



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00365-00
Demandante: MARIELA GÓMEZ VELÁSQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia de primera instancia –RELIQUIDACIÓN IPC

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Mariela Gómez Velásquez en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Mariela Gómez Velásquez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del Oficio No. OF117-50022 del 22 de junio de 2017 proferido por la entidad accionada por medio del cual se negó el reajuste y reliquidación de la pensión de jubilación de la parte actora de conformidad con el IPC para los años de 1997 en adelante según lo señalado en la Ley 238 de 1995.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional a:

Reajustar la pensión de jubilación con los porcentajes del IPC dejados de pagar en esa prestación pensional a partir del 1º de enero de 1997 en adelante (1997, 1998, 1999, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017).

Reconocer y pagar las diferencias salariales entre lo cancelado por la accionada y lo dejado de pagar con fundamento en el IPC desde el año de 1997 en adelante según los términos de la Ley 238 de 1995 y aplicando la prescripción cuatrienal correspondiente.

Condenar al sujeto pasivo a cancelar las sumas adeudadas debidamente indexadas conforme lo establece el artículo 178 de la Ley 1437 de 2011.

Se tenga en cuenta los principio de igualdad, favorabilidad y condición más beneficiosa, así como aplicar el Decreto 122 de 1997, Decreto 58 de 1998, Decreto 062 de 1999, Decreto 2724 del 2000, Decreto 2737 del 2001, Decreto 745 del 2002, Decreto 3552 del 2003 y Decreto 4158 del 2004 para el análisis respectivo.

Condenar a la entidad accionada a dar cumplimiento a la sentencia según los términos de los artículos 176 y 178 del CPACA.

Como sustento fáctico de las pretensiones señala que (fls.12 a 13):

La señora Mariela Gómez Velásquez ingresó al Ejército Nacional el 10 de febrero de 1966 y salió retirada del servicio activo el 1º de febrero de 1990.

La entidad accionada mediante la Resolución No. 4861 del 9 de agosto de 1991, reconoció a la actora pensión de jubilación atendiendo el grado de Adjunto Especial.

El 15 de junio de 2017 la parte actora en ejercicio del derecho de petición presentó escrito ante la entidad accionada en el cual solicitó el reajuste de su pensión de jubilación teniendo en cuenta el IPC para los años de 1997 en adelante y el pago de las diferencias salariales que en virtud de ese ajuste se dejaron de cancelar.

El sujeto pasivo mediante el Oficio No. OF17-50022 del 22 de junio de 2017 contestó desfavorablemente la anterior petición.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 48, 53, 58, 90, 150 y 229 de la Constitución Política, Ley 238 de 1995, Ley 100 de 1993, Decreto 122 de 1997, Decreto 58 de 1998, Decreto 062 de 1999, Decreto 2724 del

2000, Decreto 2737 del 2001, Decreto 745 del 2002, Decreto 3552 del 2003 y Decreto 4158 del 2004.

Señaló el apoderado de la parte actora que de conformidad con las garantías, principios y derechos constitucionales establecidos en los artículos referidos le asiste derecho a la demandante a que su pensión de jubilación sea reajustada con base en el IPC según los términos de la Ley 238 de 1995, ya que no es factible que bajo una óptica de desigualdad se excluya de los beneficios que consagra esa norma respecto al reajuste pensional por encontrarse dentro de un regimen exceptuado por la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus argumentos citó jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Defensa Nacional contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 35-44).

El apoderado de La Nación –Ministerio de Defensa Nacional, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que la señora Mariela Gómez Velásquez prestó sus servicios como personal no uniformado en el cargo de Ex-Adjunto Especial del Ejército Nacional, y que a la pensión de jubilación que devenga se le han efectuado de manera anualizada los incrementos vigentes de conformidad a lo dispuesto en el Decreto 1214 de 1990.

Manifestó que la entidad que representa no ha vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad ni a la favorabilidad, teniendo en cuenta que los reajustes efectuados a la pensión del actor se han hecho con base en los decretos del Gobierno Nacional, por tratarse de un régimen especial, motivo que lo exceptúa de las previsiones contenidas en la Ley 100 de 1993.

De otro lado, propuso la excepción de *“PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO RECLAMADO”*, por el término de cuatro años de conformidad a la disposición contenida en el artículo 127 del Decreto 1214 de 1990.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Conforme se expuso en el acápite de decisión de excepciones de la audiencia inicial del asunto, la anterior excepción será resuelta en caso que se accedan a las pretensiones de la demanda.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 25 de abril de 2018 (Fls. 58 a 60), las partes alegaron de conclusión.

El apoderado de la parte actora se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, solicitando que se acceda a la reliquidación de la pensión de la actora con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE.

Por su parte, la apoderada de la entidad demandada solicitó que se desestimen las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la pensión de la accionante goza de un régimen especial, situación que no permite reajustar dicha prestación en los términos solicitados.

El Ministerio Público rindió concepto en el cual señaló que le asiste derecho a la accionante a que sea reajusta la pensión de jubilación con base en el IPC para los años de 1997 y 1999 en aplicación del principio de favorabilidad y en una interpretación extensiva de la Ley 238 de 1995.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 25 de abril del año en curso (Fls. 58 a 60), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Le asiste derecho o no a la parte actora en su calidad de personal civil retirado del Ejército Nacional de que su pensión de jubilación sea reajustada

por la entidad demandada, teniendo en cuenta el indicador económico del IPC para los años de 1997 en adelante?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Escrito presentado por la accionante en ejercicio del derecho de petición ante la accionada el 15 de junio de 2017 en el cual solicitó se le reconozca y pague las diferencias salariales que se originaron entre lo que pago dicho sujeto procesal por pensión de jubilación y lo que debió cancelar en aplicación del IPC para los años de 1997 en adelante según los términos de los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 238 de 1995 (fl.2).

2.2. Oficio No. OFI17-50022 del 22 de junio de 2017 a través del cual la entidad demandada negó la anterior petición (fl.3).

2.3. Liquidación de servicios No. 101 EJC de la accionante (fl.5).

2.4. Resolución No. 4861 del 9 de agosto de 1991 a través el cual el Ministerio de Defensa Nacional reconoció pensión de jubilación a la actora (fls.6 a 8).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis de la normatividad que establece la forma en la cual se debe realizar el reajuste de las pensiones al personal no uniformado del Ministerio de Defensa.

Así las cosas, el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1983 expidió el Decreto 2247 de 11 de septiembre de 1984, "*Por el cual se modifica el Estatuto de Personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional*", que consagró el reconocimiento de la pensión de jubilación para los destinatarios de la norma, en los siguientes términos:

"Artículo 95. Pensión de jubilación por tiempo continuo. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de

la fecha de su retiro, a que por el Tesoro, Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 98 de este Decreto.

(...)

Artículo 96. Pensión de jubilación por tiempo discontinuo. El empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional que sirva veinte (20) años discontinuos al Ministerio de Defensa o la Policía Nacional o a otras entidades oficiales, y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, si es varón, o cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, tomando como base, las partidas señaladas en el artículo 98 de este estatuto. No quedan sujetas a esta regla las personas que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen excepción y que la ley determine expresamente."

Adicionalmente, señaló que el reajuste anual de esas prestaciones se haría de la siguiente manera:

"Artículo 114. Reajuste de pensiones. Las pensiones de jubilación, invalidez y Vejez y las que se otorguen a los beneficiarios de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional conforme a este Estatuto, se reajustarán de oficio cada año en la siguiente forma, a partir del 1° de enero de 1976: Cuando se eleve el salario mínimo legal, se procederá como sigue: Con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo legal, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo legal, este último aplicado a la correspondiente pensión.

Cuando haya transcurrido el año sin que sea elevado el salario mínimo legal, se procederá así: Se hallará el valor del incremento en el nivel, general de salarios registrado durante los últimos doce (12) meses. Dicho incremento se hallará por la diferencia obtenida entre los promedios de los salarios asegurados, de la población afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social, entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

Establecido el incremento, se procederá a reajustar todas las pensiones de acuerdo a lo previsto en el inciso primero de este artículo.

Parágrafo 1° Los reajustes a que se refiere este artículo se harán efectivos a quienes hayan reunido los requisitos de tiempo, o tiempo y edad según el caso, para disfrutar de pensión de jubilación, con un (1) año de anticipación a cada reajuste.

Parágrafo 2° En ningún caso el reajuste de que trata este artículo será inferior al quince por ciento (15%) de la respectiva mesada pensional para las pensiones equivalentes hasta, un valor da cinco (5) veces el salario mínimo legal.

Artículo 115. Mesada pensional en diciembre. Los pensionados de que trata este Estatuto o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales se transmite el derecho pensional, recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Dicha suma podrá exceder de quince (15) veces el salario mínimo legal."

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución Política de 1991 en su artículo 150 estableció que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

A su vez, los artículos 217 y 218 de la Carta Política indican que la ley determinará los derechos y obligaciones así como el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y el cuerpo de Policía.

Así las cosas, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989, expidió el Decreto 1214 de 1990, "*Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional*", el cual en su artículo 118 consagró el sistema de reajuste de las pensiones que devienen de esa normativa tal como sigue:

"ARTÍCULO 118. REAJUSTE DE PENSIONES. *Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y por aportes y las que se otorguen a los beneficiarios de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional conforme a este Estatuto, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.*

PARÁGRAFO. *Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo." (Resaltado fuera de texto)*

De lo anterior se colige, que el incremento antes referido se ha venido manteniendo a través de las leyes y decretos de carrera correspondientes y su finalidad radica en evitar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y por aportes y las que se otorguen a los beneficiarios de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

Por su parte, los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, señalan:

"ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del*

Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior...

ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. *El sistema integral de seguridad social contenido en la presente no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional, ni al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. (...)* (Subrayado fuera de texto)

En ese sentido, se desprende que los miembros del personal civil de la Policía Nacional no eran, hasta ese momento, beneficiarios del reajuste pensional teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

Sin embargo, con la expedición de la Ley 238 de 1995 se adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, así:

“ARTÍCULO 1°. Adiciónese al Artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los Artículos 14 y 142 de esta Ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.”

Así las cosas, observa el Despacho que a la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, el reajuste de la pensión correspondiente a los miembros del personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional se establecía con base en el incremento porcentual del salario mínimo legal para cada año, sin embargo, a partir de ésta disposición, dichos funcionarios podrían resultar cobijados con el reajuste de la pensión que devengan, teniendo en cuenta la variación porcentual del IPC certificado por el DANE de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por principio de favorabilidad.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Mariela Gómez Velásquez, actuando a través de apoderado judicial, depreca la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. OFI17-50022 del 22 de junio de 2017, mediante el cual la Nación – Ministerio de Defensa Nacional negó el reajuste de la pensión de jubilación con el incremento de los porcentajes del índice de precios al consumidor certificados por el DANE para los años de 1997 en adelante.

Como se explicó en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia, si bien el personal civil goza de un régimen especial que se encuentra exceptuado de la aplicación de la Ley 100 de 1993, respecto al reajuste de las pensiones con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 es susceptible que en aplicación del principio de favorabilidad se aumente el valor de las mismas con base en el IPC cuando ese porcentaje haya sido inferior al efectuado por el Ministerio de Defensa Nacional.

Por lo anterior, con el fin de materializar el principio de favorabilidad, se hace necesario efectuar una comparación entre los porcentajes aplicados a la pensión de Jubilación de la Adjunto Especial del Ejército Nacional Mariela Gómez Velásquez, con ocasión de los decretos expedidos en virtud del incremento del salario mínimo legal mensual vigente para los años 1997 a 2004 frente a la variación del Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior, encontramos que:

DIFERENCIAS ENTRE EL INCREMENTO POR S.M.L.M.V. Y LA VARIACIÓN DEL I.P.C.			
Año	Variación S.M.L.M.V.	Variación I.P.C. año anterior	Diferencia
1997	21,02%	21,63%	-0,61
1998	18,50%	17,68%	0,82
1999	16,01%	16,70%	-0,69
2000	9,93%	9,23%	0,7
2001	9,96%	8,75%	1,21
2002	8,04%	7,65%	0,39
2003	7,44%	6,99%	0,45
2004	7,83%	6,49%	1,34

De acuerdo al cuadro comparativo que precede, se aprecian claramente las diferencias presentadas en perjuicio de la actora, en comparación con el porcentaje del índice de precios al consumidor aplicable para las anualidades de 1997 y 1999, con ocasión al aumento del salario mínimo legal mensual vigente, asistiéndole razón en lo pretendido, pero única y exclusivamente para esos años.

En esas condiciones, prospera el ajuste con base en el IPC, por consiguiente el extremo pasivo deberá reajustar la pensión de jubilación de la accionante respecto de los años 1997 y 1999 teniendo en cuenta que el aumento de dicha base salarial incide en el aumento de la mesada del año siguiente y así sucesivamente.

Ahora bien, demostrada la existencia del derecho que le asiste a la parte actora a que su prestación pensional sea reajustada conforme al IPC, esta instancia procede a revisar la prescripción aplicable al asunto.

Así pues, durante las anualidades citadas la norma vigente que se encontraba rigiendo en términos de prescripción era el Decreto 1214 de 1990 que en su artículo 129 señala:

“ARTÍCULO 129. PRESCRIPCIÓN. <Artículo **CONDICIONALMENTE** *exequible*>
El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en este estatuto prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por entidad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

En ese orden de ideas, la parte actora elevó escrito en ejercicio del derecho de petición el 15 de junio de 2017 (Fl.2), es decir a partir de esa fecha se interrumpió la prescripción por un lapso de cuatro años, lo que significa que las mesadas que serán objeto del reajuste a que haya lugar son las causadas a partir del 15 de junio de 2013, toda vez, que en aplicación a la prescripción cuatrienal las mesadas anteriores a esa fecha, se encuentran prescritas.

Las diferencias resultantes, serán indexadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con INDEXACIÓN al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de incremento de su pensión de jubilación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia, sobre el aumento, se hace necesario precisar que, es evidente que al modificarse la base de liquidación por efectuarse un incremento superior, ello repercute en todos los años subsiguientes.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Aunado a lo anterior, se reitera que el cambio en dicha base salarial incide en el aumento de las mesadas posteriores.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe y que se presentó ánimo conciliatorio razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad del Oficio No. OF117-50022 MDNSGDAGPSAP del 22 de junio de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, causadas con anterioridad al 15 de junio de 2013, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional a reajustar la pensión de jubilación que disfruta la señora Mariela Gómez Velásquez, identificada con la cédula de ciudadanía 41.382.012, correspondiente a los años 1997 y 1999 aplicando el incremento del índice de precios al consumidor para dichas anualidades.

CUARTO: Reliquidar y pagar los valores resultantes del reajuste de las mesadas de la pensión de jubilación pagadas a la actora, teniendo en cuenta las diferencias que resulten entre los incrementos efectuados a su prestación pensional y el incremento ordenado anualmente según el IPC, desde el 15 de junio de 2013, sumas que serán actualizadas conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia, esto es con la fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEPTIMO: Sin lugar a condenar en costas a la parte vencida.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo

hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

S.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 26 de abril de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>026</u>.</p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00280-00
Demandante: MANUEL ALFREDO DUQUE PÉREZ
Demandado: UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN –UNP
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia de primera instancia – Horas extras

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Manuel Alfredo Duque Pérez en contra de la Unidad Nacional de Protección -UNP.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Manuel Alfredo Duque Pérez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que se declare la nulidad del Oficio No. OF17-00003136 del 31 de enero de 2017, mediante el cual la Unidad Nacional de Protección –UNP, negó el reconocimiento y pago de *“horas extras y recargos por trabajo en tiempo nocturno, dominicales y festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas y los aportes a la seguridad social, teniendo en cuenta los valores pagados y los viáticos (...).”*

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la Unidad Nacional de Protección –UNP a:

Declarar que los viáticos percibidos por el trabajador constituyen salario y por tanto se deben incluir como factor para la liquidación de las prestaciones sociales periódicas y definitivas.

Reconocer y pagar las horas extras, dominicales y festivos, porcentaje de trabajo nocturno, laboradas desde su ingreso a la entidad, esto es, desde el 1º de enero de 2012.

Reliquidar y pagar las prestaciones sociales causadas como son: prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y aportes a seguridad social, con base en el salario que incluya los recargos suplementarios por concepto de trabajo en dominicales y festivos, horas extras, recargos por trabajo nocturno y viáticos.

Indexar las sumas reconocidas al momento del pago.

Cumplir la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 del CPACA.

Condenar en costas a la entidad demandada.

Como supuestos fácticos que soportan sus pretensiones expuso en síntesis que (fls.2-3):

1. El actor prestó sus servicios en la Unidad Nacional de Protección –UNP a partir del 1º de enero de 2012, por reincorporación debido a la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS.
2. Actualmente desempeña el cargo de Conductor Mecánico código 4103 GRADO 16 de la Subdirección de Protección en la ciudad de Bogotá con una asignación básica de \$1.779.328 m/cte.
3. El actor percibe viáticos por concepto de los desplazamientos requeridos a otras ciudades.
4. El actor presentó escrito en ejercicio del derecho de petición mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales, festivos, recargo nocturno desde su ingreso a la entidad, esto es, desde el 1º de enero de 2012 y la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales.

5. La entidad demandada mediante el Oficio No. OFI17-00003161 del 31 de enero de 2017, negó el reconocimiento y pago de la anterior solicitud.

6. El demandante agotó el requisito de procedibilidad ante la Procuraduría 4ª Judicial II para Asuntos Administrativos el 24 de mayo de 2017.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita el preámbulo y los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 43 y 53 de la Constitución Política y los *“principios laborales y constitucionales del derecho a una remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, así como también al de la primacía de la realidad sobre las formalidades a los que alude nuestra carta magna”*.

Señaló que existe una falsa motivación en el acto acusado, en consideración a que la decisión adoptada por la entidad demandada no está acorde con los principios constitucionales consagrados en los artículos 25 y 53, principalmente en lo que refiere a las condiciones dignas y justas y a la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Adujo que la entidad demandada a no reconocer y cancelar el tiempo efectivamente laborado como extra o suplementario, sería prohijar el enriquecimiento injusto y el consiguiente empobrecimiento correlativo del trabajador.

Concluyó diciendo que es un hecho incuestionable que la jornada laboral de los empleados de la Unidad Nacional de Protección, excede la jornada ordinaria ante lo cual les asiste derecho a que se ordene su reconocimiento y pago y la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Unidad Nacional de Protección –UNP contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fis. 91 a 109).

La apoderada de la Unidad Nacional de Protección -UNP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Manifestó que el régimen prestacional y salarial que el actor tenía en el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS no se puede trasladar a la entidad en la que se incorporó de conformidad a lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 4057 del 2011.

Afirmó que no existe documental que permita inferir las horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos laborados por el demandante, como tampoco los compensatorios concedidos ni el trabajo suplementario en días de descanso obligatorio.

Precisó que los viáticos no deben tenerse en cuenta como un factor determinante para calcular el ingreso base de liquidación, toda vez que no cumplen el criterio de habitualidad o permanencia y que los mismos se incluyen únicamente en la liquidación de las cesantías y pensiones, siempre y cuando se hayan percibido por un término superior a 180 días en el último año de servicios.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *“EXISTENCIA DE VÍNCULO LEGAL Y REGLAMENTARIO”*, entre el actor y la entidad demandada, por lo cual goza de una jornada laboral ordinaria; (ii) *“INDEBIDA FORMULACIÓN DE LA PRETENSIÓN”*, teniendo en cuenta que no indicó la norma que reglamenta el vínculo legal del demandante y que considera una vulneración al ordenamiento constitucional; (iii) *“INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACION”*, al señalar que las normas vigentes aplicables al asunto en concreto consagran que las horas extras, el trabajo dominical y festivo no son objeto de reconocimiento; (iv) *“COBRO DE LO NO DEBIDO”*, al indicar que el actor no realizó la gestión y trámite interno para el efectivo disfrute de descanso compensatorio; (v) *“PRESCRIPCION”*, contada 3 años atrás desde la presentación del escrito; (vi) *“ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA E INJUSTIFICADA DEL ACTOR”*, al pretender recibir un dinero que la Ley no autoriza; (vii) *“BUENA FE Y LEGALIDAD DEL RESPUESTA ACUSADA (sic)”*, teniendo en cuenta que la entidad que representa debe someterse al imperio de la Ley; (viii) *“IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”*, al presumirse la buena fe en el actuar de la entidad demandada y (ix) *“GENERICA o INOMINADA (sic)”*, respecto de las demás excepciones que se demuestren en el transcurso del proceso.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las denominadas *“EXISTENCIA DE VÍNCULO LEGAL Y REGLAMENTARIO”* *“INDEBIDA FORMULACIÓN DE LA PRETENSIÓN”*, *“INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACION”*, *“COBRO DE LO NO*

DEBIDO”, *“ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA E INJUSTIFICADA DEL ACTOR”*, *“BUENA FE Y LEGALIDAD DEL RESPUESTA ACUSADA (sic)”* e *“IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”*, encuentra el Despacho que las consideraciones que las sustentan no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituyen excepciones de mérito, pues la finalidad de éstas es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

En cuanto a la excepción de prescripción, el Despacho advierte que será resuelta en el evento de que prosperen las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 9 de marzo del año en curso (Fls. 123 a 127), las partes alegaron de conclusión.

Conforme a lo anterior, el apoderado de la parte actora manifestó que la decisión contenida en el acto acusado no corresponde a los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada indicó que la jornada laboral del actor se ajusta a las normas que rigen su vinculación y que en casos de que laboren jornada suplementaria se les reconocen compensatorios.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 9 de marzo de 2018 (Fls. 123 a 127), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

¿Le asiste derecho a la parte demandante a que se reconozcan y paguen horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos y diurnos y la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de los emolumentos cancelados entre ellos viáticos?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de las órdenes de asignación efectuadas al actor los días 1º de enero y 25 de noviembre de 2013, 1º de enero de 2014, 2 de enero de 2015, 4 de enero y 4 de octubre de 2016 y 2 de enero de 2017 (Fls. 9-15).

2.2. Copia simple del escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 13 de diciembre de 2016, a través del cual el actor solicitó a la Unidad Nacional de Protección el reconocimiento y pago de las horas extras, diurnos y nocturnos, dominicales y festivos, días compensatorios y recargos nocturnos y la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales (Fls.54-56).

2.3. Certificación expedida por el Subdirector de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección el 22 de diciembre de 2016, mediante la cual se indican las comisiones canceladas al actor (Fl. 16).

2.4. Certificación expedida por el Subdirector de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección el 10 de enero de 2017, mediante la cual se indican las comisiones canceladas al actor (Fl. 16).

2.5. Copia simple del Oficio No. OF117-00000986 del 13 de enero de 2017, mediante el cual se relacionan los viáticos cancelados por el área de Tesorería de la Unidad Nacional de Protección a los empleados entre ellos al señor Duque (Fls. 17-53).

2.6. Constancia expedida por el Subdirector de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección el 24 de enero de 2017, en la que se relacionan los factores salariales devengados por la parte actora en el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2016 (Fls.6-7).

2.7. Copia simple de comunicación interna de fecha 25 de enero de 2017, mediante la cual se remiten documentales por el actor (Fl. 8).

2.8. Certificación expedida por el Subdirector de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección el 26 de enero de 2017, a través de la cual relacionan las cesantías canceladas a favor del actor en los años 2012, 2013, 2014 y 2015 (Fls.4).

2.9. Copia simple del extracto de la cuenta individual de cesantías del señor Duque del 26 de enero de 2017 (Fl. 5).

2.10. Copia auténtica del Oficio No. OF117-00003161 del 31 de enero de 2017, mediante el cual la entidad demandada negó al actor el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales, festivos, recargos diurnos y nocturnos y el consecuente reajuste de las prestaciones sociales (Fls. 57-60).

2.11. Copia simple de la constancia de conciliación adelantada por el demandante ante la Procuraduría 4ª Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá (Fl. 62).

2.12. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos del demandante (Fl. 116).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el interrogante formulado como problema jurídico dentro del asunto, es preciso analizar la normatividad aplicable a los empleados de la Unidad Nacional de

Protección que establece la jornada laboral y los viáticos, para efectos de sufragar gastos de transporte, manutención y alojamiento.

DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

El artículo 123 de la Constitución Política, establece que son servidores públicos los miembros de las Corporaciones Públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

El Decreto 1042 de 1978 *“Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.”*, al definir el campo de aplicación de las normas en él contenidas, dispuso en el artículo 1º:

“Artículo 1º.- Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional¹, con las excepciones que se establecen más adelante.”

Se colige entonces que el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración regirá para los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional.

En ese sentido, dentro de las Unidades Administrativas Especiales del orden nacional, se encuentra la Unidad Nacional de Protección de conformidad a la naturaleza jurídica consagrada en el Decreto 4065 de 2011, según el cual en su artículo 1º dispuso:

“Artículo 1º.- Creación y Naturaleza Jurídica de la Unidad Nacional de Protección, UNP. Créase la Unidad Administrativa Especial del orden nacional, denominada UNIDAD NACIONAL DE PROTECCION - UNP, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio del Interior, hará parte del Sector Administrativo del Interior y tendrá el carácter de organismo nacional de seguridad.”

¹ Expresión declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-402 de 2013.

Así, teniendo en cuenta que la Unidad Nacional de Protección corresponde a una entidad del Orden Nacional, la jornada de trabajo de sus empleados públicos es la determinada en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que al tenor dispone:

“Artículo 33º.- 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 lo anterior se colige, que en lo relativo a la jornada de trabajo, la asignación mensual fijada corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro (44) horas semanales y los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias, sin excederse de sesenta y seis (66) horas semanales.

Contempló que el jefe de la entidad podrá fijar el respectivo horario y compensar la jornada del día sábado con el tiempo laborado diariamente de manera adicional, sin que ese tiempo compensatorio pueda entenderse como trabajo suplementario u horas extras. Además estipuló que laborar los sábados no otorga derecho a remuneración adicional, excepto cuando exceda la jornada máxima semanal, caso en el cual se aplicará lo previsto para las horas extras.

El artículo que antecede fue modificado en lo pertinente por el Decreto 085 del 10 de enero de 1986 *“por el cual se establece la jornada de trabajo para los empleos de celadores”*, al precisar:

“Artículo 1º.- A partir de la vigencia del presente decreto, a la asignación mensual fijada por la escala de remuneración para los empleos de celadores, corresponde una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

Artículo 2º.- *El presente decreto se aplica a los empleos de celadores pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder público en lo Nacional, regulados por el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de cargos contemplado en el Decreto Extraordinario 1042 de 1978 y demás disposiciones que lo modifican y adicionan.*

Entonces, quedó igualmente previsto que la asignación mensual fijada a los celadores de la Rama Ejecutiva del Poder Público regulados por el sistema de nomenclatura y clasificación de cargos consagrado en el Decreto 1042 de 1978, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

A su vez, el Decreto 1042 de 1978 estableció los horarios que comprenden jornadas de trabajo de la siguiente manera:

“Artículo 34º.- *De la jornada ordinaria nocturna. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.*

*Sin perjuicio de los que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del **treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.***

No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo.”

“Artículo 35º.- *De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turno, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con **el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.***

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo.”
(Negrillas fuera de texto).

En ese orden de ideas, se advierte que la jornada ordinaria nocturna es la que de manera habitual empieza a las 6:00 p.m. y termina al día siguiente a las 6:00 a.m., evento en el cual los empleados que la laboren de manera permanente u ordinaria, tendrán derecho a un recargo del 35% sobre la asignación mensual.

Por su parte, la jornada mixta es aquella desarrollada de manera permanente u ordinaria, que incluye horas diurnas y nocturnas, precisando que estas últimas se remunerarán con el recargo del 35%, sin embargo podrán compensarse con períodos de descanso.

Seguidamente, en lo atinente a las jornadas laborales extraordinarias, los artículos 36,

37 y 38 hacen alusión a las horas extras diurnas, nocturnas y las limitaciones a su reconocimiento, respectivamente, de la siguiente manera:

“ARTICULO 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 éste 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) *<Literal derogado tácitamente por los Artículos 4o., 5o., 6o. y 7o. de la Ley 4 de 1992>*

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) *<Literal derogado tácitamente por los Artículos 4o., 5o., 6o. y 7o. de la Ley 4 de 1992>*

e) *Si el tiempo laborado 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.”*

“ARTICULO 37. DE LAS HORAS EXTRAS NOCTURNAS. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 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.” (Negrilla fuera de texto)

“ARTICULO 38. DE LAS EXCEPCIONES A 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 Apropiações, su liquidación y las demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal.*

b) *Los auditores de impuestos.*

Así las cosas, el artículo 37 refiere que las horas extras nocturnas son aquellas laboradas de manera excepcional entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente respecto de los empleados que ordinariamente laboran en jornada diurna, cuya remuneración será del 75% sobre la asignación básica mensual.

Ahora bien, el artículo 39 del referido Decreto, discurrió:

“ARTICULO 39. DEL TRABAJO ORDINARIO EN DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual.

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

Así, quienes laboren de forma permanente y habitual, tendrán derecho al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo y a gozar de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio a la remuneración ordinaria por la labor desarrollada en la totalidad del mes.

Además, consagró en el artículo 42 los factores salariales a tenerse en cuenta, precisando:

“Artículo 42º.- De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*
- b) Los gastos de representación.*
- c) La prima técnica.*
- d) El auxilio de transporte.*

- e) *El auxilio de alimentación.*
- f) *La prima de servicio.*
- g) *La bonificación por servicios prestados.*
- h) *Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.”*

Finalmente, la Unidad Nacional de Protección, expidió la Resolución 0362 del 1º de junio de 2016 *“Por la cual se establece la jornada y el horario de trabajo de la Planta de Personal de la Unidad Nacional de Protección para su cumplimiento y control, se deroga la Resolución 0092 de 5 de febrero de 2012, la Resolución 0351 del 26 de junio de 2014, la Resolución 0487 del 2 de septiembre de 2014, la Resolución 0059 del 5 de febrero de 2016 y se dictan otras disposiciones.”*

En el citado acto administrativo, la Unidad unificó el tema de la jornada de trabajo, estableciendo en su artículo 3º que la misma será de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. con una hora de almuerzo, pero haciendo la salvedad contenida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, frente al horario especial que pudieran tener los servidores públicos que desarrollen funciones discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad.

-DE LOS VIÁTICOS

Los viáticos han sido concebidos como aquellos rubros que se le reconocen a los empleados públicos y, según lo contratado, a los trabajadores oficiales del respectivo órgano, para los gastos de alojamiento, alimentación y transporte, cuando el trabajador, debe desempeñar funciones en un lugar diferente a la sede habitual de prestación de servicios.²

El Decreto 1042 de 1978, señaló en sus artículos 42, 61, 62 y 64 que los viáticos constituyen salario y estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago de la siguiente manera:

² Régimen Prestacional y Salarial de Empleados del Sector Público, Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), diciembre de 2012

"Artículo 42º.- De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*
- b) Los gastos de representación.*
- c) La prima técnica. Ver Oficio No. 2-9465/29.04.98. Unidad de Estudios y Conceptos. Prima Técnica. CJA18901998*
- d) El auxilio de transporte.*
- e) El auxilio de alimentación.*
- f) La prima de servicio.*
- g) La bonificación por servicios prestados.*
- h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.*

(...)

Artículo 61º.- De los viáticos. Los empleados públicos que deban viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios tendrán derecho al reconocimiento y pago de viáticos.

Artículo. 62º.- De la fijación de los viáticos. Los viáticos se fijarán según la remuneración mensual que corresponda al empleo del funcionario que deba viajar en comisión (...)

Para determinar el valor de los viáticos de acuerdo con los topes señalados en este artículo se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a). La asignación mensual básica.*
- b). Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*
- c). Los gastos de representación cuando se trate de funcionarios del nivel directivo.*

Mientras las entidades reglamentan el reconocimiento de viáticos, podrán fijar a sus funcionarios los topes señalados en el presente artículo.

Artículo 64º.- De las condiciones de pago. Dentro del territorio nacional solo se reconocerán viáticos cuando el comisionado deba permanecer por lo menos un día completo en el lugar de la comisión, fuera de su sede habitual de trabajo. Cuando para el cumplimiento de las tareas asignadas no se requiera pernoctar en el lugar de la comisión (...)"

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Manuel Alfredo Duque Pérez, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. OFI17-00003161 del 31 de enero de 2017, mediante el cual la Unidad Nacional de Protección negó el reconocimiento y pago de horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos desde la fecha en que ingresó a la entidad, esto es, desde el 1º de enero de 2012 y la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de los emolumentos cancelados entre ellos los viáticos.

Así las cosas, es necesario estudiar las documentales que establezcan la jornada laboral efectuada por el señor Duque, con el fin de establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento de horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos y diurnos y a la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de los viáticos.

En ese sentido, es necesario traer a colación la disposición contenida en el artículo 167 del Código General del Proceso, que al tenor dispone:

“Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba” (Negrillas fuera de texto).

Del precedente normativo, se colige que le corresponde a la parte interesada probar los hechos que suscita, en virtud del principio *onus probandi*, atendiendo además los principios de eficacia, celeridad y economía procesal.

Por tal razón, el deber del actor demostrar que en efecto le asiste el derecho al reconocimiento de los valores correspondientes por laborar en jornadas extraordinarias, dominicales y festivas, así como los porcentajes adicionales por trabajar en horas nocturnas o diurnas.

Bajo las anteriores consideraciones, esta instancia judicial al revisar las documentales aportadas con la demandada, se permite precisar que el demandante Manuel Alfredo Duque Pérez no logró demostrar la *causa petendi*, teniendo en cuenta que no obran pruebas que permitan inferir la jornada laboral desempeñada en su calidad de Conductor Mecánico de la Unidad Nacional de Protección desde el 1º de enero de 2012, circunstancia por la cual, no existe certeza si desarrolló sus funciones en jornada diurna, nocturna, mixta o mediante turnos, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1042 de 1978.

Adicionalmente, no encuentra esta instancia la manera de corroborar los horarios de prestación de servicios por parte del actor, con el fin de establecer si hay lugar al reconocimiento de horas extras o recargos nocturnos o diurnos, pues tal como se precisó con anterioridad la carga de la prueba para fundamentar los hechos expuestos en el libelo demandatorio le corresponde a la parte interesada, que en este caso es al señor Duque.

Por otro lado, si bien la entidad demandada podía allegar las documentales necesarias para verificar si el actor tiene o no derecho a lo pretendido, lo cierto es que la parte demandante podía adquirir a través del ejercicio del derecho de petición tal información, en virtud de lo dispuesto en los artículos 78 numeral 10º³ y 173⁴ de la Ley 1564 de 2012, no obstante, no lo hizo y aunado a ese hecho se abstuvo de realizar solicitudes probatorias a esta instancia con el libelo demandatorio.

Respecto a la carga de la prueba, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda -Subsección A, expediente No. 73001-23-31-000-

³ *“Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir.”*

⁴ *“Oportunidades probatorias. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código. En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.”*

2012-00365-01(1162-14), en sentencia del 3 de agosto de 2017, con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, discurrió:

(...)

Este principio procesal se enmarca en la categoría de carga, implica que se trata de una situación en la que, por mandato legal, se exige la realización de determinada conducta, normalmente en interés de la parte a la que se le impone la carga, so pena de sufrir una consecuencia desfavorable en materia procesal que, según el caso, puede llegar a tener una amplísima transcendencia en lo sustancial. En otras palabras, aunque el cumplimiento de la carga es facultativo ya que no puede ser exigido por ninguno de los sujetos procesales, su no satisfacción supone, para la parte a quien correspondía, asumir los efectos negativos de su omisión.

*En materia probatoria, el contenido de la carga impone a su destinatario la necesidad de acreditar las afirmaciones con base en las cuales sus intereses, como parte procesal, estarían llamados a prosperar. **Lo anterior, se proyecta de tres formas: la primera de ellas, conlleva a que la parte demandante deba ofrecer prueba de los hechos en que funda sus pretensiones; la segunda, a que la parte demandada deba acreditar los hechos en que basa los medios exceptivos que propone y, por último, a que, si el demandante no acredita los elementos fácticos que soportan su petitum, la parte demandada debe ser absuelta.*** (Negrillas fuera de texto).

Con base en el precedente jurisprudencial y descendiendo al asunto de la referencia, es evidente que el demandante se inhibió de aportar los medios probatorios suficientes para soportar sus pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos, en la oportunidad procesal prevista en el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 164 del Código General del Proceso, según el cual *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*.

Por lo anterior, en vista de que la parte actora se abstuvo de probar los hechos en que fundó el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no es dable acceder a las pretensiones por él invocadas.

En virtud de las consideraciones esbozadas, el juez tiene la obligación de corroborar los hechos de la demanda a través de la valoración de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, por lo tanto su decisión no puede basarse en el presentimiento, la imaginación o en las afirmaciones de las partes, sino que debe existir el respaldo probatorio para tener la certeza al momento de fallar.

Finalmente, respecto a la solicitud del actor que refiere a la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión de los viáticos como factor salarial, se resalta

que la jurisprudencia los ha definido como “sumas de dinero que el empleador reconoce a sus trabajadores para que cumplan sus funciones fuera de la sede habitual de trabajo, de modo que puedan sufragar gastos como transporte, manutención y alojamiento de este. De conformidad con lo previsto en el artículo 61 del Decreto 1042 de 1978, el reconocimiento de los viáticos se confiere a los empleados públicos que deban viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios.”⁵

Por lo tanto, si bien el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 los establece como factor salarial y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978⁶ contempla los mismos como factor para liquidación de cesantías y pensiones, lo cierto es que el actor debió demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho los actos administrativos que liquidaron anualmente la mencionada prestación⁷, al considerar que no se incluían como base de liquidación las sumas percibidas por concepto de viáticos, de lo contrario la presunción de legalidad de esos actos permanecería incólume de conformidad a lo dispuesto por el artículo 88 del CPACA.

En consecuencia, ante la ausencia mínima de prueba o de elementos de juicio que demuestren que los supuestos fácticos alegados en el líbello demandatorio son ciertos, se concluye que las circunstancias propias del asunto de la referencia no satisfacen los presupuestos legales para acceder al reconocimiento y pago de horas extras,

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUB SECCION “A”, Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, sentencia del 2 de julio de 2015, expediente No.: 76001-23-31-000-2009-01050-01(3770-13).

⁶ **Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:**

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Modificado posteriormente.

⁷ “El régimen de cesantías anualizado, tiene como característica que el 31 de diciembre de cada año se efectúa la liquidación definitiva de la cesantía, por la anualidad o fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del vínculo laboral. El valor obtenido de la liquidación debe consignarse a más tardar el 14 de febrero del año siguiente en la cuenta de cesantía que el empleado tenga en el fondo de cesantía de su elección. Lo anterior significa que las cesantías son liquidadas anualmente y consignadas al fondo de elección del trabajador antes del 15 de febrero del año siguiente al que se causan; y aquellas causadas por el año o fracción en el cual se termina la relación laboral son pagadas directamente al trabajador al momento de hacer la liquidación definitiva de las prestaciones sociales a él adeudadas.” Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Sentencia del 6 de julio de 2017, expediente No. 08001-23-33-000-2013-00690-01(4010-14).

dominicales, festivos y recargos nocturnos y diurnos solicitados, ni la consecuente reliquidación de sus prestaciones sociales con la inclusión además de los viáticos como factor salarial.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto impugnado, se impone denegar las súplicas elevadas.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos Administrativo de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.


CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA

Juez

**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA
D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Hoy 26 de abril de 2018 se notifica la sentencia anterior
por anotación en el ESTADO No. 026.



DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario