

SALARIO DOCENTE – No pago por cese de actividades / NO PAGO DE SALARIOS A DOCENTES POR CESE DE ACTIVIDADES - No constituye sanción / NO PAGO DE SALARIOS A DOCENTES POR CESE DE ACTIVIDADES - No vulnera el derecho de asociación / NO PAGO DE SALARIOS A DOCENTES POR CESE DE ACTIVIDADES – No vulnera el derecho al debido proceso / NO PAGO DE SALARIOS A DOCENTES POR CESE DE ACTIVIDADES - No vulnera el derecho al trabajo / NO PAGO DE SALARIOS A DOCENTES POR CESE DE ACTIVIDADES - Un vulnera el derecho de libertad de expresión / PATRIMONIO PUBLICO - Preservación de su integridad / RELACION LABORAL - Equilibrio / TRATADOS INTERNACIONALES – No establece el pago de salario frente a la cesación de actividades

A este respecto es claro que tampoco se trató de una sanción, ni se puso en peligro el derecho de asociación, ni hay persecución sindical, sino que la medida dispuesta es razonable para garantizar el patrimonio público. Por supuesto que los gremios y asociaciones preservan la posibilidad de tomar sus propias determinaciones para influir en la negociación de sus intereses, pero el Gobierno cumple su deber de proteger los intereses de todos mediante la preservación de la integridad del patrimonio público, como lo destacan los precedentes de la Sala. El derecho de asociación no se ejerce de cualquier modo, sino por unos cauces normativos, de modo que no puede pretenderse que con los bienes del Estado se pueda subsidiar la asociación sindical incentivando una cesación de funciones, menos en este caso, por motivos ajenos a los intereses de los trabajadores del magisterio. El Gobierno no interfirió el derecho de asociación, solo preservó el patrimonio público. Tampoco hubo violación al debido proceso, pues quedo a salvo la posibilidad de que los docentes pudieran acreditar las razones que les impidieron cumplir la jornada laboral, no hubo sanción individual a cada trabajador, a juicio del Consejo de Estado no puede tomarse como sanción mantener el equilibrio de la relación laboral y el principio de que toda labor ejecutada le corresponde una remuneración. Tampoco se resiente el derecho al trabajo, pues la relación laboral o reglamentaria supone el cumplimiento de las obligaciones que a cada uno de sus participantes 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 participan en la huelga o cese de actividades es legal; así lo sostuvo expresamente en el párrafo 654 de la recopilación de decisiones. El derecho a la libertad de expresión no guarda ninguna relación con la medida adoptada por el Gobierno Nacional; por lo demás, so pena de no coartar la libertad de expresión no se puede lesionar el patrimonio público, permitiendo erogaciones por servicios no prestados.

FUENTE FORMAL: RECOPIACION DE DECISIONES DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO – PARAGRAFO 654

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1844 de 2007 (25 de mayo). GOBIERNO NACIONAL (No Nulo)

NOTA DE RELATORIA: Sobre la vigencia y legalidad del Decreto 1647 de 1967, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias de 22 de agosto de 2002, Rad 0014-01, MP. Jesús María Lemos Ballesteros y de 21 de marzo de 2002, Rad 3165-99; MP. Alejandro Ordoñez Maldonado.

NO PAGO DE SALARIOS A DOCENTES POR CESE DE ACTIVIDADES - Ejercicio de la facultad reglamentaria

En cuanto a que el Gobierno Nacional no está facultado sino para reglamentar las leyes, pero que no puede hacerlo con normas que estén jerárquicamente por debajo de las mismas, juzga el Consejo de Estado que en el Decreto acusado apenas se anuncia la existencia previa del Decreto No. 1647 de 1967, pero en ninguna parte se menciona como propósito reglamentar un decreto reglamentario, sino usar de la potestad reglamentaria genérica que ejerce el Presidente de la República a la luz del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución. Como señalan los precedentes citados, sí es del resorte del Presidente de la República reglamentar la materia y si ya lo hizo en una ocasión mediante instrumentos que demandados en acción de nulidad

pasaron el control judicial, bien puede proveer de nuevo para atender situaciones similares, sin que ello implique, como entiende el demandante que el poder reglamentario del Presidente de la República quedó agotado con un primer decreto y que no puede volver de nuevo sobre el asunto si se hiciera necesario.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 11

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá. D.C., once (11) de marzo de dos mil diez (2010).-

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00021-00(0549-08)

Actor: FELIX BONILLA BOHORQUEZ

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL Y OTRO

Decide la Sala, en única instancia, la acción de simple nulidad, formulada por Félix Bonilla Bohórquez contra el Gobierno Nacional – Ministerio de Educación.

