en virtud al concepto constitucional denominada IGUALDAD, artículo 13 de la carta.

TERCERA: Que la condena respectiva sea actualizada aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha del no pago hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

CUARTA: Que la entidad demandada NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, sea condenada a pagar las costas del presente proceso en los términos del artículo 188 del CPACA.

QUINTA: Que la entidad demandada NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, DÉ CUMPLIMIENTO A LA SENTENCIA en los términos del artículo 192 del CPACA.”

3.2. Fundamentos Fácticos

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la demanda son:

Señaló que el señor JAVIER CABALLERO SABOYÁ funge Técnico Investigador en la Fiscalía General de la Nación, entidad a la que se encuentra vinculado desde el 1 de enero de 2012.

Sostuvo que el demandante es funcionario sindicalizado desde la creación del sindicato, esto es desde el 23 de octubre de 2014, agregó que en el mes de noviembre de 2014 se desarrolló un paro judicial en todo el territorio nacional incluida la ciudad de Tunja, el cual no fue declarado ilegal.

Indicó que su poderdante desempeñó sus labores en la medida de lo posible, puesto que la Fiscalía General de la Nación no proporcionó las condiciones mínimas para el desarrollo de sus actividades ni para el ingreso a las instalaciones donde cumplía sus funciones, debiendo cumplir con toda la carga laboral asignada antes, durante y después del cese de actividades.

Expresó que la Fiscalía no le canceló el salario del mes de noviembre de 2014, afectando la liquidación de las demás prestaciones sociales.

Sostuvo que la entidad demandada no verificó qué funcionarios cumplieron con sus actividades ni la causa por la cual no se encontraba en sus puestos de trabajo, por el contrario de manera arbitraria decidió a que funcionarios le cancelaba el salario y a cuáles no. Añadió que la Fiscalía General de la Nación reconoció y pago el salario del mes completo a empleados que no prestaron sus servicios y se encuentran relacionados en el listado de días no laborados con ocasión del paro.

Manifestó que el día 2 de agosto de 2016, el demandante presentó petición en que solicitaba el reconocimiento y pago del salario del mes de noviembre de 2014, así como la liquidación de sus prestaciones sociales, solicitud que fue resuelta desfavorablemente mediante Oficio DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016. Contra el acto anterior interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación el día 5 de septiembre de 2016, los cuales fueron resueltos en el mismo sentido a través del Oficio DS-25-12-043-1 No. 2052 de 7 de octubre de 2016 y la Resolución 23624 de 13 de diciembre de 2016, respectivamente.

3.3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

Señaló como normas violadas los artículos 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 240 de la Constitución Política y los artículos 10 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sostuvo que la Fiscalía General de la Nación desconoció los derechos fundamentales al trabajo y debido proceso del demandante, al dejar de cancelarle el salario correspondiente al mes de noviembre de 2014, situación que también incidió en la liquidación de sus prestaciones sociales.

Indicó que el no pago de salarios se realizó sin agotar previamente un debido proceso y sin la autorización previa del demandante, sumado a que la entidad no propició las condiciones de ingreso a las instalaciones en donde funciona la oficina en que el demandante debe cumplir sus actividades, así mismo, tampoco realizó un control adecuado de quienes estaban desarrollando sus funciones.

Manifestó que se vulneró el derecho a la igualdad en cuanto la entidad demandada ordenó el pago del salario del mes de noviembre de 2014, a algunos funcionarios que participaron en el paro y no prestaron sus servicios.

IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 71-81)

La entidad demandada contestó la demanda a través de apoderada judicial. En el escrito, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, para tal efecto argumentó que las actuaciones desplegadas por la Fiscalía General de la Nación se encuentran sujetas al ordenamiento legal, dado que el pago de los salarios es una contraprestación del servicio y en consecuencia ante el cese del mismo, cesa la obligación de pago, en ese sentido, citó las sentencias T-413 del 2000 y C-1369 del 2000 proferidas por la Corte Constitucional.

Expresó que el Decreto 1467 de 1967, establece que el funcionario a quién corresponde certificar la prestación de los servicios, debe comunicar la ausencia del empleado y por ende el descuento por los días no laborados sin justificación legal. Agregó que este procedimiento no requiere formalidad especial alguna para aplicar los descuentos o incluso el no pago, dado que procede en virtud de la norma frente a un servidor público no presta los servicios a que se encuentra obligado sin justificación.

Propuso como excepciones las que denominó “caducidad” y “cumplimiento de un deber legal”.

V. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.¹ En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso:

5.1. Saneamiento del proceso (ART. 180-5 CPACA)

En esta etapa se señaló que si bien el Oficio DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016, no expresó de manera concreta que negaba el reconocimiento y pago del salario del mes de noviembre de 2014, el mismo

¹ Consejo de Estado. Providencia de veintidós (22) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Rad. No.: 44001-23-33-000-2014-00111-01(56917). CP: HERNÁN ANDRADE RINCÓN "...en la audiencia inicial el juez y las partes delimitan el andamiaje de lo que será el proceso contencioso administrativo, por cuanto se sana toda posible irregularidad, se resuelven las excepciones previas –por lo que se evitarán decisiones inhibitorias–, se delimita el litigio o la controversia para que exista un acuerdo entre las partes sobre los hechos y problemas jurídicos sobre los que se contraerá la discusión y se resuelve sobre el decreto de los medios de convicción que servirán de apoyo para dilucidar los hechos y excepciones formulados"

se constituye como el acto administrativo definitivo pasible de control judicial basado en los siguientes argumentos: i) la omisión de la entidad de emitir un pronunciamiento de fondo a la petición no puede acarrear consecuencias negativas al peticionario, ii) cualquier duda respecto a la naturaleza del acto causado debe resolverse a favor del accionante bajo el presupuesto de que la entidad no puede beneficiarse de su propia culpa y iii) el oficio demandado concluyó la actuación administrativa.

5.3. Excepciones previas (ART. 180-6 CPACA)

En audiencia celebrada el 7 de noviembre de 2017, se declaró no probada la excepción de caducidad, teniendo en cuenta que la Resolución No. 23624 de 13 de diciembre de 2017 fue notificada el 17 de enero de 2017 y la solicitud de conciliación prejudicial se presentó el 17 de abril de 2017, es decir, habían transcurrido 2 meses y 10 días, por lo que restaban 20 días para interponer el medio de control en término.

La constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad fue expedida el 19 de mayo de 2017 y la demanda fue interpuesta el 24 del mismo mes y año, por ende, se concluyó que la demanda fue presentada en término.

5.4. Fijación del litigio (ART. 180-7 CPACA)

En el sub lite a folio 84vto.-85 y en CD a folio 86 de la audiencia inicial se fijó el litigio respecto los hechos relevantes y el problema jurídico, así:

5.2.1. Hechos relevantes

Frente a los hechos se señaló que se encuentra acreditado lo relacionado con el acto mediante el cual se negó la petición del demandante, así como los que resolvieron desfavorablemente los recursos. Así mismo, que la entidad expidió la Circular 0014 de 18 de noviembre de 2014, el Memorando 000041 de 20 de noviembre de 2014 y la certificación que contiene un listado de 170 servidores no laboraron el mes de noviembre de 2014 debido al cese de actividades.

5.2.2. Problema jurídico

La controversia se contrae a determinar si en efecto los Oficios DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016 (fl. 17), DS-25-12-043-1 No. 2052 de 7 de octubre de 2016 (fls. 30 y vuelto) y la Resolución 23624 de 13 de diciembre de 2016 (fls. 34-42), los primeros expedidos por el Subdirector Seccional de Apoyo a la Gestión Seccional de Boyacá y el tercero por el Subdirector de talento humano de la Fiscalía General de la Nación, mediante los cuales se negó la solicitud de reconocimiento y pago del salario del mes de noviembre de 2014 y las reliquidaciones de las prestaciones sociales de acuerdo a la solicitud presentada por el señor JAVIER CABALLERO SABOYÁ a través de apoderado, se encuentran incursos en alguna causal de nulidad o violación del debido proceso, derecho de defensa o derecho a la igualdad y como restablecimiento del derecho se deben condenar a la FISCALÍA

GENERAL DE LA NACIÓN, al pago de los días de salario del mes de noviembre insolutos y la reliquidación de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, con los intereses moratorios respectivos, o si por el contrario del material probatorio recaudado no se configura ninguna causal de nulidad.

VI. AUDIENCIA DE PRUEBAS Y ALEGACIONES FINALES

6.1. Audiencia de pruebas

En audiencia de pruebas celebrada el 29 de noviembre de 2017 (fl. 463-468) se incorporaron algunas de las pruebas decretadas en audiencia inicial y se suspendió la diligencia.

El día 1 de marzo de 2018, se reanudó la audiencia de pruebas, se incorporaron y practicaron las demás pruebas faltantes, adicionalmente se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión y a la delegada Ministerio Público para que rindiera el concepto respectivo.

6.2. Alegatos de conclusión.

6.2.1. La parte demandante (fl. 512-515). Señaló que la Fiscalía General de la Nación no demostró que el demandante no haya cumplido con las labores asignadas durante el tiempo en que duró el paro, así como tampoco garantizó el cumplimiento de las actividades en un lugar diferente.

Manifestó que no se demostró que el servicio se haya afectado a causa del paro o que el mismo haya sido declarado ilegal, así mismo que el demandante se haya negado a cumplir con las funciones que le fuerin asignadas.

Sostuvo que en el expediente se demostró la violación de los derechos a la igualdad y al debido proceso del demandante.

6.2.2. La entidad demandada (fl. 516524). Reiteró los planteamientos esbozados con la contestación de la demanda.

6.2.3 Ministerio Público no se pronunció.

VII. CONSIDERACIONES.

7.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los Jueces Administrativos son competentes en primera instancia para conocer de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, cuya cuantía no exceda los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

7.2. Problema jurídico

La controversia se contrae a estudiar la legalidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016 y DS-25-12-043-1 No. 2052 de 7 de octubre de 2016 y la Resolución 23624 de 13 de diciembre de 2016, en consecuencia, si el señor JAVIER CABALLERO SABOYÁ tiene derecho al reconocimiento y pago de los días de salario del mes de noviembre de 2014 y la reliquidación de prestaciones sociales, así como los aportes a seguridad social.

7.3. Análisis probatorio

Previa descripción puntual del material probatorio recaudado en el proceso y que resulta relevante para resolver el problema jurídico planteado, es necesario recordar algunas reglas respecto a las formalidades y valoración de los elementos de convicción en los procesos de competencia de esta jurisdicción:

7.3.1. En cuanto a la valoración de los documentos aportados en copia simple, el artículo 246 del Código General del Proceso, establece:

“ARTÍCULO 246. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.”

En consecuencia, se dará mérito a las documentales aportadas en tal condición, dado que los antecedentes procesales revelan que no existe controversia entre los justiciables respecto a este tópico.

7.3.2. De otro lado, la declaración o interrogatorio de parte tiene como fin que partes puedan exponer su versión respecto de los hechos relevantes al proceso, con la posibilidad de que pueda configurarse en una confesión siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 191 del CGP.

7.3.3. En cuanto a las pruebas testimoniales, las mismas serán valoradas de acuerdo a las circunstancias específicas del caso² y de acuerdo con las reglas de la sana crítica tal como lo dispone el artículo 176 del C.G.P.³ Adicionalmente, para que los testimonios rendidos en el trámite del proceso puedan ser plenamente valorados se requiere que quien lo rinda sea un

² Artículo 211. Imparcialidad del testigo. (...)

El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

³ ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

tercero ajeno a las partes que conforman la Litis, así lo señaló el Consejo de Estado en sentencia de 12 de septiembre de 2012:

“Para que la prueba testimonial pueda valorarse en el curso de un proceso judicial, es necesario que la versión provenga de un tercero ajeno al mismo y no de quien se encuentra en uno de los extremos de la litis, evento éste en el cual lo procedente es acudir a la declaración de parte, con sujeción a las reglas que determinan su petición y práctica, medio de prueba éste cuyo propósito es la confesión y que puede ser practicado en el proceso con la única condición de que sea una de las partes la que solicite la citación de la otra, con el fin de interrogarla acerca de los hechos relacionados con el asunto debatido.”⁴

7.4. Pruebas relevantes

De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente como relevantes para la decisión del problema jurídico, se tienen las siguientes:

- Copia de la petición presentada por el señor Javier Caballero Saboyá en que solicita el reconocimiento y pago del salario del mes de noviembre de 2014 (fl. 14-16)
- Copia del Oficio DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016 que resolvió la petición. (fl. 17)
- Copia de la Circular No. 0014 de 18 de noviembre de 2014 emitida por la Fiscalía General de la Nación (fl. 18)
- Copia del memorando No. 000041 de 20 de noviembre de 2014, relacionado el pago de la nómina del mes de noviembre de 2014. (fl. 19-22)
- Listado de días no laborados de la Seccional Boyacá de la Fiscalía General de la Nación (fl. 23-26)
- Copia del recuso de reposición y en subsidio de apelación presentado por el señor Javier Caballero Saboyá en contra del Oficio DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016. (fl. 28-29)
- Copia del Oficio DS-25-12-043-1 No. 2052 de 7 de octubre de 2016, por medio del cual se resolvió el recuso de reposición en contra del Oficio DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016. (fl. 30)
- Resolución 23624 de 13 de diciembre de 2016, por medio de la cual se resolvió el recuso de apelación en contra del Oficio DS-25-12-4-00 1630 de 16 de agosto de 2016. (fl. 34-42)
- Copia de la liquidación del auxilio de cesantías realizada al señor Javier Caballero Saboyá en el año 2014 (fl. 92)
- Certificado de devengados y deducidos del señor Javier Caballero Saboyá en el año 2014. (fl. 208)
- Constancia de servicios prestados del señor Javier Caballero Saboyá (fl. 210)
- Nomina de sueldos del mes de noviembre de 2014 de la Seccional Boyacá de la Fiscalía General de la Nación (211-276)

⁴ CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA. Sentencia de doce (12) de septiembre de dos mil doce (2012). Rad. No. 76001-23-25-000-1998-01471-01(25426). MP. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

- Planilla de autoliquidación de aportes a pensión de la Fiscalía General de la Nación Seccional Tunja correspondiente al mes de noviembre de 2014. (fl. 282-299)
- Copia del Decreto 017 de 9 de enero de 2014, por medio de cual se definen los niveles jerárquicos, se modifica la nomenclatura, se establecen las equivalencias y los requisitos generales para los empleos de la Fiscalía General de la Nación (fl. 301-305)
- Copia del Oficio GSA-30860-20570-No. 0458 de 14 de noviembre de 2017, en que se exponen las razones por las que les fue cancelado a los servidores José Gabriel Salazar, Hernando Bejarano Bustos y Libibi Ariadna Younes Truque el salario del mes de noviembre de 2014, con sus respectivos soportes. (fl. 306-325)
- Copia del Oficio No. 20570-2-0449 de 17 de noviembre de 2017, relacionado con los servicios prestados por el señor Javier Caballero Saboyá en el mes de noviembre de 2014. (fl. 413-414)
- Copia de la Resolución No. 2-1324 de 4 de noviembre de 2014, por medio de la cual se concedió un permiso sindical entre el 4 y el 14 de noviembre de 2014. (fl. 419vto. – 420)
- Copia de la Resolución No. 2-1437 de 24 de noviembre de 2014, por medio de la cual se concedió un permiso sindical. (fl. 421-422)
- Estadística Seccional de Órdenes de Trabajo e Indicadores de Gestión de la Fiscalía General de la Nación del mes de octubre de 2014. (fl. 435)
- Estadística Seccional de Órdenes de Trabajo e Indicadores de Gestión de la Fiscalía General de la Nación del mes de noviembre de 2014. (fl. 436)
- Certificación expedida por la Directora Seccional de la Fiscalía General de la Nación correspondiente a los funcionarios que no realizaron sus labores en el mes de noviembre de 2014. (fl. 474)
- Copia del Oficio No. 20570-02-0453 de 5 de diciembre de 2017, relacionado con los arreglos locativos realizados en la sede CTI. (fl. 481)
- Oficio No. 083 de 21 de octubre de 2014, por medio del cual UNISERCTI informó a la Subdirectora Seccional de Policía Judicial CTI de Boyacá cuales son los integrantes de la Junta Directiva de la organización sindical. (fl. 482)
- Relación de servidores adscritos a la Seccional Boyacá de la Fiscalía General de la Nación a quienes se les canceló completo el salario del mes de noviembre de 2014. (fl. 488-494)
- En audiencia de 29 de noviembre de 2017, se recepcionó el testimonio de Libibi Ariadna Younes Truque, Carlo Alberto Alba Suesca, Alexander Antolinez Vargas, Janethe Patricia Puentes Sarmiento y Luis Alberto Hernández Castillo. (fl. 462-468. CD fl. 475)
- En audiencia de 1 de marzo de 2018, se recepcionó el interrogatorio de parte de Javier Caballero Saboyá y el testimonio de Antonio Luis Eljaiek Orozco. (fl. 507-511)

7.5. Marco normativo

7.5.1. Del derecho a la asociación sindical y a la huelga.

El derecho de asociación sindical se encuentra consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política en la siguiente forma:

“ARTICULO 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución. La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.”

A su vez, los artículos 55 y 56 de la Constitución Política garantizan el derecho a la negociación colectiva y a la huelga salvo en los servicios públicos esenciales, para tal efecto el Estado debe proporcionar los mecanismos necesarios para promover la concertación y solución de conflictos colectivos de trabajo, textualmente la norma en comento establece:

“ARTICULO 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

ARTICULO 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho.

Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento.”

Ahora, el derecho de asociación sindical se encuentra regulado por el Código Sustantivo del Trabajo, norma aplicable al sector privado y público, entendido este último a trabajadores oficiales y empleados públicos. No obstante, frente a los empleados públicos el derecho a la huelga tiene ciertas limitaciones, sobre el particular el artículo 414 señala:

“ARTICULO 414. DERECHO DE ASOCIACION. El derecho de asociación en sindicatos se extiende a los trabajadores de todo servicio oficial, con

*excepción de los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden, **pero los sindicatos de empleados públicos tienen sólo las siguientes funciones:***

1. Estudiar las características de la respectiva profesión y las condiciones de trabajo de sus asociados.
2. Asesorar a sus miembros en la defensa de sus derechos como empleados públicos, especialmente los relacionados con la carrera administrativa.
3. Representar en juicio o ante las autoridades los intereses económicos comunes o generales de los agremiados, o de la profesión respectiva.
4. Presentar a los respectivos jefes de la administración memoriales respetuosos que contengan solicitudes que interesen a todos sus afiliados en general, o reclamaciones relativas al tratamiento de que haya sido objeto cualquiera de éstos en particular, o sugerencias encaminadas a mejorar la organización administrativa o los métodos de trabajo.
5. Promover la educación técnica y general de sus miembros.
6. Prestar socorro a sus afiliados en caso de desocupación, de enfermedad, invalidez o calamidad.
7. Promover la creación, el fomento o subvención de cooperativas, cajas de ahorro, de préstamos y de auxilios mutuos, escuelas, bibliotecas, institutos técnicos o de habilitación profesional, oficinas de colocación, hospitales, campos de experimentación o de deporte y demás organismos adecuados a los fines profesionales, culturales, de solidaridad y de previsión, contemplados en los estatutos.
8. Adquirir a cualquier título y poseer los bienes inmuebles y muebles que requieran para el ejercicio de sus actividades. y
9. Adicionado por el art. 58, Ley 50 de 1990. **Está permitido a los empleados oficiales constituir organizaciones sindicales mixtas, integradas por trabajadores oficiales y empleados públicos,** las cuales, para el ejercicio de sus funciones, actuarán teniendo en cuenta las limitaciones consagradas por la ley respecto al nexo jurídico de sus afiliados para con la administración” (Negrillas y Subrayas Fuera de Texto).

En ese entendido, los empleados públicos salvo los miembros del Ejército y de la Policía Nacional, pueden conforme a nuestra legislación constituir sindicatos. Frente al derecho a presentar pliegos de peticiones⁵, celebrar convenciones colectivas y, votar la huelga, el artículo 415, estableció que:

“ARTICULO 416. LIMITACION DE LAS FUNCIONES. Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga.”⁶

⁵ En este sentido, debe manifestarse que el Decreto 160 de 2014, reguló lo atinente al: procedimiento para la negociación exclusivamente de las condiciones de empleo, entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos.

⁶ El texto subrayado fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1234 de 2005 “bajo el entendido que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto.”

De conformidad con anterior, las asociaciones sindicales de trabajadores públicos no podrán votar la huelga cuando se trate de servicios públicos esenciales.

7.5.2. De la declaratoria de ilegalidad de la huelga.

El proceso de declaratoria de ilegalidad de la huelga se encuentra consagrado en la Ley 1210 de 2008⁷, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° ibídem la ilegalidad solo puede ser declarada judicialmente:

“ARTÍCULO 2o. Modifíquese el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

Declaratoria de ilegalidad

*1. La legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo será declarada judicialmente mediante trámite preferente. En primera instancia, conocerá la Sala Laboral del Tribunal Superior competente. Contra la decisión procederá el recurso de apelación que se concederá en el efecto suspensivo y se tramitará ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. La providencia respectiva deberá cumplirse una vez quede ejecutoriada.
(...)”*

Corolario de lo anterior, la declaratoria de ilegalidad de la huelga solo puede decretarse judicialmente por el juez natural el fondo del asunto, luego de agotar el procedimiento establecido.

7.6. Reglas jurisprudenciales

7.6.1. De la deducción de salarios por la no prestación del servicio por parte del trabajador en ejercicio del derecho a la huelga.

La Corte Constitucional⁸ ha señalado, el salario es la retribución a la prestación del servicio por parte de los trabajadores, por ende, el cumplimiento de dicha prestación es la que permite exigir el cumplimiento por parte del empleador de efectuar el pago por la labor prestada. En ese entendido, ha señalado el Alto Tribunal que el pago de salarios sin la prestación de servicios, puede dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa a favor de los trabajadores como puede ocurrir en el caso de la huelga, por ende, el no pago de salarios en estas eventualidades obedece a razones jurídicas y de equidad, en tanto que resultaría injusto que las consecuencias económicas derivadas de la huelga sean asumidas únicamente por el empleador.

Justamente, en sentencia C-1369 de 2000, en la que se examinó la constitucionalidad de la expresión “...la huelga sólo suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure...” contenida en el artículo 449⁹, así como

⁷ “Por la cual se modifican parcialmente los artículos 448 numeral 4 y 451 del Código Sustantivo del Trabajo y 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se crea el artículo 129A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y se dictan otras disposiciones”.

⁸ Sentencia T-927 de 2003.

⁹ EFECTOS JURIDICOS DE LA HUELGA. <Artículo modificado por el artículo 64 de la Ley 50 de 1990. Aparte subrayado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. El nuevo texto es el siguiente:> La huelga sólo suspende los

de los artículos 51¹⁰, numeral 7° y 53¹¹ del Código Sustantivo del Trabajo, la Corte precisó lo siguiente:

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

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

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

Dicho de otra manera, el ejercicio del derecho de huelga, que no ha sido reconocido como fundamental, ni es absoluto ni puede reconocérsele una jerarquía superior a otros derechos igualmente reconocidos por la Constitución, como son los de propiedad y libertad de empresa, de los cuales son titulares los empleadores.

b) La justificación del ejercicio del derecho constitucional de huelga, basado en la obligación del empleador de pagar salarios, podría implicar su desnaturalización y la afectación de principios constitucionales esenciales y valiosos, por la circunstancia de que se fomentaría el ejercicio abusivo, caprichoso y de mala fe del derecho de huelga por los trabajadores y se impediría el logro de la finalidad constitucional relativa a la solución pacífica de los conflictos por la vía del acuerdo o la concertación (preámbulo, arts.1, 2, 22, 55 y 56 C.P.), pues

contratos de trabajo por el tiempo que dure. El empleador no puede celebrar entretanto nuevos contratos de trabajo para la reanudación de los servicios suspendidos, salvo en aquellas dependencias cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector de trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de los talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos y para la ejecución de las labores tendientes a la conservación de cultivos, así como para el mantenimiento de semovientes, y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal necesario de estas dependencias.

¹⁰ 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: (...)7. Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley

¹¹ ARTICULO 53. EFECTOS DE LA SUSPENSION. 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.

los trabajadores tendrían asegurada una especie de huelga contractual remunerada y no tendrían interés alguno en la solución del conflicto. Por consiguiente, el pago de salarios durante la huelga, antes que solucionar, conduciría a fomentar los conflictos colectivos de trabajo.

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

...

De este modo, cuando la huelga obedece a una justa causa la suspensión de los contratos de trabajo equivale en la práctica a que el empleador haya dispuesto dicha suspensión y se justificaría el pago de los salarios, porque según el art. 140 del C.S.T. puede causarse el salario sin prestación del servicio, cuando durante la vigencia del contrato su omisión se deriva de la disposición o de la culpa de aquél.
(...)

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

Considera la Corte que las vicisitudes propias de un conflicto colectivo de trabajo que desemboca en una huelga, no pueden implicar el desconocimiento del derecho irrenunciable de los trabajadores a la seguridad social (art. 48 C.P.). Por lo tanto, la garantía del derecho de huelga es compatible con la del derecho a la seguridad social y durante la cesación de actividades, debe el empleador entregar a las entidades a las cuales se encuentran afiliados éstos para salud y pensiones, tanto los aportes a su cargo como los de los trabajadores. Claro está que una vez termine la huelga, puede el empleador deducir lo pagado de los derechos laborales causados o que se causen a favor de los trabajadores.” (Negrita y subrayas del despacho)

En ese orden, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de los apartes acusados sosteniendo que la huelga genera la suspensión de los contratos y con ello, la obligación del empleador de pagar salarios y demás emolumentos correspondientes al lapso que esta dure, salvo en los casos en que se demuestre que la huelga es imputable al empleador por desconocer derechos laborales legales o convencionales, jurídicamente exigibles. Sin embargo, es claro que con independencia del origen de la huelga, el empleador debe garantizar el derecho a la seguridad social de los trabajadores.

Posteriormente, en sentencia T-1059 de 2001 al estudiar un caso de no pago de salarios a una docente oficial con ocasión de un paro, se reafirmó lo expuesto en la sentencia C-1369 de 2000 señalando que:

“...procede el descuento y por ende el no pago de los días de salario no laborados con ocasión de la suspensión de la relación laboral motivada en la huelga legalmente declarada, excepto cuando sus causas son imputables a culpa del empleador. Con mayor razón procede el descuento autorizado por la misma ley por la inasistencia al trabajo, con motivo de un cese de actividades o paro no autorizado legalmente, sino por el contrario prohibido por la ley”. (Se destaca).

De conformidad con lo expuesto hasta ahora, la declaratoria de huelga trae consigo la suspensión de la relación laboral, por ende, no hay lugar al pago de salarios por los días no laborados, en todo caso, es obligación del empleador el reconocimiento y pago de los aportes a seguridad social de los trabajadores.

7.6.2. Del procedimiento de descuento salariales con ocasión del cese de actividades.

Sobre el particular, el artículo 2º del Decreto 1647 de 1967, establece que los funcionarios que tienen la función de certificar los servicios efectivamente prestados por los servidores públicos y trabajadores oficiales, tienen la obligación de abstenerse de pagar el salario de los días no trabajados sin que se acredite la existencia de justificación legal alguna.

En cuanto a la observancia del derecho al debido proceso administrativo en el trámite de los descuentos salariales cuando hay cese colectivo de labores, la Corte Constitucional a través de sentencia **T-331A de 2 de mayo de 2016**, precisó:

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

Operativamente el pago del salario a los servidores públicos se realiza a través de una nómina suscrita por los funcionarios competentes en cada entidad y acorde a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1647 de 1967, debe el funcionario a quien corresponda certificar que los servicios se prestaron efectivamente, producir y comunicar la novedad relacionada con la ausencia y por ende el descuento por días no laborados sin justificación legal. Pues, no existe causa legal para su pago. En el Decreto aludido, no se observa la exigencia de formalidad sustancial o procedimiento especial para aplicar el descuento o no pago que procede ipso jure, 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.”³

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

Además, valga resaltar que esta jurisprudencia⁴ ha aclarado que **los descuentos que se realicen con ocasión del cese colectivo de labores no implican una sanción disciplinaria y, por tanto, no requieren adelantar previamente un proceso de esta naturaleza, pues dichos descuentos son la consecuencia jurídica directa de la no prestación del servicio sin justificación legal, independientemente de que esto último acarree una responsabilidad disciplinaria⁵.**”

7.6.3. Del derecho fundamental a la igualdad

El artículo 13 de la Carta Política consagra el derecho fundamental a la igualdad en los siguientes términos:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Ahora, con el objeto de determinar en qué casos se está frente a tratos discriminatorios que atentan contra el derecho en comento, la Corte adoptó el test de proporcionalidad:

*“La proporcionalidad del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su **“idoneidad** para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); **necesidad**, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y **proporcionalidad en sentido estricto**, esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la*

afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad”.

(...)

1.13. Por esa razón, la jurisprudencia constitucional decidió incluir en su análisis herramientas hermenéuticas de otro tipo de examen, de origen estadounidense, sobre las medidas potencialmente restrictivas del derecho a la igualdad. Este test de igualdad prevé, precisamente, la posibilidad de realizar escrutinios con diferentes grados de intensidad, lo que permite que el Tribunal Constitucional tenga en cuenta la importancia del principio democrático efectuando un análisis inversamente proporcional a la facultad de configuración del legislador en cada ámbito del orden jurídico.

1.14. El test de igualdad norteamericano se caracteriza porque el examen se desarrolla mediante tres niveles de intensidad: (i) por regla general, se aplica un control débil o flexible, en el cual el estudio se limita a determinar si la medida adoptada por el legislador es potencialmente adecuada o idónea para alcanzar un fin que no se encuentra prohibido por la Constitución; (ii) el juicio intermedio se aplica a escenarios en los que la autoridad ha adoptado medidas de diferenciación positiva (acciones afirmativas). En este análisis el examen consiste en determinar que el sacrificio de parte de la población resulte proporcional al beneficio esperado por la medida frente al grupo que se pretende promover; (iii) por último, el examen estricto se efectúa cuando el legislador, al establecer un trato discriminatorio, parte de categorías sospechosas, como la raza, la orientación sexual o la filiación política. En tal caso, el legislador debe perseguir un fin imperioso, y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrlo.”¹²

No obstante a lo anterior, para que sea procedente la aplicación del juicio de proporcionalidad, es necesario que los sujetos a equiparar se encuentren en igualdad de condiciones en relación con parámetros a comprar. Al respecto, la Corte ha señalado:

“4. No obstante lo anterior, cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta darles un trato diferencial y positivo, es no solo válido sino una obligación del Estado, pues éste no debe escatimar esfuerzos en ayudarlas a superar las barreras que encuentran al desenvolverse en sociedad, mediante la implementación de un enfoque diferencial que disminuya sus dificultades. Bajo este supuesto, ese trato desigual no solo es admisible sino necesario para realizar los fines de un Estado Social de Derecho.

Así pues, la primera circunstancia en la que un trato diferente a dos personas por parte de las autoridades no vulnera el principio de igualdad, es cuando el mismo esté encaminado a superar la simple igualdad formal ante la ley, mediante la eliminación de las desigualdades materiales que actualmente existen en todas las sociedades.

Por otro lado, un trato diferente otorgado a dos personas que en principio se encuentran en igualdad de condiciones puede ser también válido si (i) persigue un objetivo razonable, (ii) no es producto de un acto arbitrario o discriminatorio, y (iii) se trata de una medida

¹² Corte Constitucional Sentencia C-520-16. Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

proporcional que no afecta otros derechos fundamentales".¹³ (Negrillas y subrayas fuera del texto).

7.7. Caso concreto

En el presente asunto, en la demanda se sostiene que la Fiscalía General de la Nación le dejó de cancelar de manera ilegal al señor Javier Caballero Saboyá el salario y las prestaciones correspondientes al mes de noviembre del año 2014, desconociendo el derecho al debido proceso y a la igualdad, sumado a que la entidad no proporcionó las condiciones y garantías necesarias para que el demandante tuviera acceso a las instalaciones en que ejercía sus actividades.

De la constancia de servicios prestados visible a folio 210 del expediente, se advierte que para el mes de noviembre de 2014 el señor Javier Caballero Saboyá identificado con C.C. 7.182.878, se encontraba vinculado a la Fiscalía General de la Nación - Seccional Boyacá en el cargo Técnico Investigador I.

Ahora, mediante la Circular 0014 de 18 de noviembre de 2014, el Fiscal General de la Nación realizó un llamado a la continuidad a los funcionarios y empleados de la entidad para que el cese de actividades no afectara la prestación del servicio (fl. 18); en el mismo orden, en el Memorando 000041 de 20 de noviembre de 2014, el Director Nacional de Apoyo a la Gestión de la Fiscalía General de la Nación, estableció el procedimiento para las deducciones salariales a causa de la no prestación efectiva del servicio en el mes de noviembre de 2014. (fl. 19-22).

En la Certificación expedida el día 24 de noviembre de 2014 por la Directora Seccional de Fiscalías (fl. 27), se consignó 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 la deducciones salariales a la 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 HECTOR TOVAR QUIROGA Director Nacional de Apoyo a la Gestión (A); una vez revisadas las planillas y reportes presentados por: La Doctora OMAIRA MONTOYA BLANCO, Subdirectora Seccional de Fiscalías y Seguridad Seccional y Seguridad Seccional Ciudadana de Boyacá, Doctora CIELO MARBEL GARCIA GARCIA, 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 Director Gabriel Eduardo Bedoya Muñoz Subdirector de Apoyo a la Gestión.**"*, junto con la misma se allegó el listado a que hace referencia, en que se señalan los servidores a los que no les fue cancelado el salario del mes de noviembre de 2014, donde aparece en la casilla 97 el señor Javier Caballero Saboyá identificado con C.C. 7.182.87824, con un reporte de 24 días no laborados.

¹³ Corte constitucional. Sentencia T- 141 de 2013.

Así mismo, en el trámite del proceso se recepcionó el testimonio del señor Antolinez Vargas quien fue interrogado acerca de la participación del señor Javier Caballero en el cese de actividades de noviembre de 2014 “*PREGUNTADO: Dígame al despacho si conoce si su compañero Javier Caballero participó en ese cese de actividades del mes de noviembre de 2014. CONTESTADO: Si participamos en el cese de actividades junto con el compañero Javier Caballero*”. En el mismo sentido fue cuestionada la señora Janethe Patricia Puentes Sarmiento: “*PREGUNTADO: Manifieste al despacho si le consta o sabe si el señor Javier Caballero participó en el cierre de actividades del mes de noviembre de 2014. CONTESTÓ: El también hizo parte de la huelga de 2014...*” y el testigo Luis Alberto Hernández Castillo frete al mismo interrogante expresó “*PREGUNTADO: Sabe o le consta si el señor Javier Caballero hizo parte del cese de actividades en el mes de noviembre de 2014. CONTESTÓ: Pues como estábamos todos en el patio llegaron los sindicatos... todos nos encontramos ahí agrupados...*”.

El mismo demandante, el señor Javier Caballero fue interrogado sobre este tópico, quien manifestó “*En el mes de octubre se adelantaron unas votaciones, donde la mayoría votamos por el cese de actividades... nos constituimos en asamblea y conformamos el sindicato... del cual soy miembro de la junta directa a la fecha*”

En relación con la verificación de asistencia de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, el testigo Luis Alberto Hernández Castillo sostuvo que permanecían en las instalaciones y se pasaba una lista de asistencia en la mañana y otra en horas de la tarde.

De las pruebas testimoniales referidas así como del interrogatorio de parte rendido por el demandante, colige el Despacho que durante el mes de noviembre de 2014, el señor Javier Caballero Saboyá no desempeñó las funciones propias de su cargo de Asistente de Técnico Investigador I, pues con ocasión del cese de actividades programado por UNISERCTI, se encontraba restringido el ingreso a su lugar de trabajo.

Adicionalmente, según listado a que hace referencia la certificación de fecha 18 de noviembre de 2014, el demandante no laboró veinticuatro (24) días del mes de noviembre de 2014, de allí que no le fuera cancelado el salario correspondiente, como consta en el certificado de salarios y devengados del año 2014 (fl. 208).

De conformidad con lo expuesto en el acápite 7.6.1. de esta providencia, colige esta instancia que la Fiscalía General de la Nación actuó en debida forma, en tanto que el cese de actividades con ocasión de la huelga del mes de noviembre de 2014 da lugar también a la suspensión del pago del salario. En efecto, el demandante no logró acreditar que hubiera prestado el servicio efectivamente, por el contrario, en el Oficio No. 20570-2-0449 de 17 de noviembre de 2017, suscrito por la Coordinadora Sección de Investigaciones se consignó que el señor Javier Caballero “*no evacuó la carga laboral pendiente de meses anteriores (9 órdenes de trabajo),*

igualmente en el mes de noviembre de 2014 no le fue asignada carga laboral” (fl. 413 vto).

Súmese a lo anterior, que tampoco se demostró que la huelga se hubiera originado en causas imputables al empleador, esto es, *“cuando ella se origina en una conducta antijurídica de éste, como sería el incumplimiento de sus obligaciones o de los deberes legales, contractuales o convencionales, que son jurídicamente exigibles”*¹⁴, caso en el que permanecería latente la obligación de pagar salarios en cabeza del empleador.

Resumidamente, teniendo en cuenta que la remuneración a que tiene derecho el demandante corresponde a una retribución por sus servicios personales; no existe obligación de alguna de la Fiscalía General de la Nación de pagar el salario por los días no laborados sin justificación legal, hacerlo va en contra vía del Código Sustantivo del Trabajo y afecta el patrimonio de la entidad.

No desconoce el Despacho que de acuerdo con lo manifestado por el señor Javier Caballero en su interrogatorio de parte, la entidad no propició o garantizó el espacio para que los servidores prestaran sus servicios; no obstante, el actuar del sindicato UNISERCTI devino del ejercicio del derecho a la huelga, aspecto que también fue manifestado por el accionante, por ende, no es posible atribuir responsabilidad alguna la Fiscalía General de la Nación por la restricción en el ingreso a las instalaciones.

Ahora, no pasa por alto esta instancia que de acuerdo con lo informado en el Oficio No. 20570-2-0449 de 17 de noviembre de 2017 en el mes de noviembre de 2014 se realizó unas reparaciones locativas, aspecto que el que demandante aduce impidió la prestación de sus servicios. Al respecto, mediante Oficio 205570-02-0453 de 5 de diciembre de 2017, la Coordinadora Sección de Investigaciones informó que las reparaciones fueron secuenciales de oficina en oficina, por lo que no se generó un cierre total en las instalaciones del CTI, así mismo, tampoco se puede precisar la fecha exacta en que se efectuaron las reparaciones en la oficina del señor Javier Caballero.

Si bien los testigos manifestaron que las mejoras impidieron el ingreso a las oficinas mientras que la entidad demandada afirma que se trató de arreglos momentáneos, se encuentra acreditado en el expediente que el demandante integra la junta directiva del sindicato UNISERCTI (fl. 482) y le fue concedido un permiso sindical mediante las Resoluciones 2-1342 de 4 de noviembre de 2014 y Resolución 2-1437 de 24 de noviembre de 2014 con el fin de asistir a reuniones, asambleas y afiliaciones del sindicato.

En ese orden de ideas, si en gracia de discusión se lograra determinar que la realización de las mejoras locativas ocurrió de manera permanente durante todo el mes de noviembre de 2014 e imposibilitó el acceso a la oficina en que el señor Javier Caballero prestaba sus servicios, lo cierto es

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1369 de 2000.

que la razón por la cual no realizó sus labores obedece a su participación activa en la huelga organizada por UNISERCTI de lo cual dan cuenta las Resoluciones 2-1342 de 4 de noviembre de 2014 y 2-1437 de 24 de noviembre del mismo año.

Sobre el particular, es del caso precisar que el Decreto 2813 de 2000 establece que los representantes sindicales tienen derecho a que se les concedan permisos sindicales remunerados, para el cumplimiento de su gestión tales como asistir a reuniones, asambleas y afiliaciones, no obstante, el cese de actividades laborales no se encuadra dentro de las acciones descritas anteriormente para que tenga la virtualidad de considerarse como un permiso sindical remunerado, pues ello también atentaría contra los intereses salariales de los demás empleados que forman parte del sindicato y sin contar con el mentado permiso, se someten al cese de actividades laborales.

En lo que refiere a la presunta vulneración del debido proceso por no agotar un procedimiento previo al descuento o no pago de salarios, debido al cese de actividades con ocasión de la declaratoria de huelga, precisa el Despacho que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional citada, no se requiere de una formalidad sustancial o procedimiento especial para aplicar el mencionado descuento, pues este procede sin procedimiento previo alguno cuando el servidor público no presta el servicio a que se encuentra obligado sin justificación de ley de conformidad con el Decreto 1647 de 1967, por lo cual no se puede tener como vulnerado el debido proceso.

Respecto al derecho a la igualdad que la parte demandante aduce vulnerado por cuando a los empleados José Gabriel Salazar Rodríguez, Labibi Ariadna Younes Truque y Hernando Bejarano Bustos si les fue cancelado el salario del mes de noviembre de 2014, pese a no haber laborado durante dicho lapso, se tiene lo siguiente:

- Conforme a la certificación de 26 de noviembre de 2014, se solicitó excluir a la señora Labibi Ariadna Younes Truque de la lista de funcionarios que no laboraron, de acuerdo a lo certificado por la Subdirectora Seccional de Fiscalías y Seguridad Ciudadana. (fl. 311)

Lo anterior se corrobora con el testimonio rendido por la señora Younes Truque el día 29 de noviembre de 2017 donde al ser interrogada acerca de los hechos del caso en debate contestó: *“No participe del paro del año que usted esta mencionando... la unidad en que trabajo funciona en calidad de URI porque se trata de una unidad de delitos sexuales y la Ley 1709 de 2013 establece que debemos tender lo que llegue como acto urgente... durante el paro tuvimos abiertas las puertas a las instalaciones y se realización audiencias con normalidad...”*

- Frente al señor José Gabriel Salazar Rodríguez, se acreditó que si bien le fue realizado el pago de salarios, ello se dio en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja y una vez esta decisión fue revocada por la Corte Suprema de Justicia

(fl. 312-323), mediante Oficio SSAG-TH No. 1045 de 26 de mayo de 2015 se le ordenó reintegrar el pago realizado (fl. 324)

- En cuanto al señor Hernando Bejarano Bustos, se observa que en el listado en que se señalan los servidores a los que no les fue cancelado el salario del mes de noviembre de 2014, aparece en la casilla 112 con un reporte de 14 días no laborados a diferencia del señor Javier Caballero Saboyá quien tiene consignados un total de 14 días no laborados (fl. 23-26). Justamente al señor Bejarano Bustos le fueron cancelados únicamente 10 días de trabajo como se desprende del listado anexo al Oficio GSAC-30860 de 11 de diciembre de 2017. (fl. 497-500)

Significa entonces, que ninguno de los servidores anteriormente referenciados se encuentra en igualdad de condiciones al señor Javier Caballero Saboyá para que se demuestre que hubo una trasgresión a su derecho fundamental por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Entonces, como quiera que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, pues como se indicó en precedencia, por mandato legal la administración está en la obligación de efectuar el descuento del salario cuando se verifique que el empleado no prestó el servicio sin justificación legal, ni se demostró una violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y/o la igualdad, en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

En lo que atañe al derecho a la seguridad social, como quedo visto, el mismo no puede verse suspendido con ocasión del cese de actividades, como quiera que las consecuencias propias de un conflicto colectivo de trabajo que desemboca en una huelga, no pueden implicar el desconocimiento de ese derecho irrenunciable de los trabajadores.

En el expediente obra a planilla integrada de autoliquidación de aportes correspondiente al mes de noviembre de 2014 (fl. 282-299) en la que parece en la casilla No. 206 el nombre del señor Javier Caballero Saboyá con la cual se evidencia el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión correspondientes al demandante por el lapso en que duró el cese de actividades.

Así las cosas, se pudo constatar que la entidad demandada efectuó los aportes respectivos, por lo que el derecho a la seguridad social no fue suspendido con ocasión al cese colectivo de actividades; por lo que no hay lugar a ordenar algún pago por este concepto.

7.8. COSTAS

De conformidad con lo establecido en providencia proferida por el Consejo de Estado¹⁵ en la que se señala:

¹⁵ Consejo de Estado, providencia de 20 de agosto de 2015, Medio de Control No 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. DRA. Sandra Lisseth Ibarra Vélez.

“(...) La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de conceder en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

*La mencionada sentencia precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, **pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación**, en donde el Juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...”*

El Despacho se abstendrá de condenar el costas y agencias en derecho, en la medida en que no se avizora conducta temeraria o malintencionada de parte de los involucrados en la contienda, sumado a que de conformidad con lo previsto en el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso, no aparece prueba en el expediente sobre la causación de gastos y costas en el curso del proceso.

VIII. RESUELVE

En mérito de lo expuesto, el Juez Primero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

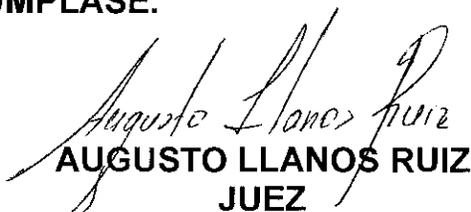
PRIMERO.-NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por Javier Caballero Saboyá en contra de la Fiscalía General de la Nación.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Notifíquese la presente providencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del Código General del Proceso.

CUARTO.- Archivar el expediente, una vez en firme esta providencia, dejando las constancias a que haya lugar en el Sistema de Gestión Judicial siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


AUGUSTO LLANOS RUIZ
JUEZ