REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No. 18

Bogotá D.C., 23 de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-**2017-00222**-00
Demandante: José Ramiro Suarez Arias
Demandado: Unidad Nacional de Protección.

Tema: Horas extra, recargo nocturno, trabajo dominical y feriados, viáticos como factor salarial.

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones de la demanda:

Declarar la nulidad del oficio OFI17-00003173 del 31 de enero de 2017, por medio del cual se negó la solicitud de pago de: i) horas extras y recargos por trabajo en tiempo nocturno, dominicales y festivos, ii) la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas y los aportes a seguridad social teniendo en cuenta los valores pagados y los viáticos.

Se declare para todos los efectos que los viáticos que percibe el trabajador por sus desplazamientos, constituyen salario y por lo tanto deben ser incluidos como factor para la liquidación de las prestaciones sociales periódicas definitivas.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, ordenar:

(i) Que se declare, que los viáticos que percibe el trabajador para sus desplazamientos, constituyen salario y por tanto deben ser incluidos como factor de liquidación de las prestaciones sociales
(ii) El reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y festivos, así como el porcentaje de trabajo nocturno desde el 1º de enero de 2012 hasta que se empiece a pagar en forma permanente.
(iii) La reliquidación y pago de las prestaciones sociales y el reajuste de aportes al SGSS incluidos los recargos suplementarios por concepto de trabajo en dominicales y festivos, horas extra, recargos por trabajo nocturno y los viáticos.

Que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas al momento del pago, cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA y costas a cargo de la demanda

Hechos.

-. El demandante labora para la Unidad Nacional de Protección, desde el 1º de enero de 2012, en el cargo de **Conductor Mecánico**, del nivel asistencial, código 4103 grado 18, grado 18, en la ciudad de Bogotá, devengando una asignación básica mensual de UN MILLON NOVECIENTOS CINCO MIL TRECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS ($1.905.382. (Fl. 12).

-. El demandante en ejercicio de su cargo laboró tiempo adicional al previsto para la jornada ordinaria de 44 horas semanales, así como dominicales y festivos los cuales no han sido pagadas por la demandada. (Fl. 146).

-. El demandante recibe viáticos destinados para su manutención, cuando debe desplazarse a otras ciudades. (62-65).

-. El 20 de diciembre de 2016, solicitó el reconocimiento y pago de horas extras, dominicales, festivos y recargo nocturno desde el 1.° de enero de 2012 hasta que se realice en forma permanente el respectivo abono de tales conceptos, que se declare que los viáticos constituyen salario y que deben integrarse a la base salarial para la liquidación de los derechos laborales periódicos y definitivos y en consecuencia que se disponga la reliquidación de las prestaciones sociales periódicas causadas y el reajuste a los aportes del SGSS. La anterior decisión fue negada a través del oficio demandado. (Fl.16-22), bajo el entendido de que por la naturaleza del servicio que prestan los funcionarios de la UNP, éstos no tienen derecho al reconocimiento de los factores indicados por el demandante de conformidad con lo consagrado en el artículo 12 del Decreto 1932 de 1989, sino a un día compensatorio de descanso por cada 8 horas que excedan la jornada laboral.

Tesis del demandante:

Tras efectuar un recuento normativo constitucional en el que se consagran diferentes garantías laborales referentes a las condiciones dignas y a la irrenunciabilidad de derechos laborales, hace referencia a la jornada de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978.

Afirma que es contrario al ordenamiento jurídico que la Unidad Nacional de Protección, justifique la negación de los derechos reclamados fundamentando su respuesta en lo establecido en el artículo 12 del Decreto 1932 de 1989, que al contrastarse con la norma marco fijada por el legislador[1] y el artículo 4 constitucional, vulnera los derechos del accionante, por tornarse violatoria del principio de progresividad y favorabilidad laborales.

