



Sentencia 1999-01547 de 2020 Consejo de Estado

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA /JORNADA LABORAL DE LOS EMPLEADOS A NIVEL TERRITORIAL - Regulación

El artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales. La mencionada disposición también prevé la existencia de una jornada especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia. Dentro de los límites fijados por la norma, el jefe del organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; por otra parte, el trabajo realizado el día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras. La regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales y por excepción la Ley 909 de 2004, creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

FUENTE FORMAL : LEY 443 DE 1998 - ARTÍCULO 57 / DECRETO 1042 DE 1978 / LEY 27 DE 1992 / LEY 909 DE 20047

JORNADA LABORAL COMO MANIFESTACIÓN DEL IUS VARIANDI / MODIFICACIÓN DE LA JORNADA LABORAL - Límites / VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES- Prueba / CAMBIO DE HORARIO A CELADOR DE ENTIDAD EDUCATIVA

La modificación en los horarios o turnos laborales conforman una de las más contundentes muestras de la subordinación como elemento esencial de toda relación laboral. Es así como el ejercicio de esta autoridad se hace manifiesto por medio del *ius variandi*, entendido como la facultad que tiene el patrono para cambiar las condiciones del trabajo, sean públicos o privados. (...) No obstante, es preciso aclarar que este principio es preponderantemente discrecional, motivo por el que encuentra su límite en la dignidad del ser humano, en los derechos constitucionales y en la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones tomadas (...) para evitar tal abuso, la jurisprudencia le ha impuesto al empleador la carga de verificar de una parte la necesidad del servicio como factor objetivo y de otra las condiciones particulares del empleado, como son su salud o la de su familia, su integridad física, la unidad familiar, la situación económica, entre otras como factor subjetivo, de tal forma que se cumpla con la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas tomadas. Ahora bien, de cualquier modo, el trabajador que considere que con las medidas adoptadas se haya perturbado uno o varios derechos fundamentales tiene el deber de demostrar tal vulneración, porque la sola enunciación de la perturbación no es suficiente para que el Juez constitucional u ordinario revoque la medida tomada por el empleador. el cambio de entidades, de planta de personal y de denominación de cargo, se varíen las funciones a desarrollar. De tal forma, que le correspondería a la parte demandante, demostrar en el plenario que dentro de las funciones inherentes o connaturales al cargo de celador 5320 código 06, estaba la de vigilancia exclusivamente en el horario nocturno. Basándose en lo expuesto, es adecuado concluir que debido a que la parte demandante no cumplió con su carga probatoria adecuadamente, por este aspecto no rompió con la presunción de legalidad del acto administrativo enjuiciad

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., 10 de septiembre de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 15001-23-31-000-1999-01547-01(0019-14)

Actor: HÉCTOR MIGUEL COLMENARES FULA

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho - Decreto 01 de 1984

Tema : Grado Jurisdiccional de Consulta - Horario Laboral

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia del 15 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por Héctor Miguel Colmenares Fula contra el Departamento de Boyacá.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El señor Héctor Rodríguez Colmenares Fula, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Departamento de Boyacá, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que se declare la Nulidad (sic) de los oficios del 1, 8 y 21 de febrero; 2, de marzo, 13 de abril, expedidos por el Rector del Colegio Nacionalizado VALLE DE TENZA, por medio de los cuales cambia el horario de trabajo de mi mandante.

2. Se declare la nulidad de la resolución No. 007 del de (sic) 1999, del 26 de mayo de 1999, proferido por el mencionado Rector, por medio de los cuales se fija el horario de trabajo de mi representado como celador del mencionado establecimiento educativo.

CONDENAS

1. Como consecuencia de la anterior declaratoria de Nulidad, se ordene al señor GOBERNADOR DE BOYACÁ se asigne a mi poderdante el horario de trabajo nocturno que venía desempeñando como celador del Colegio Técnico Nacionalizado VALLE DE TENZA, cargo para el cual fue nombrado mediante Resolución No. 10 de julio 18 de 1977, expedida por El Rector de Colegio (sic), y del cual toma posesión mediante acta del 8 de septiembre de 1977.

2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, a reconocer y a pagar al demandante todos los recargos salariales a que tiene derecho, por las horas extras, dominicales y festivos, incrementos de cesantías que se produzcan y demás emolumentos concurrentes al cargo, que le correspondan desde la fecha en que le fue comunicada la Resolución No. 007 de 1999, hasta cuando sea

efectivamente asignado al horario laboral que le corresponde.

3. Que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en el término previsto por el Art. 176 del C.C.A.”

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda son los siguientes:

“1. El señor HÉCTOR MIGUEL COLMENARES FULLA, labora en el Colegio Nacionalizado VALLE DE TENZA, del Municipio de GUATEQUE, desde el 8 de septiembre de 1977, en el cargo de Celador Nocturno, (...) con jornada habitual preestablecida de diez (10) de la noche a seis de la mañana, todos los días ordinarios, dominicales y festivos, la cual es cambiada mediante los Oficios impugnados, expedidos por el Rector del Colegio, reduciendo su jornada habitual, en 60 horas mensuales de trabajo nocturno, no obstante haber ejercido sus funciones con idoneidad, eficiencia, dedicación y responsabilidad, sin que hubiese sido sancionado por falta alguna, actos que patentizan una desmejora, ya que afectan sus ingresos.

2. Mediante resolución No. 007 de 1999, la cual se impugna, el rector del Colegio Nacionalizado del VALLE DE TENZA, decide reasignar a partir del 27 de mayo y hasta el 31 de diciembre de 1999, la jornada laboral y horario de los dos celadores del plantel, rotándolos semanalmente, providencia que conculca los derechos adquiridos de mi mandante a reducir en 60 horas de trabajo nocturno, los recargos que por este concepto venía devengando habitualmente, hasta que se produce su cambio de horario, aunado a lo cual, su motivación no consulta el principio de legalidad de las actuaciones administrativas, por cuanto carece de sustento normativo.

3. En el caso de mi representado, se disfrazó una un (sic) cambio de horario y reducción de las sesenta (60) horas mensuales de trabajo adicional nocturno, por cuanto los hechos reales que originaron la desviada determinación del ente administrativo, se traducen los siguientes:

- Mi mandante, El (sic) señor HÉCTOR MIGUEL COLMENARES FULLA, lleva veintidós (22) años de servicio en la Institución, habiendo cumplido sus funciones con dedicación y empeño, habiendo obtenido excelentes calificaciones y sin que en su hoja de vida aparezca mácula que manche su conducta de servidor estatal; por lo que la determinación del señor Rector, (...) pretende es la de reducir los incrementos salariales a que tiene derecho mi mandante.

- (...)

6. Con la decisión tomada por el Rector del Establecimiento educativo, se establece una jornada laboral mixta, lo que desconoce el ya citado parágrafo 2º del Artículo 1º del Decreto 00856 de junio 6 de 1996, atribuyéndose funciones que no le son propias, y conculcando a mi mandante incrementos salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de cesantías y pensiones.

7. La Resolución No. 007 del 26 de mayo de 1999, acusada, lleva implícito un sustancial vicio de forma, al no habersén (sic) citado las disposiciones que conferían la facultad para proferirla.

9. (sic) El señor HÉCTOR M. COLMENARES FULLA (sic), para el momento de producirse el oficio del 1 de febrero de 1999, que cambia su horario de trabajo, devengaba un salario básico mensual de \$301.008.00, mas (sic) incrementos salariales Subsidio de Alimentación de \$21.451.00, Subsidio de Transporte de \$24.012.00, dominicales y festivos \$140.000.00, Recargo Nocturno de \$79.014.00.

10. El procedimiento gubernativo está agostado, toda vez que la declaratoria de reducción del horario de trabajo de mi mandante y su cambio no es susceptible de recurso alguno”.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se invocaron como normas violadas los Arts. 1, 2, 6, 25, 125 y 209 de la Constitución; Art. 84 del Decreto 01 de 1984; Decreto 000856 de junio de 1996; Arts. 2, 31, y 64 de la Ley 443 de 1998; Art. 6 de la Ley 60 de 1993; Art. 106 de la Ley 115 de 1994; y el literal f, del Art. 7º del Decreto 1140 de 1995.

El apoderado de la parte demandante considera que es deber del Estado garantizar la estabilidad de las condiciones laborales de los empleados públicos, y en ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional sobre el principio de la estabilidad laboral que implica la no modificación de las condiciones del trabajo ni de ser removidos sin razón según la sentencia C-479 de 1992.

Manifiesta que, si bien el horario de trabajo puede ser modificado discrecionalmente dependiendo de las necesidades del servicio, no obstante siempre debe sujetarse al principio de legalidad, el cual, en este caso no se respetó, por qué no se encuentran los fundamentos jurídicos o fácticos para la que su nombramiento fue realizado con el propósito de prestar el servicio de vigilancia nocturna como lo indica la Resolución 10 del 18 de julio de 1977.

Indica, que según el Art. 33 del Decreto 1042 de 1978, sólo el jefe del respectivo organismo tiene la competencia para establecer los horarios de trabajo de los funcionarios, dicha facultad es indelegable y sólo puede realizar el nominador, que para este caso sería el Gobernador del Departamento de Boyacá, tal como lo advirtió el Jefe de la Secretaría Jurídica de la Gobernación en el Oficio D.J. 885, pues el demandante hace parte de la planta de personal de la Secretaría de Educación departamental, según el Decreto 00856 de 1997, por tal motivo el Rector del colegio carece de competencia para modificar los horarios laborales.

Expresa, que su defendido se encuentra inscrito en carrera administrativa en el cargo de Vigilante Nocturno, por lo tanto con el cambio de horario se le vulnera el principio de igualdad, por cuanto fue objeto de un trato discriminatorio y el principio del mérito, puesto que la administración no tuvo en cuenta para realizar el cambio factores objetivos como el mérito y el buen desempeño de sus funciones, sus buenas calificaciones en el cargo, para socaba sus intereses y derechos.

2. Trámite procesal

El auto admisorio de la demanda fue proferido el 14 de junio de 2000, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, y notificado personalmente a la entidad demandada el día 04 de mayo de 2001¹.

La fijación en lista por el término de 10 días que trata el artículo 207, numeral 5º del C.C.A., se surtió desde el 22 de mayo de 2001 hasta el 5 de junio de 2001 y finalizado la parte demandada no contestó la demanda².

Vencido el término de fijación en lista, el magistrado ponente requirió a la entidad demandada para que diera cumplimiento a lo solicitado mediante Oficio No. 444615 y 19991547 del 29 de noviembre de 2001.

Una vez fueron contestados los oficios se corrió traslado para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión y al ministerio público para emitir concepto.

Debido a la muerte del demandante, se procedió a realizar una sucesión procesal en favor de la cónyuge, la señora Edelmira Ballesteros de Colmenares³, y posteriormente se resolvió el litigio en el fallo de fecha 15 de octubre de 2013⁴.

3. Sentencia objeto de consulta

Como sustento de su decisión el Tribunal de instancia expuso los siguientes argumentos:

Manifiesta, que de acuerdo con los estimado en el Art. 125 de la Constitución que inspira la carrera administrativa con base en el mérito, la igualdad de oportunidades, el buen desempeño, la permanencia, la promoción y el retiro, lo que garantiza la estabilidad laboral y la permanencia de los empleados inscritos en carrera administrativa.

No obstante, expresa, que normalmente el cambio en la jornada laboral es una manifestación del *ius variandi*, "... entendido como la facultad que tiene el empleador, derivado de su potestad o poder de dirección, para alterar unilateralmente los límites de la prestación del trabajo", empero esta facultad encuentra sus límites en por los principios laborales establecidos en el Art. 53 constitucional, lo que indica que no es una facultad absoluta, sino que debe estar regida por criterios de razonabilidad y justicia que al final dependen de la necesidad del servicio y el respeto por la dignidad y los derechos mínimos del trabajador.

Al analizar el caso concreto, el Tribunal señala que con la expedición del acto que modifica la jornada laboral del demandante se vulneraron los derechos laborales del actor, toda vez que implicó una variación de los elementos estructurales del empleo que detentaba el actor pues su nombramiento fue como celador nocturno.

Ante tales condiciones, cambiar de horario al accionante implicaba la variación de la esencia del cargo en el que estaba inscrito en carrera administrativa así como las condiciones fundamentales de su trabajo como es la de percibir una remuneración mensual adicional que equivale a un 35% de su salario, en virtud de lo expresado en el Art. 34 del Decreto 1042 de 1978, por tales motivos concluyó que el acto administrativo enjuiciado es ilegal y debe ser anulado. Como restablecimiento del derecho ordenó que se pagaran las diferencias salariales y prestacionales al demandante que se causaron entre el 27 de mayo y el 31 de diciembre de 1999, teniendo en cuenta los incrementos por recargo nocturno a que tenía derecho, toda vez que fue el tiempo que afectó el acto administrativo anulado.

4. Posición jurídica de las partes en el trámite del grado jurisdiccional de consulta.

Recibido el expediente en esta corporación, se corrió traslado a las partes por el término de 5 días para presentar alegatos por escrito⁵, en el que el apoderado de la parte demandante presentó sus alegatos solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.

El Ministerio Público, conceptuó que debería confirmarse la sentencia consultada⁶.

II. CONSIDERACIONES

Como preámbulo, la Sala recuerda que el grado jurisdiccional de consulta no es propiamente un recurso ordinario o extraordinario; sino un mecanismo de revisión oficioso, un control integral que no está sujeto al principio de la *non reformatio in pejus*.

La Corte Constitucional, sobre el mecanismo jurisdiccional de consulta ha enseñado:

*"...el grado jurisdiccional de consulta (i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es una examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus."*⁷

1. Oportunidad procesal para la defensa de la parte demandada

Dada la revisión oficiosa que impone este mecanismo y previo al análisis sustancial del caso concreto, emprende la Sala la tarea de analizar si en la actuación surtida se observó tanto el debido proceso como el derecho de contradicción en cabeza de la accionada, teniendo en cuenta que de conformidad con lo mandado por el tercer inciso del artículo 184 del Decreto 01 de 1984, en el presente caso de dirimió un asunto contencioso de carácter laboral donde la parte demandada no ejerció su defensa técnica:

“ARTÍCULO 184. Modificado por el art. 57, Ley 446 de 1998 Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

(...)”

Una vez admitida la demanda⁸, se procedió a notificar personalmente a la entidad demandada, según se observa a folio 85, no obstante, el Departamento de Boyacá, no contestó la demanda ni presentó oposición alguna en el trascurso del proceso.

Examinada la notificación personal del auto admisorio, encuentra la Sala que el trámite procesal se surtió en legal forma y en acatamiento a la normatividad inherente al tema, lo que le permitió a la parte demandada haber ejercido la defensa de sus intereses en la medida que no se pretermitieron términos ni se omitieron las etapas procesales, generando como consecuencia que, efectivamente, deba ser consultada la sentencia proferida el 15 de octubre de 2013.

2. Problema jurídico

En el presente asunto se debe determinar si el acto administrativo proferido por el Rector del Colegio Técnico Valle de Tenza, por medio del cual se modifica la jornada de trabajo del señor Héctor Miguel Colmenares Fula quien se desempeñaba en el cargo de Celador Nocturno es legal, o si por el contrario vulnera los derechos laborales del demandante.

3. Hechos probados

De las pruebas legalmente decretadas y practicadas se tienen como hechos probados los siguientes:

- Que el señor Héctor Miguel Colmenares Fula fue nombrado por medio de la Resolución No. 010 del 18 de julio de 1977, en el cargo de Celador Nocturno del Colegio Departamental Valle de Tenza (fl.14).

- Que el señor Héctor Miguel Colmenares Fula se posesionó en el cargo de “CELADOR NOCTURNO DEL COLEGIO DEPARTAMENTAL DEL MUNICIPIO DE GUATEQUE” ante el Secretario de Educación del Departamento de Boyacá con efectos a partir del 15 de julio de 1977 (fl. 15).

- Que por medio de la Resolución No. 3411 del 28 de junio de 1988, el Departamento Administrativo del Servicio Civil inscribió en carrera administrativa al señor Héctor Miguel Colmenares Fula, en el cargo de Celador Código 6020, Grado 03 (Fl. 36 C 2).

- Que de conformidad con el Decreto No. 002958 del 29 de diciembre de 1997, toda la planta directiva docente, docente y administrativa del

Municipio de Guateque pasó a formar parte de la Secretaría de Educación Departamental de Boyacá, incluido el señor Héctor Miguel Colmenares Fula en el cargo de Celador grado 5320 código 06.

- Que por medio de la Resolución No. 007 del 26 de mayo de 1999, el Rector del Colegio Técnico Valle de Tenza de Guateque, modificó el horario laboral del Celador Héctor Miguel Colmenares Fula, para equilibrarlo con el otro vigilante (fls. 3 a 13), durante el año lectivo 1999.

- Que el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la Resolución No. 007 del 26 de mayo de 1999, sin embargo los mismos fueron negados de plano.

4. Análisis de la Sala

4.1. Del régimen sobre la jornada laboral de los empleados públicos territoriales.

De acuerdo con la tesis adoptada por la Sección⁹, el régimen que gobierna la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial es el contenido en el Decreto 1042 de 1978, conclusión que se deriva de la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992, que no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual comprende, dentro de una interpretación amplia, el concepto de jornada de trabajo, tal como lo ha definido reiteradamente esta Corporación.

La Corte Constitucional en la sentencia C -1063 de 2000 mediante la cual se declaró la exequibilidad de la parte inicial del artículo 3 de la Ley 6^a de 1945, que contempla una jornada de trabajo de 8 horas diarias y 48 horas semanales, precisó que tal norma cobijaría únicamente a los trabajadores oficiales de cualquier orden, pues respecto de los empleados públicos y de los trabajadores del sector privado, otras disposiciones regularon el tema de la jornada de trabajo máxima legal.

El régimen que gobierna a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 2 de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas no solamente en él, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987. La extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el artículo 3° de esta misma ley y posteriormente por la Ley 909 de 2004.

De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales. La mencionada disposición también prevé la existencia de una jornada especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

Dentro de los límites fijados por la norma, el jefe del organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; por otra parte, el trabajo realizado el día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

La regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales¹⁰ y por excepción la Ley 909 de 2004¹¹, creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

La jornada laboral se encuentra íntimamente ligada al salario, el cual puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en que se deben ejercer; dentro de dichas variables se encuentra por ejemplo el trabajo nocturno comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m., que tiene una sobre remuneración del 35%, o el trabajo suplementario por dominicales y festivos, así como el ordinario o habitual y el ocasional, que tiene una regulación específica.

Recargo Nocturno

El artículo 35 del Decreto 1042 citado, regula que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo laborado durante éstas últimas se remunerará con recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso.

Trabajo ordinario en días dominicales y festivos

El artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, y la forma en que se debe remunerar.

Conforme a dicha norma, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual.

Se establece igualmente, el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

Establecimiento de la jornada laboral como manifestación del *Ius Variandi*

La modificación en los horarios o turnos laborales conforman una de las más contundentes muestras de la subordinación como elemento esencial de toda relación laboral. Es así como el ejercicio de esta autoridad se hace manifiesto por medio del *ius variandi*, entendido como la facultad que tiene el patrono para cambiar las condiciones del trabajo, sean públicos o privados.

Al respecto conviene decir, que el *ius variandi* ha sido aceptado y definido por la Corte Constitucional como “(...) la facultad que tiene el patrono de alterar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo de trabajo y ello en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores. Su uso estará determinado por las conveniencias razonables y justas que surgen de las necesidades de la empresa y que de todas maneras, según lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, habrá de preservarse el honor, la dignidad, los intereses, los derechos mínimos y seguridad del trabajador y dentro de las limitaciones que le imponen la ley, el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento de trabajo”¹².

No obstante, es preciso aclarar que este principio es preponderantemente discrecional, motivo por el que encuentra su límite en la dignidad del ser humano, en los derechos constitucionales y en la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones tomadas, tal como lo expone la misma colegiatura en la sentencia T-351 de 2014, así:

3.4.1. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación¹³, en términos generales, el *ius variandi* comprende la facultad del empleador de modificar las condiciones de trabajo. Precisamente, en la Sentencia T-682 de 2014¹⁴, este Tribunal delimitó conceptualmente la citada facultad como “una de las manifestaciones del poder subordinante que ejerce el empleador –público o privado– sobre sus trabajadores. Se concreta cuando el primero (empleador) modifica respecto del segundo (trabajador) la prestación personal del servicio en lo atinente al lugar, tiempo o modo del trabajo”.

3.4.2. Este ejercicio del poder subordinante puede tener múltiples manifestaciones, como –por ejemplo– la exigencia a los trabajadores de utilizar un determinado uniforme o de realizar la prestación del servicio en una específica jornada. No obstante, para los efectos de esta providencia, resulta relevante mencionar una de sus posibles expresiones. En efecto, como lo ha indicado este Tribunal, “uno de los aspectos de mayor relevancia dentro del ejercicio del ‘*ius variandi*’ se define precisamente como la facultad con la que cuenta el empleador para ordenar

traslados, ya sea en cuanto al reparto funcional de competencias (factor funcional), o bien teniendo en cuenta la sede o lugar de trabajo (factor territorial)”.
3.4.3. Si bien el ejercicio de la citada facultad es discrecional, no supone –desde ninguna perspectiva– la habilitación para desplegar un actuar arbitrario. Por el contrario, la Corte ha reiterado que existen límites cuyo sustento se encuentra en el último inciso del artículo 53 del Texto Superior, según el cual: “[I]a ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana, ni los derechos de trabajadores”.

Lo anterior fue objeto de desarrollo en la Sentencia T-687 de 2013¹⁵, en la cual se indicó que el *ius variandi* “(...) tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales del trabajador y de su familia¹⁶ establecidos en la Constitución; (i) en las disposiciones que exigen que el trabajo se desarrolle en condiciones dignas y justas¹⁷; (ii) en las que consagran los derechos de los trabajadores y facultan a éstos para exigir de sus empleadores la satisfacción de las garantías necesarias para el normal cumplimiento de sus labores¹⁸; y (iii) en los principios mínimos fundamentales que deben regular las relaciones de trabajo y que se encuentran contenidos en el artículo 53¹⁹”.

3.4.4. Por lo anterior, al momento de ejercer las potestades que se derivan del *ius variandi*, el empleador debe tener en cuenta criterios de proporcionalidad y racionalidad. En términos de la sentencia previamente citada, “las decisiones deben estar conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad respondiendo (i) a las necesidades reales del servicio” (condición objetiva) y (ii) atendiendo a las necesidades personales del trabajador, cuando el traslado comprometa sus derechos fundamentales o los de su familia de forma grave (condición subjetiva).

Este último punto se precisó en la Sentencia T-682 de 2014²⁰, en la cual se indicó que es una obligación del empleador, al momento de modificar las condiciones laborales de sus trabajadores, entre otros, consultar los siguientes aspectos: (i) las circunstancias que afectan al trabajador; (ii) su situación familiar; (iii) el estado de salud del empleado y el de sus allegados; (iv) el lugar y el tiempo de trabajo; (v) las condiciones salariales; (vi) el comportamiento del trabajador durante la relación laboral y; (vii) el rendimiento demostrado.

3.4.5. De allí que, en el caso de traslados por razón de los factores funcional y territorial, se consideró que se incurre en un ejercicio irrazonable y desproporcionado, en los siguientes escenarios:

“(i) Se abusa del ‘*ius variandi*’ cuando de manera abrupta e inconsulta se realiza un cambio de funciones a un trabajador y se demuestra que con dicha situación se afecta su dignidad, pese a que no exista una desmejora en el salario o en el horario laboral.

(ii) Otro ejemplo de abuso del ‘*ius variandi*’ se presenta cuando el empleador -público o privado-, en ejercicio del poder subordinante, modifica la sede donde se desarrolla el trabajo (...) [desconociendo] las consecuencias laborales, familiares y económicas del traslado”²¹.

En ese orden, queda claro que si bien el ejercicio del *ius variandi* es en gran medida una facultad discrecional del patrono también lo es que esto no implica que las decisiones que se tomen con fundamento en él, se conviertan en arbitrarias y generen la vulneración de los derechos del trabajador, sin ninguna consecuencia.

Así las cosas, para evitar tal abuso, la jurisprudencia le ha impuesto al empleador la carga de verificar de una parte la necesidad del servicio como factor objetivo y de otra las condiciones particulares del empleado, como son su salud o la de su familia, su integridad física, la unidad familiar, la situación económica, entre otras como factor subjetivo, de tal forma que se cumpla con la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas tomadas.

Ahora bien, de cualquier modo, el trabajador que considere que con las medidas adoptadas se haya perturbado uno o varios derechos fundamentales tiene el deber de demostrar tal vulneración, porque la sola enunciación de la perturbación no es suficiente para que el Juez constitucional u ordinario revoque la medida tomada por el empleador.

Dentro de este contexto, en el sector público, de acuerdo con lo establecido en el inciso 2º del Artículo 33 del Decreto 1042 de 1978²², es el jefe de la entidad o quien este delegue, quien se encarga de determinar los horarios laborales siempre y cuando estén acorde con los límites fijados por la norma y sean razonables y proporcionales con las condiciones objetivas y subjetivas, como se advirtió en precedencia.

Bajo estos lineamientos, se advierte que en el caso particular el señor Héctor Miguel Colmenares fue nombrado en el cargo de “Celador Nocturno” del Colegio Departamental Femenino “Valle de Tenza”, cargo del que tomó posesión ante el Secretario de Educación del Departamento de Boyacá el 15 de julio de 1977.

Posteriormente, fue inscrito en carrera administrativa ante la Comisión Nacional del Servicio Civil en el cargo de Celador Código 6020 grado 03, perteneciente al Ministerio de Educación Nacional y dando cumplimiento a lo estimado en los arts. 5º²³ y 6º²⁴ de la Ley 61 de 1987, por medio de la cual el Congreso de la República expidió normas sobre la carrera administrativa y donde puntualmente se determina que para ser inscritos deben cumplir con los requisitos de los cargos desempeñados.

Ciertamente, aunque la Ley 61 de 1987 fue declarada inexecutable por la sentencia C-030 de 1997, la Corte Constitucional mantuvo incólumes los derechos de aquellos empleados que a la fecha de la expedición del fallo, habían adquirido el derecho y estaban inscritos en carrera administrativa en sus respectivos cargos.

Ahora, es preciso aclarar que luego de nombramiento del señor Héctor Miguel Colmenares Fula en el cargo de Celador Nocturno del Colegio Departamental Valle de Tenza, fue inscrito en carrera administrativa como Celador código 6020 grado 03, como empleado del Ministerio de Educación²⁵, en consecuencia sus funciones cambiaron con la nominación del cargo.

A lo expuesto, es necesario adicionar que en virtud del Numeral 5º A, del Artículo 3º de la Ley 60 de 1993²⁶, se descentralizó el servicio de educación y se le otorgó la responsabilidad de organizar con los municipios este servicio público a aquellos Departamentos que se certificaron en educación.

De tal manera, que una vez acreditaron los requisitos, el Ministerio de Educación certificó al Departamento de Boyacá por medio de la Resolución No. 6016 del 22 de diciembre de 1995, motivo por el que la planta de personal docente y administrativa del Colegio Departamental Valle de Tenza fue subsumida por la Secretaría de Educación de Boyacá, situación que se materializa a través de la Resolución No. 002958 del 29 de diciembre de 1997²⁷, donde incorporan al señor Héctor Colmenares en el cargo de Celador 5320 código 06 a la planta de personal de la institución departamental.

Todos estos cambios de denominación del cargo y de entidades, son más que simples variaciones formales, pues es obligación de cada entidad establecer funciones y requisitos a cada uno de los empleos que pertenece a su planta de personal, de modo que esto implica que las funciones con las que fue nombrado el demandante en el cargo de celador nocturno fueron modificadas, hasta el punto el horario nocturno dejó de ser una función inherente al cargo, como lo pretende hacer ver la parte demandante.

Pues bien, a esas disgregaciones se llega siguiendo las reglas de la experiencia, porque es normal que, con el cambio de entidades, de planta de personal y de denominación de cargo, se varíen las funciones a desarrollar. De tal forma, que le correspondería a la parte demandante, demostrar en el plenario que dentro de las funciones inherentes o connaturales al cargo de celador 5320 código 06, estaba la de vigilancia exclusivamente en el horario nocturno.

Basándose en lo expuesto, es adecuado concluir que debido a que la parte demandante no cumplió con su carga probatoria adecuadamente, por este aspecto no rompió con la presunción de legalidad del acto administrativo enjuiciado.

De otro lado, manifiesta la parte demandante que el Rector de la institución educativa en donde laboraba el demandante no tenía la competencia para modificar los horarios en que se prestaba el servicio de vigilancia, porque no era el director del organismo ni había recibido delegación del Gobernador para realizar estos cambios.

No obstante, de la simple lectura del acto administrativo por medio del cual se modifican los horarios a los vigilantes, se advierte que en la parte considerativa *“que es competencia de esta Rectoría, fijar la Jornada laboral y el correspondiente horario de los dos (2) celadores ...”*, circunstancia que tendría que ser desvirtuada por parte del demandante, pues esta amparada por la presunción de legalidad que cobija a todos los actos de la administración y en principio dicha afirmación se tendría como cierta.

Además, dentro del escrito de demanda no se encuentra que haya habido por parte de la administración una extralimitación de funciones al fijar la jornada laboral, es decir, un exceso en el número de horas a laborar semanalmente o una ausencia en el tiempo compensatorio o de descanso semanal, por el contrario, uno de los fundamentos expuestos en por el Rector es la equidad en la distribución de la jornada nocturna.

Este hecho, a cambio de amenazar o vulnerar los derechos del demandante es utilizado para equilibrar las cargas laborales entre dos funcionarios iguales para que ambos recibieran una carga laboral equitativa y que así se viera reflejada en los ingresos de los dos funcionarios, de tal forma no se vislumbra desde la óptica del derecho a la igualdad un trato discriminatorio en contra del señor Héctor Miguel Colmenares Fula, así como tampoco se podría considerar que hay una vulneración del principio de igualdad, debido a que el salario fijo mensual estimado para el cargo de Celador nunca fue disminuido y las horas extras, recargos nocturnos y dominicales y festivos, son extras que se perciben por lo empleados y que dependen exclusivamente de la necesidad del servicio, pero que siempre pueden ser variables.

III. DECISIÓN

En consecuencia, de acuerdo con la línea argumentativa exhibida en esta providencia, esta Sala revocará la sentencia consultada de fecha 15 de octubre de 2013, y en su lugar negará las pretensiones de la demanda presentada por el señor Héctor Miguel Colmenares Fula, teniendo en cuenta que no fue quebrantada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el 15 de octubre de 2013, que accedió a las súplicas de la demanda presentada por el señor HÉCTOR MIGUEL COLMENARES FULA contra el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, y en su lugar dispone:

NEGAR las pretensiones de la demanda

SEGUNDO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folio 85.

2. Folio 86.

3. Folio 126.

4. Folios 195 a 202.

5. Artículo 184, inciso 4º del C.C.A., folio 208.

6. Folios 212 a 215 vuelto.

7. Corte Constitucional. Sentencia C-424/15 consultada en URL <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-424-15.htm>

8. Visible a folio 82.

9. Sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006). Exp. No. 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

10. Decreto 1042 de 1978, artículo 33

11. Artículo 22

12. T-409 de 1992.

13. Al respecto, entre otras, puede consultarse las Sentencias T-682 de 2014, T-067 de 2014, T-048 de 2013 y T-325 de 2010.

14. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta sentencia, la Corte se pronunció sobre tres casos que implicaban discusiones en torno a conflictos entre empleadores y trabajadores. Dos de ellos suponían tensiones en relación con el *ius variandi*. En el primero, un directivo de una empresa había sido trasladado a otro municipio que quedaba a ocho horas de su domicilio. Él era el responsable de acompañar a su hijo a citas médicas, pues éste se encontraba en delicado estado de salud. Además, había sido trasladado tras haber dado testimonio en un proceso laboral en el cual se condenó a la empresa. En el segundo caso, una docente solicitó su traslado alegando razones médicas, pero ello fue negado por el empleador. Todas las autoridades judiciales, ya fuera en primera o en segunda instancia, denegaron el amparo solicitado. Al momento de abordar el examen de los asuntos planteados, entre otros aspectos, la Corte reiteró la jurisprudencia de esta Corporación en torno al *ius variandi*, su ejercicio y los límites a los cuales está sometido. En ambos casos, concedió el amparo, en el primero, por cuanto hubo un abrupto e inconsulto traslado que rompió la unidad familiar, sin que existieran pruebas o razones técnicas que justificaran la modificación del lugar de trabajo del padre del menor enfermo. En el segundo, por cuanto la actora se hallaba en tratamiento constante y era claro que se encontraba enferma, pero –además– en atención al difícil acceso al lugar en el que se desempeñaba, lo que implicaba el deber del empleador de tener en cuenta la situación de su trabajadora.

15. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En esta sentencia, la Corte se pronunció sobre un traslado de una docente que tuvo que dejar su plaza por el cumplimiento de otra providencia que había dispuesto una reubicación. Por razones de orden público, no pudo movilizarse junto con su hija al nuevo lugar al que fue asignada, quien se quedó viviendo con la abuela. Adicionalmente, no se respetó su perfil profesional y académico, ya que las materias que ella dictaba ya estaban cubiertas por otro docente. La autoridad judicial de primera instancia concedió el amparo, entre otras razones, en atención a que no se tuvo en cuenta su perfil académico. La Corte confirmó esta providencia. Para ello, reiteró la jurisprudencia en torno a los límites al *ius variandi*, en especial, enfatizó que la discrecionalidad del empleador implica que se decida se ajuste a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, que implican que el traslado se sustente en las necesidades reales del servicio, pero también en la situación específica del trabajador. Con todo, este Tribunal enfatizó que el juez constitucional, al momento de decidir este tipo de asuntos, ha de tener en cuenta el impacto de su fallo en la prestación del servicio público, razón por la cual ha de adoptar medidas que le permitan al empleador adaptarse a la orden.

16. Sentencia T-664 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

17. Artículo 1, 25 y 53.

18. Preámbulo y artículos 1, 2, 25, 39, 48, 53, 54, 55, 56 y 64.

19. Sentencia T-065 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

20. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

21. *Ibidem*.

22. 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.

23. Artículo 5o. Al entrar en vigencia esta Ley, los empleados que estén desempeñando un cargo de Carrera sin que se encuentren inscritos en la misma, deberán acreditar, dentro del año inmediatamente siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados para sus respectivos empleos en el manual de requisitos expedido por el Gobierno Nacional o en los Decretos que establezcan equivalencias de dichos requisitos, según el caso. Acreditados tales requisitos a sus equivalentes tendrán derecho a solicitar al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la Carrera Administrativa.

Si el cargo que se desempeña no estuviere incluido en el manual de requisitos, el período se extenderá por seis (6) meses, contados a partir de la fecha en que el Gobierno lo incluya, para lo cual éste tendrá un término de doce (12) meses a partir de la fecha de promulgación de la presente Ley

24. Artículo 6o. Los empleados que no acrediten poseer los requisitos para el desempeño del cargo, dentro de los términos señalados en el artículo anterior, quedarán como de libre nombramiento y remoción pero si continúan al servicio del mismo organismo sin solución de continuidad podrán solicitar su inscripción en la carrera cuando demuestren poseer los requisitos para el cargo que están desempeñando en el

momento en que acrediten dicho cumplimiento.

Sin embargo, los empleados que tengan cinco o más años de servicios a la entidad, tendrán derecho a solicitar su inscripción en la carrera siempre que para el ejercicio de las funciones del empleo que desempeñan no se exija título profesional correspondiente a una carrera reglamentada.

25. Según lo indica la Resolución No. 3411 del 28 de junio de 1988, por medio de la cual se inscribe en carrera administrativa

26. ARTÍCULO 3o. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS. <Ley derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001> Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:

(...)

5. Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.

- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.

- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.

- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.

- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.

- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.

- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.

- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o. de la presente Ley. (Negrilla fuera de texto).

27. Folios 187 y 188.

Fecha y hora de creación: 2024-08-03 03:59:09