LA DEMANDA

FELIX BONILLA BOHORQUEZ, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita al Consejo de Estado, declarar la nulidad del siguiente Acto Administrativo:

- Decreto No. 1844 de 25 mayo 25 de 2007, expedido por el Presidente de la República y la Ministra de Educación Nacional, *“por medio del cual se ordena el no pago de días no laborados por los Servidores Públicos del Sector Educativo y se deroga el Decreto 1838 de 25 de mayo de 2007”*

Las pretensiones de la demanda tienen fundamento en los hechos que se describen a continuación:

La Federación Colombiana de Educadores “FECODE”, reunida en la ciudad de Bogotá los días 3 y 4 de mayo de 2007, convocó al magisterio colombiano para la realización de un paro de cobertura nacional y de carácter indefinido, cese de actividades que debería realizarse a partir del día 23 de mayo del año 2007, y con el fin de hacer oposición a la Ley de transferencias, mediante la cual se haría, a juicio de los docentes, una reducción de los recursos económicos destinados al sector de la educación y la salud.

El 23 de mayo, el magisterio, con el apoyo de otras organizaciones sindicales, como la Central Unitaria de Trabajadores, “CUT”, atendió la convocatoria hecha por FECODE e inició el cese de actividades.

El 25 de mayo de 2007, según manifiesta el demandante, el Presidente de la República y la Ministra de Educación Nacional, como respuesta al cese de actividades propuesto por FECODE, profirió el Decreto No. 1838, mediante el cual *“se ordena el no pago de días no laborados por los Servidores Públicos del sector educativo”*. El mismo día, el Presidente de la República y la Ministra de Educación, profirieron el Decreto No.1844, *“por medio del cual se ordena el no pago de días no laborados por los Servidores Públicos del Sector Educativo y se deroga el Decreto 1838 de 25 de mayo de 2007”*.

El actor resalta que el Gobierno Nacional invocó como soporte y fuente de sus facultades el Decreto No. 1647 de 1967, que regía para todo el conjunto de los servidores públicos del Estado, no obstante, el Decreto demandado, es decir el No. 1844 de 2007 fue expedido para

reglamentar aquel, y se aplica exclusivamente para los servidores públicos del sector educativo que tienen un régimen especial; cabe señalar, agrega el demandante, que los reglamentos especiales sólo se pueden expedir mediante facultad expresa otorgada por el Congreso de la República mediante una Ley de la República, de todo lo cual se infiere que hubo una extralimitación en las funciones por parte del Presidente de la República, pues si bien es cierto que el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional le otorga la facultad reglamentaria, ésta alcanza para expedir decretos, resoluciones y ordenes necesarias para la cumplida ejecución de la Ley, mas no para reglamentar otras normas de categoría inferior como el Decreto No. 1647 de 1967, que el Decreto acusado cita como fuente.

Además de ello, existe una falsa motivación por “error de derecho”, en el entendido de que el Decreto No. 1647 de 1967, que se dice “reglamentar” a través del Decreto No. 1844 de 2007, ya había sido derogado tácitamente desde el año 1968 (según varios fallos judiciales), debido a la expedición de normas que regulan los descuentos de los salarios de los servidores públicos, ejemplo de ellos son los Decretos Ley No. 3135 de 1968 y el Reglamentario No. 1848 de 1969, los cuales para la fecha de la expedición del Decreto acusado estaban vigentes.

Witney Chávez Sánchez, actuando en nombre de la Federación Nacional de Educadores “FECODE”, en su calidad de representante legal de la misma, y en virtud del artículo 48 de la Ley 446 de 1998, dice coadyuvar la acción de simple nulidad emprendida contra el Decreto No. 1844 de 2007 expedido por el Presidente de la República y la Ministra de Educación Nacional (folio 78 a 86); en el mismo sentido actuó la señora Pastora Dueñas Fuentes, Presidenta y Representante Legal del Sindicato Único de Educadores de Bolívar “SUDEB” (Folio 94 a 101).

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, artículos 29 y 93.

El actor formula cuatro cargos a saber:

1.- Recrimina que al expedir el Decreto No. 1844 de 2007 hubo extralimitación de las facultades reglamentarias del Presidente de la República, pues se evidencia la violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, toda vez que no podía el Presidente atribuirse funciones legislativas, ya que sin haber sido autorizado por la propia Carta Política o por el Congreso de la República, ordenó mediante la norma acusada, un descuento de salarios por los días no laborados, orden que carece de causa y que de manera exclusiva cubre a los servidores públicos del sector de la educación.

2.- Se endilga que hay falsa motivación, por error de derecho, al expedir el Decreto No.1844 de 2007, porque el Presidente no reglamentó una ley, sino otra norma que fuera expedida por un Ministro y que, además, ya se encontraba fuera del ordenamiento legal Colombiano, pues había sido derogada tácitamente, razón por la cual carece de fundamento legal la orden del Presidente por la cual se dispuso descontar los días de salario no laborados por los docentes, cuando ese aspecto ya se encuentra regulado para todos los servidores públicos, mediante el Decreto con fuerza de Ley No. 3135 de 1968 y el Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

3.- Se dice que hubo violación al bloque de Constitucionalidad, figura jurídica consagrada en la Constitución Política Colombiana y que ampara los derechos de libre expresión, sindicalización, asociación y autonomía sindical. Con el acto acusado se vulneraron los artículos 9º, 37, 38, 39, 93, y 224 de la Constitución Nacional, además de los instrumentos internacionales expedidos bajo el auspicio de la Organización Internacional del Trabajo, debidamente ratificados por el Estado colombiano. El descuento de los salarios a los docentes que participaron en el cese de actividades, aparte de ser ilegal, no resuelve el problema de fondo, que debe ser realmente la preocupación con la que debió actuar el Gobierno, es decir preservar los ingresos de la salud y de la educación afectados por el sistema de transferencias.

Un descuento no garantiza jamás en forma oportuna el derecho fundamental a la educación, por esta razón, queda claro que el Gobierno con la expedición de la norma acusada no procuró garantizar el servicio público de educación, sino que ahondó un conflicto social con los educadores; prueba de ello es que no reglamentó aspectos aplicables a todos los servidores públicos, como correspondía, sino que expidió el reglamento en contra del magisterio colombiano; añade la censura que como quiera que el sector educativo está sometido a un

régimen especial, no puede el Presidente, expedir normas relacionadas con esa profesión, pues ello corresponde a la ley.

Ninguna norma de derecho interno o internacional, establece que si los servidores públicos, entre ellos los docentes, se manifiestan pública y pacíficamente mediante la modalidad de asamblea permanente o informativa, suspensiones temporales del servicio o paros, se les pueda limitar ese derecho mediante un descuento a su salario, menos si el fundamento legal que invoca la administración para expedir el acto que lo ordena, es una norma ya derogada.

Es indubitable que si un docente participa en una protesta pública y pacífica, la Constitución señala claramente que sólo la ley puede limitarle el ejercicio de ese derecho; de este modo, al ordenarse por Decreto que se hicieran los descuentos, en caso de cese de actividades o perturbación de su ritmo, sin equívocos hubo una sanción pecuniaria por el ejercicio de la garantía constitucional de asociación, lo que constituye una limitación a la libertad de los ciudadanos para adelantar las distintas actividades que las personas realizan en la sociedad y una intromisión indebida del Estado en la estructura interna y en el funcionamiento de los sindicatos, que si bien están sometidos al imperio de la ley, no es menos cierto que también lo están a los principios democráticos.

4.- Con la expedición del Decreto No. 1844 de 2007 también se violaron los derechos laborales y al debido proceso, se vulneraron los artículos 25, 29 y 53 de la Constitución Nacional, el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 2º y 48 de la Ley 734 de 2002, los artículos 28, 35, 44, 45, 46 y 47 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 12 del Decreto – Ley No. 3135 de 1968 y los artículos 90 y 91 del Decreto Reglamentario No. 1848 de 1969.