Los funcionarios del área operativa de la UNP como es el caso del demandante, que ejecutan labores no solo de vigilancia y de protección, sino también, actividades de carácter administrativo, deben mantener en forma permanente el tiempo que se requiera tener activo el esquema de seguridad de las personas bajo su cuidado, excediendo por ello el límite de la jornada ordinaria, no importando si es en el día o en la noche, en dominicales o en festivo, pues la misión de tutela (prestación del servicio de protección) no se interrumpe en ningún horario

Respecto a los viáticos como factor salarial hace referencia a lo establecido en el artículo 127 Código Sustantivo del Trabajo, a la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional No. 995 de 1999 y normas de carácter supranacional[2], para concluir que constituye salario toda suma pagada de manera habitual como contraprestación de la labor prestada por el demandado sin importar su denominación, en tanto negar la inclusión de los viáticos resulta contrario a derecho. Refuerza su argumento citando el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, en el que textualmente se relaciona como factor salarial *"Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión"*.

Tesis de la demandada:

En cuanto a la petición de horas extras, recargo nocturno, trabajo dominical y festivo, afirma que a los empleados de la UNP se les aplica la normatividad vigente la cual está regulada por los Decretos 1932 de 1989, Decretos 4057, 4065 y 4067 de 2011, las resoluciones 0134 de 2012, 092, 351 de 2014 y 362 de 2016, en relación a la jornada máxima laboral en las que dejó claro que no procedería el reconocimiento de los emolumentos ahora reclamados, sino la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, puesto que por sus especiales funciones tienen una jornada extraordinaria.

Afirma que la normatividad referida previamente, fue expedida de acuerdo a los postulados establecidos en el régimen general del servidor público de orden nacional, es decir, el Decreto 1042 de 1978.

Considera que al actor, no le es aplicable *"en estricto sentido"* el Decreto 1932 de 1989, como quiera que con la supresión del DAS, la Unidad Nacional de Protección, específicamente reguló sus asuntos mediante

[1] Decreto Ley 1042 de 1978.
[2] Convenio 85 y 95 de la Organización Internacional del Trabajo.

los Decretos 4057, 4065, y 4067 de 2011, en los que no se contempló el pago de los emolumentos ahora reclamados por tanto la pretensión deberá negarse.

Respecto a los viáticos, afirma que no son retribución al trabajo efectuado por el demandante, sino que se trata de medios para el cumplimiento de funciones asignadas. Expresa que tampoco son habituales ni tienen la condición de permanencia para el actor, por lo que según la Sentencia del 25 de septiembre de 2008, expediente 2573-07[3], CP Gerardo Arenas Monsalve, los mismos no deben incluirse para liquidar las prestaciones sociales del demandante. Los viáticos son tenidos en cuenta únicamente para liquidar cesantías y pensiones, siempre y cuando se hayan percibido por un término no inferior a 180 días en el último año de servicio, por mandato expreso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por lo que la pretensión formulada deberá ser negada.

Alegatos de conclusión:

Parte demandante: El apoderado judicial de la parte demandante resalta que el actor labora para la UNP en el cargo de Conductor Mecánico, del nivel asistencial, código 4003, grado 18, en la ciudad de Bogotá, devengando una asignación básica mensual de $1.905.382. Afirma que su representado presta sus servicios en forma permanente y de acuerdo a las necesidades del esquema de seguridad del custodiado.

Refiere que los empleados de la UNP pertenecen al régimen común para empleados públicos del orden nacional, como lo establece el artículo 1 inciso segundo del artículo 20 del decreto ley 4065 del 31/10/2011 y por ende su jornada laboral es de 44 horas semanales equivalente a 190 horas mensuales como señala el art. 33 del Decreto 1042 de 1978.

Afirma que no es viable aplicar la jornada máxima excepcional de 66 horas ya que la misma se predica de *"actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia"* naturaleza que no participa con los servicios de la UNP. Considera que la demandada en el presente asunto no demostró que las actividades del demandante fueran de aquellas discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia y que tampoco tal atributo se puede advertir de las resoluciones **357** del 24/09/12, **250** del 04/05/15, **047** del 16/01/17, expedidas por la UNP.

Respecto al límite mensual de reconocimiento y pago de horas extra, afirma que el Decreto 99 de 2014, amplió el límite, permitiendo un máximo de 100 horas mensuales. Que del "Informe Mensual de Días Trabajados" se advierte que entre el año 2012 y 2017, laboró un total de 2.629 horas extra. Que del "Informe Mensual de Días Trabajados", del "Control Horas Laboradas" y del "Registro y Seguimiento de Horas Hombre Laboradas y Compensatorios" se evidencia que el actor laboró **para el 2013: 15 domingos y 8 festivos, para el 2014: 17 domingos y 3 festivos, para el 2015: 1 domingos y 5 festivos, para el 2016: 18 domingos y 3 festivos y para el 2017: 11 domingos**. **Afirma que la entidad demandada reconoce la ausencia del pago a favor del accionante por dichos conceptos solo compensación mediante días de descanso.**

Al negarle al actor la retribución por la labor desempeñada adicional a la ordinaria, se estaría originando un enriquecimiento injusto para la administración, porque pagaría un salario inferior al que realmente le correspondería al trabajador por las labores ejecutadas en tiempo extra y estaría incurriendo en una flagrante violación y contradicción a los principios mínimos fundamentales de carácter laboral.

Considera que no es posible aplicar normas que regían para un estamento (DAS) que poseía un régimen especial exceptuado, en una entidad como la UNP que pertenece al régimen común para empleados públicos pues se estaría contraviniendo contra lo establecido en el articulo 1 e inciso segundo del artículo 20 del decreto Ley 4065 del 31/10/2011 y el Decreto Ley 4057 de 2011[4].

---

[3] "(…) en efecto, se ha considerado a los viáticos como aquella asignación que es capaz de retribuir y, por ende, remunerar la labor prestada, cuando sufragan la manutención y el alojamiento del servidor en el lugar donde tenga que cumplir la comisión de servicios, pero siempre que cumplan con la condición de habitualidad y permanencia en su ingreso. Lo anterior significa que si se perciben ocasionalmente por el empleado no adquieren el carácter remunerativo de la labor prestada"

[4] "ARTICULO 7o. REGIMEN DE PERSONAL. El regimen salarial, prestacional, de carrera y de administracion de personal de los servidores que sean incorporados sera el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepcion del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policia Nacional cuyo regimen salarial y prestacional lo fijara el Presidente de la Republica en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales."

Concluye que a su parecer quedó probado que el actor laboro jornadas superiores a las permitidas por la ley, con disponibilidad permanente en favor de la entidad y su protegido, en dominicales y festivos, solicitando al Despacho acoger las pretensiones de la demanda.

Problema jurídico:

¿Qué régimen normativo resultaba aplicable al caso del señor José Ramiro Suarez Arias respecto de la determinación de su jornada laboral ordinaria como agente de protección de la UNP, con el fin de verificar la procedencia del reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos y dominicales y festivos

La parte demandante logró demostrar el cumplimiento efectivo de trabajo suplementario, es decir, por fuera de su jornada laboral, con recargo nocturno y en días dominicales y festivos desde el 1.° de enero de 2012 cuando se vinculó con la entidad demandada en el cargo de Conductor Mecánico, del nivel asistencial, código 4103 grado 18, grado 18; al igual que las condiciones necesarias para tener como factor salarial el pago de los viáticos devengados por éste en sus comisiones de servicio, esto con efectos liquidatorios de sus prestaciones

Marco regulatorio sobre la jornada laboral ordinaria, las horas extras y demás recargos para los empleados públicos de la UNP

De manera general, la noción básica de jornada laboral corresponde al lapso durante el cual se limita el ejercicio de las funciones o actividades propias de un empleo, bien sea público o privado. Ahora, en lo referente a la previsión de los tipos y características de las jornadas laborales de los empleados públicos, al respecto el Decreto 1042 de 1978 en su artículo 33 previó lo siguiente:

> «ARTÍCULO 33. De la jornada de trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. **A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas**.
>
> Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.
> El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.».

De la norma transcrita se extrae que, en el ordenamiento jurídico laboral de los empleados públicos, están contempladas dos jornadas ordinarias, una general de 44 horas y una especial de 66 horas semanales, ello con base en el tipo de actividades o trabajo a desarrollar y de conformidad con el horario que para tal efecto fije cada entidad empleadora, siempre y cuando se acompase al marco de acción previsto en este postulado regulatorio.

En lo concerniente al trabajo suplementario entendido como el ejercicio de funciones por fuera de los límites previstos anteriormente para el desarrollo normal del empleo, la norma también consagró lo propio en los artículos 36, 37, 38 y 40, esto con las respectivas modificaciones tácitas introducidas por el artículo 12 del Decreto 660 de 2002, así:

> «ARTÍCULO 36. De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.
>
> El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:

a) El empleo o del funcionario que va a trabajarlas deberá tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.

b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d) En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales
.
e) **Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.**

ARTÍCULO 37. De las horas extras nocturnas. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior.

ARTÍCULO 38. De las excepciones al límite para el reconocimiento de horas extras. Las restricciones de tiempo y de monto total por concepto de horas extras de que trata el artículo 36, no se aplicarán respecto de los siguientes funcionarios:

a) Los empleados subalternos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que tengan la obligación de participar en los trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, su liquidación y las demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal.
b) Los auditores de impuestos.

[…]

ARTÍCULO 40. Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos. Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.

Para efectos de la liquidación y el pago de la remuneración de los empleados públicos que ocasionalmente laboren en días dominicales y festivos, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Sus empleos deberán tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.
b) El trabajo deberá ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien este hubiere delegado tal atribución, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las tareas que hayan de desempeñarse.
c) El reconocimiento del trabajo en dominical o festivo se hará por resolución motivada.
d) El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si este fuere menor.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ocasional en días dominicales y festivos.

e) El disfrute del día de descanso compensatorio o la retribución en dinero, se reconocerán sin perjuicio de la asignación ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

f) La remuneración por el día de descanso compensatorio se entiende incluida en la asignación mensual.

> DECRETO 660 DE 2002. Artículo 12. Horas extras, dominicales y festivos. **Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19**. […]»

Sin perjuicio de lo expuesto hasta este punto, se observa que la competencia para la regulación específica de la jornada ordinaria del personal de cada entidad pública, en **cuanto a horarios y distribución del tiempo bajo los lineamientos del Decreto 1042 de 1978, puntualmente la detentan las respectivas autoridades nominadoras con sujeción a las condiciones y características de los empleos en relación con las funciones propias del correspondiente ente estatal, de suerte que se permitió la reglamentación de este aspecto de manera específica, particular y concreta**.

De conformidad con el anterior marco normativo, al verificar la situación de la Unidad Nacional de Protección en lo que respecta a la jornada laboral de sus empleados, se encuentra que con la expedición de la Resolución 0134 del 13 de abril de 2012 por parte del director general de la referida entidad (https://www.unp.gov.co/la-unp/gestion-humana/manual-de-funciones/), se previó lo siguiente frente a dicho punto en el artículo 1.°:

> «Artículo Primero. Horario de Trabajo: El horario de trabajo en la Unidad Nacional de Protección, es de lunes a viernes de 7:30 A.M. a 5:00 P.M., en jornada continua. El sábado se considera como día no hábil.
>
> **Parágrafo primero. Los empleados cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de seguridad, podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de sesenta y seis (66) horas.**
>
> **Sin embargo, por especiales razones del servicio, el Jefe de la Unidad podrá disponer jornadas hasta de dieciocho horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de setenta y dos (72) horas**.
>
> **Parágrafo segundo**. **Dado el carácter de organismo nacional de seguridad de la Unidad y su misión institucional, algunos funcionarios deberán prestar sus servicios en horas diurnas y nocturnas, o en días dominicales y festivos, para lo cual procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado y no habrá lugar al reconocimiento y pago de horas extras o pago de dominicales o festivos.»**

A su turno, la Resolución interna 092 del 5 de febrero de 2014 (ver el siguiente link https://www.unp.gov.co/la-unp/gestion-humana/manual-de-funciones/), derogó la precitada norma, sin embargo, en una reproducción casi literal de estos postulados precisó lo siguiente en el artículo 4.°:

> «Artículo 4. Horario de trabajo para servidores públicos de la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN –UNP.
> […]
> Parágrafo 1: Para los empleados cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, tendrán disponibilidad permanente y se les podrá señalar una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana excedan un límite de sesenta y seis (66) horas.
>
> Adicionalmente estos funcionarios por tener una disponibilidad permanente, se les podrá compensar el tiempo de servicio prestado en estas condiciones, según disposición de cada subdirección y disponibilidad de recursos humanos.
>
> Parágrafo 2: Por la naturaleza del servicio que prestan los servidores públicos de la UNP, en horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo prevista en este artículo o en días dominicales y festivos, no tendrán derecho al reconocimiento y pago de extras, únicamente

> procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, en la forma que la subdirección de protección y la subdirección de evaluación de riesgo de la Unidad adopten, de acuerdo a lo dispuesto en el parágrafo anterior.»

Esta formulación fue reiterada con escasos ajustes de redacción en las posteriores Resoluciones de la UNP, números 351 del 26 de junio de 2014) y 0362 del 1.° de junio de 2016 (https://www.unp.gov.co/la-unp/gestion-humana/manual-de-funciones/), las cuales en conjunto con los apartes transcritos anteriormente y bajo un contexto de vigencia, implican que desde el año 2012, fecha a partir de cuando el se solicita el reconocimiento y pago de horas extras y demás recargos por trabajo suplementario, la entidad demandada contaba con un marco de reglamentación sobre los tipos de jornadas para su planta de personal, sustentado con los parámetros generales del Decreto 1042 de 1978.

Si se verifica la normativa se extrae que la UNP al margen del horario prefijado para sus funcionarios administrativos con una jornada ordinaria de trabajo general de 44 horas semanales, contempló una jornada especial de 66 horas a la semana igualmente consagrada la cual aplicaría para los empleados que desempeñen específicamente funciones de vigilancia, seguridad y protección, propias de la misión legal y reglamentaria de la entidad.

En el caso se encuentra que efectivamente el señor José Ramiro Suarez se desempeña como conductor mecánico, al servicio de la Unidad Nacional de Protección sin solución de continuidad desde el 1.° de enero de 2012 (por supresión del DAS donde se encontraba vinculado desde el 4 de febrero de 1994).

De conformidad con los hechos de la demanda y de su contestación sus funciones realmente se ajustan a actividades de vigilancia y seguridad, o como la propia denominación del cargo lo señala, de protección, esto por cuanto la esencia de su empleo es la de custodiar la integridad y vida de los sujetos protegidos que le sean asignados, de modo que el ejercicio del cargo igualmente dependerá de los movimientos y agenda de tales personas y no necesariamente de un horario fijo e inmodificable.

Si se tiene en cuenta que el Decreto 4065 de 2011 por medio del cual se creó la Unidad Nacional de Protección, consagra en su artículo 20 que: «A los empleados de la Unidad se les aplicará el régimen general de carrera administrativa, de clasificación y de administración de personal.»; se entendería que los aspectos relacionados con la jornada laboral del demandante, equivaldrían a los presupuestos del Decreto 1042 de 1978, norma que en su artículo 33 fijó la creación de dos jornadas a saber: ordinaria y especial de 44 y 66 horas semanales respectivamente, y que a su vez permitió la regulación de los horarios con base en tales límites por parte de las entidades empleadoras.

La regulación de los horarios ocurrió a través de las Resoluciones 0134 de 2012, 0092 de 2014, 0351 de 2014, 0362 de 2016 y posteriores, todas donde la regulación en punto a las jornadas de trabajo se ajusta perfectamente al marco general del mentado decreto lo que las hace plenamente aplicables al caso concreto en ese aspecto puntual.

La jornada especial de 66 horas semanales indicada tanto en la reglamentación interna de la UNP como en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, es efectivamente aplicable a la situación particular del señor Ramiro Suarez y no el de 44 horas como se sostiene en la demanda.

Lo anterior en la medida en que su cargo como conductor mecánico detenta unas características especiales que lo diferencian de la generalidad de empleados con funciones principalmente administrativas, de manera que habilitan la concepción de una jornada especial como la estructurada por las normas en comento.

el régimen normativo que regula la situación específica del demandante en punto a la determinación de su jornada laboral, son las Resoluciones 0134 de 2012, 0092 de 2014, 0351 de 2014 y 0362 de 2016; todas proferidas por el Director General de la UNP, las cuales se ajustan y acoplan con los parámetros del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 sobre la jornada especial de 66 horas semanales para el desempeño de funciones como las que ejerce el señor José Ramiro Suarez

Según lo expuesto a los empleados de la UNP provenientes del extinto DAS, que desarrollen actividades discontinuas, intermitentes de control, de vigilancia o de investigación y seguridad, se les puede asignar una jornada laboral de doce (12) horas diarias sin que en la semana sobrepasen las sesenta y seis (66) horas o inclusive de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de setenta y dos (72) horas, e igualmente señala que, en razón a la naturaleza del servicio que se presta al llevarse a cabo en horas diurnas y nocturnas adicionales a la jornada ordinaria o los domingos y festivos, no hay lugar a reconocer y pagar horas extra sino la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado.

La parte demandante logró demostrar el cumplimiento efectivo de trabajo suplementario, es decir, por fuera de su jornada laboral, con recargo nocturno y en días dominicales y festivos desde el 1.° de enero de 2012 cuando se vinculó con la entidad demandada en el empleo de conductor mecánico, código 3137, grado 11; al igual que las condiciones necesarias para tener como factor salarial el pago de los viáticos devengados por éste en sus comisiones de servicio, esto con efectos liquidatorios de sus prestaciones

La regulación específica en materia de factores salariales por desarrollo de actividades laborales que superan las jornadas ordinarias o especiales como la del demandante, está prevista en el Decreto 1042 de 1978, artículos 36, 37, 38 y 40; sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia del 11 de abril de 2019[5], sintetizó estos postulados normativos en lo referente a las condiciones para la procedencia de tales pagos, al punto de conglobar dichos aspectos en la denominada jornada extraordinaria que se concibe de la siguiente forma:

«**Jornada Extraordinaria. –**

Se denomina así a la jornada que excede la jornada ordinaria. Se presenta cuando por razones especiales del servicio es necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, en cuyo caso, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes esté delegada la función, autorizan el descanso compensatorio o el pago de horas extras.

Se encuentra regulada en los artículos 36, 37 y 38 del Decreto Ley 1042 de 1978 y en las normas que anualmente establecen las escalas de asignación básica mensual para los empleados públicos.

Para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos.

- Que el empleado pertenezca a los niveles técnico - asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente.

- Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita.

- Su remuneración se hará: con un recargo del 25% si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas.

- No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales.

- Las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras trabajadas.

- Si el empleado se encuentra en comisión de servicios, y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago.

- Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones».

[5] Sección Segunda, Subsección B. Radicado:25000-23-25—000-2012-01380-01 (3200-16)

Son dos los criterios que deben tenerse en cuenta al analizar la existencia de una jornada suplementaria generadora del pago de horas extras y demás recargos

i) la naturaleza del empleo en cuestión desde su nivel técnico o asistencial y sus correspondientes grados, así como **ii)** la autorización expresa de la entidad empleadora para laborar por fuera del marco de una jornada ordinaria o especial, es decir, el conocimiento y consentimiento de la autoridad para que el funcionario desempeñe labores adicionales

Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", en Sentencia del 23 de mayo de 2019[6], en un asunto similar al ahora debatido refirió lo siguiente:

"(…) el actor pretende la aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978 (…) a efectos del reconocimiento y pago de los emolumentos controvertidos (…) en el presente caso no hay ausencia de regulación sobre la jornada especial propias de los Oficiales de Protección de la Unidad Nacional de Protección, dado que, como en precedencia se explicó, desde la creación de la entidad, (Decreto 4067 del 2011), se dispuso que los funcionaros incorporados continuarian siendo remunerados en la forma prevista para los funcionartios del extinto DAS, esto es, según el Decreto 1932 de 1989, que contemplada (Sic) las jornadas especiales para quienes, como el actor, cumplian con funciones discontonuas, intermitentes y de seguridad, hasta la expedición de la Resolución No. 134 del 13 de abril de 2012 (…)"

Entonces, es claro que a los empleados de la Unidad Nacional de Protección, y los provenientes del extinto DAS, que ejerzan actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad, puede asignárseles una jornada laboral de doce (12) horas diarias sin que en la semana sobrepasen las sesenta y seis (66) horas o inclusive de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de setenta y dos (72) horas e igualmente de llevarse a cabo horas diurnas y nocturnas adicionales a la jornada ordinaria o los domingos y festivos, no hay lugar a reconocer y pagar horas extra sino a la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado en esos días y jornadas.

La situación esbozada por el demandante en su libelo introductor, éste manifestó que desde el 1.° de enero de 2012 en adelante, ha desempeñado sus funciones en jornada laboral extraordinaria, empero, en ningún aparte de su escrito indicó qué días, y en cuáles extremos temporales sucedió aquello, sino que se limita a estructurar sus pedimentos en una abstracción referente a que durante todo su vínculo legal y reglamentario se ha presentado ese supuesto y por esta labor extraordinaria la demanda le ha otorgado días compensatorios.

El trabajo suplementario indicado como sustento de sus pretensiones, tuvo lugar durante el desarrollo de su trabajo diario y en desarrollo de las comisiones de servicio en razón a los desplazamientos que debía hacer su protegido.

Resulta necesario verificar el material probatorio bajo el entendido de que el supuesto fáctico de la demanda que debe demostrarse si el demandante ejerció labores por fuera de su jornada especial de 66 horas semanales, pero durante todo su vínculo con la entidad demandada y en el marco de las comisiones de servicio certificadas por la UNP.

Lo probado en el proceso

1.- Constancia laboral expedida por el subdirector de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección, en la cual se indica que el señor José Ramiro Suarez Arias, fue vinculado al extinto DAS, desde el 05 de diciembre de 1994. De igual manera fue incorporado, sin solución de continuidad a la UNP, con vinculación legal y reglamentaria desde el 1 de enero de 2012, desempeñando en la actualidad el cargo de Conductor Mecánico, código 4103, grado 18 de la Planta de Personal de la entidad. Asimismo, se certificó la asignación básica percibida $1'905.156 durante el año 2017 (página 12).

[6] Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "D" del 23 de mayo de 2019, radicado No. 11001-33-35-011-2017-00241-01. Demandado: UNP Controversia: Reconocimiento de horas extras, recargos nocturnos ordinarios dominicales y festivos.

2.-Constancia de conceptos y valores devengados por el señor José Ramiro Suarez Arias Rodríguez Dorado desde el 1.° de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 20|16, emitida por el subdirector de Talento Humano de la UNP, de la cual se resalta que en el período mencionado percibió como factores de salario los siguientes: asignación básica, bonificación por compensación, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, sueldo vacaciones, incapacidad por enfermedad, y **bonificación de recreación**, sin que se detallen horas extras, recargos nocturnos o dominicales y festivos, lo que da cuenta que en efecto estos emolumentos no fueron cancelados (página 29 a 31).

3.- Certificaciones del 10 de enero de 2017 emitidas por la Unidad Nacional de Protección, mediante las cuales se relacionan las diferentes comisiones de servicios conferidas al demandante en los años 2012, 2013, 2014, 2015 y, 2016; allí se indican los siguientes datos a manera de columnas en diferentes tablas que corresponden a cada año respectivamente: i) el número del acto que ordenó la comisión, ii) la fecha de comienzo de la comisión, iii) la fecha de terminación iv) número de días v) valor pagado (página 45 a la 68).

4.- las órdenes de asignación de los años 2013, 2014, 2015, 2017 y, 2016 páginas 35 a 44

5.- Planillas mensuales de días y otras trabajadas en la unidad de protección por parte del actor suscrito por el coordinador del esquema de seguridad en donde se evidencia los días trabajados de cada mes, los días de descanso, los días de comisión, las vacaciones , la hora de iniciación del servicio, la hora de terminación del servicio y, el total de horas trabajadas del mes.

Entiende el despacho que el demandante en desarrollo de sus actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de seguridad, tiene a partir de marzo de 2013 una jornada ordinaria de trabajo de doce (12) hora diarias, sin que en la semana exceda un límite de sesenta y seis (66) horas, la cual se podía extender por razones del servicio hasta por de dieciocho (18) horas diarias, sin exceder las setenta y dos (72) horas. En el caso no se advierten datos precisos, específicos y detallados sobre los horarios dentro de los cuales el demandante ejerció sus funciones como oficial de protección en tales fechas, así como tampoco las supuestas horas adicionales que permitieran deducir la superación del límite temporal en comento.

Uno de los elementos necesarios para configurar el derecho al pago de horas extras y demás recargos, es que la entidad empleadora autorice, fije y determine expresamente a través de acto administrativo motivado, cuál será el tiempo de trabajo suplementario que deberá desempeñar determinado funcionario de manera específica y concreta o se demuestre materialmente el cumplimiento de las horas extras, para este caso no fue evidenciado ni corroborado por la UNP en contraste con lo certificado por la demandada sobre la determinación de una jornada específica y no un sistema de turnos.

De los viáticos: El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, indica los factores salariales a tener en cuenta para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones. Respecto a los viáticos, señala que constituyen salario únicamente cuando sean recibidos por un término no inferior a 180 días en el último año de servicio. El Consejo de Estado, en sentencia de 24 de junio de 2015, al analizar los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de una pensión, sobre los viáticos, expresó[7]:

> *"Sobre este aspecto, no puede desconocer la Sala que el Decreto 1045 de 1978, específicamente habló del tema y, exigió que para ser incluidos en la liquidación de la pensión, debían percibirse por un mínimo de 180 días, norma que si bien es anterior a las Leyes 33 de 1985 y 62 del mismo año, también es cierto que, si ha de tomarse la decisión de incluirse los viáticos en la liquidación pensional del actor, atendiendo al criterio fijado por la Sección en la sentencia de 4 de agosto de 2010, que se refirió únicamente a la naturaleza de los factores que deben ser exigidos, no puede desconocerse el querer del legislador extraordinario de 1978 que impuso otra condición adicional a su naturaleza*

[7] Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, Rad70001-23-33-000-2013-00025-01 (4710-13), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

consistente en que debían ser percibidos por más de 180 días, tema sobre el que la Sala de unificación no avanzó en su interpretación".

Entonces, resulta claro que la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, reconoce la literalidad de la norma, al señalar que los viáticos son considerados factor salarial para la liquidación pensional y por ende para las cesantías, siempre que hayan sido devengados por más de 180 días en el último año de servicio.

A folios 32-33, 35-44 y 62 a 65, obran certificaciones de comisiones de servicio con los valores pagados para los años 2012 a 2016 suscritas por el Subdirector de Talento Humano y la Tesorera encargada de la Unidad Nacional de Protección, discriminados de la siguiente manera.

AÑO	DIAS EN COMISIÓN
2012	52
2013	46
2014	55.5
2015	68
2016	47.5

De esta forma el actor no alcanzó el mínimo de días exigidos en comisión para que los viáticos constituyan factor salarial, es decir, más 180 días en el último año, por lo que no hay lugar al reconocimiento de los viáticos como factor salarial, pues no se cumplen con los supuestos del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

COSTAS: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas…."*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso[8], la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: "*La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365 Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser*

[8] Cfr. La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción-por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.". (Subrayas propias)

Ahora bien, el Consejo de Estado[9] ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación: *"Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley" Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>[10]"*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en tanto no se evidencio una demanda con carencia de fundamento legal y por no haberse comprobado las mismas en esta instancia procesal.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ,** Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- NEGAR la condena en costas.

TERCERO.- En firme esta sentencia **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en los registros del juzgado y el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JARA

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **146c633b12e19b1fd5cd8f1ba9c464692d486a0766487c37039ca96f70cfd666**
Documento generado en 23/03/2021 08:07:30 AM

[9] Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, Radicación No. (20486) Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales DIAN.
[10] Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA y otros.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica