

1200000-68899

Bogotá D.C., 22 de abril de 2015

ASUNTO: Radicado No 14444/2015

Corresponde a esta Oficina Asesora Jurídica por competencia, absolver la consulta elevada a través de la Dirección Territorial de Córdoba, mediante la cual solícita información acerca de la viabilidad del descuento salarial realizado por la Fiscalía General de la Nación con ocasión del cese de actividades de la rama judicial de la vigencia 2014.

Previo a absolver la consulta, es necesario señalar que, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, ésta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia para dirimir controversias ni declarar derechos, en razón a que esta facultad le está asignada por mandato legal exclusivamente a los jueces de la República.

Antes de dar respuesta a sus inquietudes, es preciso señalar que la Carta Política en sus artículos 38 y 39, garantizó los derechos de libre asociación y de libre constitución de sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado.

No obstante lo anterior, es preciso tener en cuenta que el artículo 55 ibídem establece el derecho de negociación colectiva de los trabajadores frente a sus empleadores, para regular y facilitar las relaciones entre las partes de una relación laboral, y advierte que la ley podrá imponer excepciones, teniendo además el Estado el deber de facilitar los medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

En relación con estos derechos la H. Corte Constitucional, ha dicho:

*"En el derecho de asociación sindical subyace la idea básica de la libertad sindical que amplifica dicho derecho, como facultad autónoma para crear organizaciones sindicales, ajena a toda restricción, intromisión o intervención del Estado que signifique la imposición de obstáculos en su constitución o funcionamiento. Ello implica, la facultad que poseen las referidas organizaciones para auto conformarse y autorregularse conforme a las reglas de organización interna que libremente acuerden sus integrantes, con la limitación que impone el inciso 2 del art. 39, según el cual la estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos se sujetan al orden legal y a los principios democráticos"*¹

¹ sentencia T-927 de 2003.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el ejercicio del derecho de asociación sindical por parte de los empleados públicos no es plena, por cuanto no se les permite elevar pliegos de peticiones ni convenciones colectivas ante la Administración, lo que limita una de las funciones reglamentarias de todo sindicato.

Dicha prohibición se encuentra consagrada en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo el cual indica que:

ARTÍCULO 416. LIMITACIÓN DE LAS FUNCIONES. Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego 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, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga".

Ahora bien, como señala en su comunicación, la Fiscalía General de la Nación expidió la Circular No. 0014 del 18 de noviembre de 2014, suscrita por el señor Fiscal general de la nación Eduardo Montealegre Lynett, mediante la cual se ordenó a todos los Directores y Subdirectores nacionales y seccionales de Fiscalías y CTI que con plazo máximo a las 6:00 pm del 18 de noviembre de 2014 "reportar a los funcionarios que no están cumpliendo con sus funciones y, de ser el caso, proceda a hacerse efectiva la correspondiente deducción salarial por inasistencia al lugar de trabajo.

Lo indicado en la citada Circular está sustentado en lo dispuesto por el Decreto 1647 de 1967 "Por el cual se reglamentan los pagos a los servidores del estado, cuando establece:

"Artículo 1°.- Los pagos por sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, intendencia!, comisaría!, 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.

Artículo 2°.- 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.

Artículo 3°.- Los funcionarios que certifiquen como rendidos servicios que no lo fueron; además de las sanciones penales por falsedad en que puedan incurrir, estarán obligados al reintegro de los sueldos o remuneraciones indebidamente pagados".

Sobre el particular la Sala de Consulta del Servicio Civil del Consejo de Estado el 21 de junio de 1999 señaló,

"No se trata, con la aplicación del Decreto 1647 de 1967 de establecer una responsabilidad del empleado o funcionario mediante un procedimiento disciplinario, sino de acordar de plano el descuento del día no trabajado, cuando aquél no justifica su ausencia, como resultado obvio del principio de que el empleado pierde su derecho al sueldo cuando no presta el servicio, no ¿puede reclamarlo cuando no ha trabajado. Y tal pérdida se produce ipso jure, con efectividad inmediata, de modo que el descuento del sueldo corresponde al descargo de la obligación de pagarlo, cuando la prestación del servicio injustificadamente se omite. Es la técnica de ejecutor/edad

inmediata operante en el sentido de que sólo se paga el servicio rendido, porque quien no lo presta no tiene derecho a remuneración. Y ante el incumplimiento de una obligación, la administración queda relevada de satisfacer la suya, o sea reconocer el derecho correlativo al sueldo sólo a quien cumpla su jornada de trabajo. No corresponde, pues, al carácter de pena o sanción la operación de descuento de sueldo, cuando éste no retribuya servicios; corresponde si acaso de una forma de coacción subsidiaria para que el empleado no incumpla su jornada laboral o para que siempre justifique su ausencia y pueda exigir la retribución plena, como si hubiera prestado el servicio."

Ahora bien, la Corte Constitucional, en Sentencia C- 1369 de 2000, al estudiar el artículo 449 del C.S.T., que prevé que "La huelga sólo suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure," declaró su exequibilidad "bajo el entendido de que la huelga suspende los contratos de trabajo por el tiempo que dure y, en consecuencia, el empleador no tiene la obligación de pagar salarios y demás derechos laborales durante este lapso. Pero habrá lugar al pago de salarios y prestaciones cuando ésta sea imputable al empleador, por desconocer derechos laborales legales o convencionales, jurídicamente exigibles. Y que en todo caso, si sea o no imputable la huelga deberá el empleador garantizar el derecho irrenunciable a la seguridad social de los trabajadores que participaron en el cese de actividades mediante el pago de los correspondientes aportes para salud y pensiones".

Frente al tema consultado, es decir la legalidad del descuento realizado por la Fiscalía General de la Nación con ocasión del cese de actividades de la Rama Judicial, se han dictado varias sentencias de tutela, que en términos generales exponen lo siguiente:

"Ahora bien, corresponde analizar a la Sala, la posible vulneración del derecho al debido proceso de los accionantes, quienes consideran que los accionados procedieron al descuento de un día de salario, sin que se hubiere dictado acto administrativo alguno, ni tampoco sin que tal decisión se hubiere soportado en prueba alguna que certificase que efectivamente no laboraron el día en cuestión. Finalmente, alegan que tampoco se inició proceso disciplinario alguno en contra de ellos, que les permitiera cuando menos, hacer uso de su derecho de defensa.

En consecuencia, la Sala deberá determinar si efectivamente procede el no pago del salario correspondiente al día 18 de mayo de 2004, cuando presuntamente todos los accionantes no asistieron a su trabajo y no laboraron, en clara contradicción con los postulados constitucionales y legales que no permite el paro en aquellas actividades calificadas como servicio público.

Para ello, esta Sala hará mención a la sentencia T-1059 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería que resolvió un caso similar a los aquí revisados, para lo cual, en relación con el derecho al debido proceso, se pronunció en los siguientes términos:

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

"A su vez el artículo 20 ibidem señala que los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los servidores públicos, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

"Norma que impone a la administración la obligación de descontar del salario de la actora, o más bien, de abstenerse de pagar el valor del salario equivalente a los días no laborados, pues de pagarlos estaría permitiendo que se enriqueciera sin justa causa en perjuicio de la misma administración pública, además de incumplir con el deber de todo servidor público de hacer cumplir la Constitución y la leyes, incurriendo presuntamente en la falta disciplinaria prevista en el Código Un/cc 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 leal 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 20 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."**
(Negrilla y subraya fuera del texto original).

En consecuencia, 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 que estos le sean pagados, **cuando efectivamente se ha comprobado que sus servicios no se prestaron.**² (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Por su parte, el H. Consejo de Estado, al analizar una acción de tutela promovida como consecuencia del no pago de los salarios a algunos funcionarios judiciales con ocasión del paro judicial ocurrido en el año 2008, respaldándose en las consideraciones

² Sentencia T-413/05

Expuestas en las Sentencias T-927 de 2003 y T-413 de 2005 de la Máxima Corporación Constitucional, advirtió que dicha situación no vulneraba el bloque de constitucionalidad, teniendo en cuenta que ninguno de los tratados internacionales suscritos por Colombia ordenaba el pago del salario a pesar de haber cesación de actividades; al contrario, se advirtió que, de conformidad con la Organización Internacional del Trabajo, es legal dicho descuento. Al respecto, consideró:

“Tampoco se resiente el derecho al trabajo, pues la re/adán laboral o reglamentaria supone el cumplimiento de las obligaciones que a cada uno de sus partícipes le corresponde.

No es cierto que haya violación al bloque de constitucionalidad pues ninguno de los instrumentos internacionales a los que se halla vinculada Colombia, establece que aún en estado de cesación de actividades, deba mantenerse el pago del salario. Por el contrario cabe recordar que la misma Organización Internacional de Trabajo ha considerado que el descuento a los salarios de los días en que los trabajadores participen en la huelga o cese de actividades es legal; así lo sostuvo expresamente en el párrafo 654 de la recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, cuyo texto es el siguiente:

Deducción del Salario: 654. "la deducción salarial a los días de huelga no plantea objeciones desde el punto de vista de los principios de la libertad sindical" (...)....”³

Acorde con lo expuesto, resulta claro que, de conformidad con el análisis realizado por los diferentes Tribunales en apego a las normas que rigen la materia, en la relación laboral el pago de salarios es una contraprestación del servicio y, por ende, ante el cese de dicha prestación cesa también la obligación del pago; sin que esto constituya vulneración de derechos fundamentales.

En los anteriores términos queda absuelta su consulta.

(Firma en la original)

DIEGO FELIPE JIMÉNEZ ANGARITA
Coordinador Grupo Interno de Trabajo de Atención de
Consultas en Materia de Seguridad Social Integral

Elaboró: Erika Cervantes Linero
Revisó/Aprobó: Diego F. Jimenez A.

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "3", CONSEJERO PONENTE: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009), Expediente: No. 08001-23-310002008--00516-01