Cabe recordar que por virtud de la ley, corresponde exclusivamente al hoy llamado Ministerio de la Protección Social, decidir administrativamente sobre la declaratoria de ilegalidad o legalidad del cese de actividades en un servicio público esencial; de este modo, la administración, antes de tomar cualquier decisión, debe tramitar ante el funcionario competente la declaratoria de ilegalidad de dicha suspensión del servicio, para luego de obtenida esa declaración, proceder a tomar las decisiones a que haya lugar.

Cabe señalar que no resulta viable ordenar un descuento de manera pura y simple, sin que medie para ello un acto administrativo que haya sido notificado personalmente al afectado, es decir hasta tanto no se le permita justificar su conducta y ejercitar los recursos de Ley.

Señala el actor que ninguna Ley de la República autoriza a la administración para limitar el ejercicio del derecho a la libre expresión de los servidores públicos, ni coartar el derecho de asociación a través de descuentos de salarios; en consecuencia, la retención de salarios ordenada oficiosamente por razones distintas a las consagradas por los Decretos Nos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, constituye un descuento ilegal.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

El Ministerio de Educación Nacional, se opuso a las pretensiones de la demanda con apoyo en los siguientes argumentos:

Respecto del primer cargo, referido a la extralimitación de las funciones por parte del Presidente de la República, para el Ministerio, al expedirse el Decreto acusado el Presidente no extralimitó las facultades concedidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, ya que al ordenarse el descuento del pago de los días de cese, se cumple el Decreto No. 1647 de 1967, el cual dispone precisamente que los pagos de los servidores públicos deben obedecer a los servicios efectivamente prestados.

En cuanto a que el Gobierno Nacional no está facultado sino para reglamentar las leyes, pero no para hacerlo con normas que estén jerárquicamente por debajo de las mismas, como ocurre con el Decreto acusado, esta manifestación del demandante riñe contra toda lógica, pues quien puede lo más puede lo menos, de este modo, si el Constituyente dio facultades al Gobierno Nacional para reglamentar las leyes, esa prerrogativa debe entenderse también extendida para

que el ejecutivo pueda reglamentar normas del ordenamiento jurídico positivo que tenga categoría inferior a la ley, entendida ésta en sentido formal.

Sobre el cargo referido a la falsa motivación por "error de derecho", que el actor sustenta en que el Gobierno pretendió reglamentar un decreto que estaba fuera del ordenamiento jurídico, por una supuesta derogatoria tácita, a juicio del Ministerio demandado el Decreto Reglamentario No. 1674 de 1967 está vigente, tanto, que la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la sentencia 22 de agosto de 2002, expediente 0014 de 2001, avaló debidamente la legalidad del citado Decreto.

Y en cuanto a que se pretermitió el procedimiento administrativo contemplado en el artículo 451 del C.S.T., conforme al cual la ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo debe ser juzgada por el Ministerio del Trabajo, para el Ministerio de Educación tampoco es de recibo ese reproche, dado que el artículo 1º del Decreto demandado es claro en precisar que no se causará la remuneración correspondiente en ausencia de prestación oportuna del servicio para el cual están comprometidos los funcionarios, sin tratar el tema de los despidos, ese sí resultado de una declaración de ilegalidad de la huelga que no es el caso.

En lo que atañe a la violación del Bloque de Constitucionalidad, figura jurídica que ampara los derechos a la libre expresión, sindicalización, asociación y autonomía sindical, a juicio del Ministerio de Educación Nacional, el Gobierno no trató de imponer una sanción pecuniaria a los servidores que se encontraban en cese de actividades, pues simplemente pretendió dar aplicación a la ley; en tanto resulta elemental que si el funcionario no está prestando el servicio para el cual fue contratado, no haya lugar a que se cause la retribución.

Por estas razones estima la apoderada del Ministerio de Educación Nacional que deben desestimarse las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada, Ministerio de Educación Nacional, alegó de conclusión, para lo cual se sirvió de los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Por su parte, el demandante en sus alegatos señaló que si bien es cierto, el Gobierno Nacional en el año 1967 al proferir el Decreto No. 1647 se propuso proteger el erario público de la conducta de aquellos servidores que devengaban salario sin asistir a sus laborales, también lo es, que dicho descuento no podía ser automático, como se ordenó mediante la norma acusada, por que de su texto se infiere claramente que en caso de que el servidor público justifique legalmente su inasistencia al trabajo, no se debe hacer ningún descuento. Entonces, para el demandante la administración, en aplicación al derecho fundamental al debido proceso debía requerir al servidor público para que justificara su inasistencia a laborar, y en caso de que dicha justificación no se hiciera, sí sería posible hacer el descuento. El no pago a los salarios de los servidores públicos no opera ipso jure, concluye.

Añade el demandante que el Decreto No.1844 de 2007 vulneró flagrantemente el artículo 13 de la Constitución Nacional, que exige por parte de las autoridades nacionales un trato igualitario ante la ley para todos los ciudadanos, juzga entonces que el Gobierno no tiene razones verdaderas para expedir una norma que sólo mengua los derechos del sector educativo.

Así, es un hecho notorio que los funcionarios que suspendieron actividades convocados por ASONAL JUDICIAL, entre el 8 de septiembre y el 16 de octubre de 2008, sus participantes no fueron objeto de descuento alguno en sus salarios, teniendo en cuenta que de forma concertada se les permitió realizar jornadas de recuperación del tiempo, con el compromiso de no realizar el descuento en su remuneración; si el descuento opera por no haber prestado el servicio, se debe tener en cuenta que al igual que los funcionarios de ASONAL JUDICIAL, los miembros del magisterio, con la anuencia de las administraciones locales, las organizaciones sindicales, lograron acordar con los rectores, coordinadores, padres de familia y estudiantes, jornadas de recuperación del tiempo, las cuales se efectuaron sin contratiempos, permitiendo así que el año lectivo 2007 se cumpliera con las horas y semanas mínimas establecidas por el Decreto No. 1850 de 2002; entonces, de mantenerse los descuentos habría un enriquecimiento

injustificado del Gobierno, por cuanto el servicio sí se cumplió en forma completa, de modo que los docentes que recuperaron el tiempo de trabajo no recibiría ningún tipo de contraprestación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó negar las pretensiones de la demanda, y por tanto abstenerse de declarar la nulidad del acto acusado.

Para el Ministerio Público no asiste ninguna razón al demandante, pues no es cierto que el Presidente de la República haya excedido las atribuciones conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, ya que la facultad reglamentaria es una de sus atribuciones constitucionales. El Ejecutivo, a través del Decreto acusado, simplemente dio aplicación a una norma expedida en el año 1967, la que se encuentra vigente, motivo por el cual no está legislando, como erradamente entendió el actor. En consecuencia, para el Ministerio Público el primer cargo no debe prosperar.

Añade de otro lado que la reglamentación expedida se acompasa con lo ordenado en el Decreto No 1647 de 1967, razón por la cual el Presidente no ha desbordado sus atribuciones constitucionales.

A juicio del Ministerio Público tampoco hubo violación del bloque de constitucionalidad, pues si bien es cierto los derechos a la libre expresión, sindicalización, asociación y autonomía sindical, son derechos constitucionalmente protegidos omnesive en instituciones internacionales que obligan a Colombia.

Por todo lo dicho se concluye que el trabajador pierde el derecho al salario durante los días de cese de actividades, aunque éste sea legal, por lo que, precisamente el ejercicio de ese derecho consiste en suspender la prestación de los servicios sin causar el salario.

Por lo tanto, resulta inconsecuente concluir que una de las partes de la relación laboral sí pueda dejar de cumplir sus obligaciones e intimar a la otra a continuar abonando los salarios. Y no es verdad que la privación de los salarios sólo pueda ocurrir tras la declaración de ilegalidad de la huelga.

Por otro lado a su juicio, no se resiente el derecho de defensa, tampoco el debido proceso con la expedición del Decreto No 1844 de 2007, pues la deducción salarial sólo procede si el docente se sustrae sin ninguna razón al cumplimiento de sus deberes, por lo tanto si prueba que su inasistencia al trabajo tuvo otra causa no procederá la merma del salario. No se debe olvidar añade, que el cese de actividades exige un procedimiento administrativo que está regulado en la Circular No. 019 de 1991 del Ministerio de Trabajo.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico del que enseguida se ocupa el Consejo de Estado, concierne a establecer si el Presidente de la República excedió las atribuciones conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, al expedir el Decreto que autorizó no pagar los salarios a los docentes que hicieron un cese de actividades.

1.- El acto cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor:

Decreto 1844 de Mayo 25 de 2007

Por el cual se ordena el no pago de días no laborados por los Servidores Públicos del Sector Educativo y se deroga el Decreto 1838 de 25 de mayo de 2007

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 67 y el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de la Ley 115 de 1994

CONSIDERANDO:

Que el servicio público educativo tiene una función social y corresponde a un derecho de la persona, razón por la cual no se puede suspender.

Que de conformidad con el Decreto 1647 de 1967, el pago de los sueldos o cualquiera otra forma de remuneración a los empleados públicos y los trabajadores oficiales del orden nacional, departamental, distrital, municipal y de las empresas y establecimientos públicos, serán por servicios efectivamente rendidos o prestados.

Que el artículo 2° del referido Decreto 1647 de 1967, señala que es obligación de los funcionarios que deben certificar los servicios efectivamente rendidos por los servidores públicos y trabajadores oficiales, ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO: *La no prestación oportuna del servicio para el cual están vinculados por el Estado, o el cese de actividades laborales, realizado por servidores públicos, no amparados en justa causa previamente definida en la ley, se entiende ilegal y generará para quienes participen en él, la no causación de la remuneración correspondiente en los términos previstos en el Decreto 1647 de 1967.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *La remuneración no causada deberá ser deducida en la siguiente nómina, en el evento de que por efecto de la liquidación de la misma se haya producido el pago.*

ARTÍCULO TERCERO: *Las entidades territoriales certificadas en educación dispondrán, de plano, el no pago de aquellos servicios efectivamente no prestados por los servidores y efectuarán el reporte correspondiente a los organismos de control, para que dentro del ámbito de su competencia adelanten las acciones administrativas, fiscales y disciplinarias a las que haya lugar.*

ARTÍCULO CUARTO: *Los recursos del Sistema General de Participaciones cuyo uso deje de aplicar la entidad territorial al pago de nómina, como efecto de lo dispuesto en este decreto, deberá ser reprogramado en inversión para la calidad del servicio educativo.*

ARTÍCULO QUINTO: *Derogase el Decreto 1838 del 25 de mayo de 2007.*

ARTÍCULO SEXTO: *El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.*

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los 25 días del mes de Mayo de 2007

LA MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL

CECILIA MARÍA VÉLEZ WHITE

2.- Sobre la vigencia y legalidad del Decreto No. 1647 de 5 de septiembre de 1967. Ha sostenido el demandante que el Decreto No. 1647 de 1967 ya no está vigente, y que por lo mismo no podía ser objeto de reglamentación. No obstante, en el pasado dicho Decreto ya fue demandado, en respuesta, mediante la sentencia de 22 de agosto de 2002.^[1] determinó lo siguiente:

“A juicio de los libelistas en el presente caso los descuentos de salario por inasistencia al lugar del trabajo constituye una sanción, aunque no disciplinaria, que implica un castigo, en este caso económico, y que, por lo tanto, amerita la aplicación del debido proceso a la actuación administrativa y torna inconstitucional sobreviniente el decreto acusado por ser el fundamento de tal sanción. Lo que busca la norma acusada es la consecuencia lógica de la inasistencia a prestar el servicio personalmente: no remunerar el servicio que no ha sido prestado. Este procedimiento no viola la preceptiva de que trata el artículo 29 de la Carta Política y en ningún caso puede constituir una sanción pues si no se presta el servicio es apenas lógico que no haya lugar a su pago. El descuento por los días no laborados debe hacerse conforme a la ley y el Decreto 1647 de 1967 no señala un procedimiento disciplinario previo pero sí ordena su aplicación inmediata. Por lo demás, la ley señala taxativamente cuáles son los deberes y obligaciones de los docentes entre los que se encuentra la de cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo, tal como se encuentra contemplado en el artículo 44, literal f), del Decreto 2277 de 1979. Por lo anterior no observa la Sala violación del debido proceso. Observa la Sala que dentro de las atribuciones otorgadas al Presidente de la República se encuentra la de velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos. En cumplimiento de esta atribución se pueden expedir normas como la demandada, destinadas a lograr la debida administración de las rentas públicas. No se ve que le prohíba al Presidente de la República expedir decretos administrativos tendientes a regular los pagos de los servidores del Estado porque es incuestionable que el pago de dineros públicos sin justificación legal sería violatorio de la función de recaudación y administración de las rentas y caudales públicos. La remuneración del servidor público vinculado por una relación legal y reglamentaria presupone el deber de prestar el servicio y por lo tanto no tiene derecho al pago de los días no laborados. Lo que pretende el decreto enjuiciado es evitar un enriquecimiento ilícito de los servidores públicos que devenguen un salario sin la prestación del servicio con defraudación del erario público.”

Sobre esta misma materia, se pronunció también el Consejo de Estado, Sección Segunda, C. P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado (actor Luis Alberto Jiménez Polanco), en la sentencia de 21 de marzo de 2002, radicación No. 3165-99. En ese proceso se solicitó la anulación de la Circular No. 71 y el Oficio No. 00424 de 14 y 21 de octubre de 1999 del Ministerio de Educación, que disponían el no pago del salario en caso de huelga. Dejó sentado entonces la Sala que:

“Considera la sala que no le asiste razón al censor en sus afirmaciones sobre la derogatoria del Decreto 1647 de 1967. El artículo 12 del Decreto 3135 de 1968, regula una situación diferente a la que regula el Decreto 1647 de 1967. En el derecho al salario existen dos situaciones diferentes que se deben distinguir para entender la complementariedad de las normas citadas por el censor. Una es la causación del derecho y otra es el pago. En efecto, el Decreto 1647 de 1967 consagra el principio natural y elemental de causación del derecho al salario, según el cual por ser éste la contraprestación al servicio del trabajador o el empleado, sólo se causa cuando dicho servicio se ha realizado efectivamente. Una vez causado el salario, es obligación del empleador realizar el pago completo del mismo y sólo se permite al empleador retener, compensar o deducir sumas del salario a pagar en las condiciones que el Decreto 3135 de 1968 y las normas posteriores que han reglamentado dicho precepto legal establecen. Sólo puede tratarse en las normas de deducción, retención, compensación o embargo de los salarios que se han causado. Así las cosas, considera la Sala que las normas acusadas son complementarias y no excluyentes, tienen plena vigencia y en consecuencia no le asiste al demandante razón al considerar invalidez del acto administrativo por una falsa motivación por error de derecho. Considera la sala que la sanción disciplinaria que dispone del salario del trabajador puede ocurrir por dos situaciones: a) Porque el trabajador fue suspendido del trabajo temporalmente y se descuenta el salario del tiempo de suspensión, o b) Porque al trabajador se le impuso una multa que se deduce del salario a pagar. Considera la Sala que el no pago de los salarios por días no trabajados no constituye una sanción disciplinaria y atendiendo a que los cargos impetrados por el actor contra los actos parten de dicha errónea consideración, deberán desestimarse. De acuerdo con lo precedente, para la sala no tiene vocación de

prosperidad la demanda sobre la validez de la circular 71 y el oficio 00424 de 14 y 21 de octubre respectivamente por lo que deberán denegarse las pretensiones del demandante.”^{2]}

Carece de razón entonces la parte demandante cuando parte de la afirmación, sin fundamento alguno, de que el Decreto No. 1647 de 5 de septiembre de 1967 ya no está vigente, pues los precedentes de esta sección han reiterado su aplicabilidad en otros casos, ante lo cual nada resta añadir para desechar la objeción puesta por el demandante.

3.- Sobre el exceso en el uso de la facultad reglamentaria. Se reprocha porque al expedir el Decreto No. 1844 de 2007 hubo extralimitación de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, pues no podía el Presidente atribuirse funciones legislativas y ordenar abstenerse de pagar los días no laborados. Como revelan los antecedentes copiados, es función del Gobierno Nacional controlar que todo pago corresponda a la prestación efectiva de un servicio público y que el Decreto demandado se ajusta al ordenamiento pues la custodia de los bienes y el patrimonio público impone al Presidente adoptar las medidas que ya en el pasado fueron tomadas y que salieron adelante en el examen judicial.

La línea jurisprudencial citada revela suficientemente que en otros casos de los que se ocupó la Sala y en los que estuvo comprometido el movimiento docente, la jurisdicción contenciosa administrativa avaló medidas similares, pues la relación laboral es de orden bilateral y conmutativa, de modo que la erogación salarial tiene como causa directa la prestación del servicio.

4.- Sobre la violación al debido proceso y el desconocimiento de los derechos al trabajo, a la asociación, a la libre expresión y violación del bloque de constitucionalidad. A este respecto es claro que tampoco se trató de una sanción, ni se puso en peligro el derecho de asociación, ni hay persecución sindical, sino que la medida dispuesta es razonable para garantizar el patrimonio público. Por supuesto que los gremios y asociaciones preservan la posibilidad de tomar sus propias determinaciones para influir en la negociación de sus intereses, pero el Gobierno cumple su deber de proteger los intereses de todos mediante la preservación de la integridad del patrimonio público, como lo destacan los precedentes de la Sala. El derecho de asociación no se ejerce de cualquier modo, sino por unos cauces normativos, de modo que no puede pretenderse que con los bienes del Estado se pueda subsidiar la asociación sindical incentivando una cesación de funciones, menos en este caso, por motivos ajenos a los intereses de los trabajadores del magisterio. El Gobierno no interfirió el derecho de asociación, solo preservó el patrimonio público.

Tampoco hubo violación al debido proceso, pues quedo a salvo la posibilidad de que los docentes pudieran acreditar las razones que les impidieron cumplir la jornada laboral, no hubo sanción individual a cada trabajador, a juicio del Consejo de Estado no puede tomarse como sanción mantener el equilibrio de la relación laboral y el principio de que toda labor ejecutada le corresponde una remuneración.

Tampoco se resiente el derecho al trabajo, pues la relación 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 participan 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”. (...)

El derecho a la libertad de expresión no guarda ninguna relación con la medida adoptada por el Gobierno Nacional; por lo demás, so pena de no coartar la libertad de expresión no se puede lesionar el patrimonio público, permitiendo erogaciones por servicios no prestados.

La parte demandante menciona otros movimientos sindicales, en los cuales nominadores y trabajadores concertaron mecanismos de compensación de tiempo para restituir el salario, procedimiento que contrariamente a lo planteado por el demandante viene a corroborar que sin la prestación real del servicio, no puede haber remuneración. Por lo demás no descartó el Decreto acusado que así pudiera ocurrir con los docentes, como ha sucedido en otras ocasiones

5.- Sobre el poder reglamentario. En cuanto a que el Gobierno Nacional no está facultado sino para reglamentar las leyes, pero que no puede hacerlo con normas que estén jerárquicamente por debajo de las mismas, juzga el Consejo de Estado que en el Decreto acusado apenas se anuncia la existencia previa del Decreto No. 1647 de 1967, pero en ninguna parte se menciona como propósito reglamentar un decreto reglamentario, sino usar de la potestad reglamentaria genérica que ejerce el Presidente de la República a la luz del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución. Como señalan los precedentes citados, sí es del resorte del Presidente de la República reglamentar la materia y si ya lo hizo en una ocasión mediante instrumentos que demandados en acción de nulidad pasaron el control judicial, bien puede proveer de nuevo para atender situaciones similares, sin que ello implique, como entiende el demandante que el poder reglamentario del Presidente de la República quedó agotado con un primer decreto y que no puede volver de nuevo sobre el asunto si se hiciera necesario.

Tampoco es cierto que para la cesación del pago del salario por servicios no laborados, sea menester que haya una previa declaración de ilegalidad de la huelga, pues el soporte de la medida, como ha quedado determinado por la jurisprudencia, es la propia realidad de la relación laboral, de modo que no es posible erogar el dinero del patrimonio público sin que haya una debida contraprestación, es decir no puede haber ingresos o pagos no causados. Como es sabido la declaratoria de ilegalidad de una huelga, competencia atribuida al Ministerio de la Protección tiene una función distinta: permitir el despido. De este modo, resulta impertinente el argumento del demandante y por ello deberá desecharse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

NIEGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por Félix Bonilla Bohórquez respecto del Decreto No. 1844 de mayo 25 de 2007, expedido por el Presidente de la República y la Ministra de Educación Nacional, “por medio del cual se ordena el no pago de días no laborados por los Servidores Públicos del Sector Educativo y se deroga el Decreto 1838 de 25 de mayo de 2007”

Cópiese, notifíquese y, archívense las presentes actuaciones. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO