



## Sentencia 2015-01557 de 2020 Consejo de Estado

RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS / COMISIONES DE SERVICIO - Se entiende que desempeñó trabajo extra. / RELIQUIDACIÓN DE FACTORES SALARIALES Y PRESTACIONALES / FUNCIONARIO INCORPORADO A LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN POR LA SUPRESIÓN DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD

[L]a jornada laboral establecida para los empleados públicos en general, corresponde a 44 horas semanales y, dentro de ese límite, 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. Con excepción de los servidores que cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, en cuyo caso la jornada es especial, pues, puede ser de 12 horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales. [...] [A] los empleados que venían del Departamento Administrativo de Seguridad y que fueron incorporados a la Unidad Nacional de Protección no se les debe reconocer horas extras por no encontrarse este factor dentro del régimen señalado en el Decreto 1932 de 1989, aplicable por remisión normativa por el Decreto Ley 4065 de 2011. [...]

FUENTE FORMAL: CP - ARTÍCULO 53 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTÍCULO 33 / DECRETO 1932 DE 1989 - ARTÍCULO 12

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-01557-01(2259-17)

Actor: LUIS HERMES NINCO AGUIRRE

Demandado: UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN

Referencia: ESTABLECER SI ES POSIBLE EL RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS CON LA CONSECUENTE RELIQUIDACIÓN DE FACTORES SALARIALES Y PRESTACIONALES A FUNCIONARIO QUE FUE INCORPORADO A LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN POR LA SUPRESIÓN DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD Y, SI CON LAS COMISIONES DE SERVICIO, SE ENTIENDE QUE DESEMPEÑÓ TRABAJO EXTRA.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 2 de marzo de 2018<sup>1</sup>, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 3 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Luis Hermes Ninco Aguirre en contra de la Unidad Nacional de Protección.

### I. ANTECEDENTES<sup>2</sup>

#### 1.1 La demanda y sus fundamentos.

Luis Hermes Ninco Aguirre, por intermedio de apoderado judicial<sup>3</sup>, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Ley 1437 de 2011- presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad del Oficio No. 1898 de 29 de enero de 2015 por medio del cual la Subdirectora de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección negó el reconocimiento y pago de las horas extras, recargos por trabajo en tiempo nocturno, dominicales y festivos, la reliquidación de las prestaciones sociales y los aportes a seguridad social.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: i) se declare que los viáticos que percibe por sus desplazamientos constituyen salario y, por lo tanto, deben ser incluidos como factor de liquidación de las prestaciones sociales periódicas; ii) el pago de horas extras, dominicales y festivos así como el porcentaje por trabajo nocturno laboradas desde que ingresó a la institución «1º de enero de 2012» y la reliquidación de sus prestaciones con fundamento en los citados emolumentos con la correspondiente indexación; y, iii) dar

aplicación a los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica, así:

El señor Luis Hermes Ninco Aguirre luego de haber prestado sus servicios como Agente Escolta en el Departamento Administrativo de Seguridad, fue incorporado a la Unidad Nacional de Protección el 1º de enero de 2012 como Agente de Protección código 4071, grado 16, con una asignación para el año 2015 de \$1.519.103, suma de dinero que incluye una bonificación por compensación equivalente a \$321.305.

El 22 de diciembre de 2014 el apoderado del señor Luis Hermes Ninco Aguirre solicitó al Director de la Unidad Nacional de Protección el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales, festivos y el incremento por trabajo nocturno desde que ingresó a la institución; sin embargo, esta petición fue negada por parte de la Subdirectora de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección a través del Oficio No. 1898 de 29 de enero de 2015 por considerar que, dada la naturaleza de los servidores de esta entidad, no tienen derecho al reconocimiento y pago de este tipo de emolumentos, pues lo único que es procedente es una compensación en tiempo de descanso por cada 8 horas que hayan excedido las jornadas laborales.

#### 1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 1, 2, 25 y 53; Decretos 1042 de 1978, artículo 33; y 1932 de 1989, artículo 12.

Como concepto de violación de las normas invocadas, manifestó que el acto demandado está afectado por las razones que se pasan a exponer:

La decisión adoptada por la Unidad Nacional de Protección en el acto acusado no se encuentra ajustada a los principios constitucionales, primero, porque negar el reconocimiento y pago de las horas extras, recargos por trabajo en tiempo nocturno, dominicales y festivos, la reliquidación de las prestaciones sociales y los aportes a seguridad social va en contravía de los derechos de los trabajadores, concretamente, porque no es posible que se obligue a trabajar más de las horas establecidas por la ley sin la adecuada remuneración; segundo, en razón a que no es posible renunciar a los beneficios que le otorga la misma Constitución a los trabajadores, tal es el caso, de la remuneración mínima y proporcional a la cantidad de trabajo.

No se puede tener como justificación, para no el no pago de la remuneración del tiempo extra o suplementario, el hecho de que el párrafo del artículo 12 del Decreto 1932 de 1989 así lo estableció<sup>4</sup>, pues existen otras normas de índole constitucional y legal que lo ordenan, tal es el caso de los artículos 25 de la Constitución Política y 33 del Decreto 1042 de 1978.

#### 1.3 Contestación de la demanda.

La Unidad Nacional de Protección solicitó negar las súplicas con fundamento en los siguientes argumentos<sup>5</sup>:

La supresión del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- conllevó a que el régimen prestacional y salarial que tenía el servidor se mantuviera en virtud del artículo 7º del Decreto 4057 de 2011<sup>6</sup>, el cual dispuso que el régimen salarial, prestacional y de carrera del personal de los servidores incorporados sería el que rija en la entidad u organismo receptor. Además, no se puede desconocer que si bien el Decreto 1042 de 1978 es aplicable a 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; también lo es que, se aplica una excepción para aquellos cuyas actividades implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia a los que podrá señalarse una jornada de trabajo de 12 horas diarias sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

Finalmente propuso las siguientes excepciones: (i) inexistencia del vínculo laboral, como quiera que entre el demandante y la Unidad Nacional de Protección existe una relación legal y reglamentaria y no una laboral; (ii) indebida formulación de la pretensión, dado que no se indica la norma que reglamenta el vínculo legal del demandante; (iii) inexistencia del derecho y de la obligación, como quiera que a los Agentes de Protección de nivel asistencial se les aplica la normativa vigente, esto es, el Decreto 4057, 4065 y 4067 de 2011; (iv) cobro de lo no debido, como quiera que no se tienen en cuenta los compensatorios; (v) enriquecimiento sin justa causa, puesto que no es dable recibir un dinero que la ley no autoriza; y, buena fe, en razón a que la entidad demandada ha cumplido con lo que le establece la ley.

#### 1.4 La sentencia apelada<sup>7</sup>.

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante sentencia de 3 de marzo de 2017 negó las pretensiones de la demanda. Lo anterior, por las razones que a continuación se pasan a exponer:

Las pruebas allegadas al expediente dan cuenta que el señor Luis Hermes Ninco Aguirre fue incorporado al cargo de Agente de Protección sin solución de continuidad a la Unidad Nacional de Protección desde el 1º de enero de 2012 ante la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. En virtud de lo anterior y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 4057 de 2011<sup>8</sup> el régimen salarial, prestacional aplicable al demandante es el que rige en la Unidad Nacional de Protección.

En ese sentido y por tratarse de un servidor público, son aplicables las disposiciones del Decreto 1042 de 1978. En efecto, el artículo 33 ibídem estableció una jornada de 44 horas semanales, sin embargo, estableció una excepción de quienes desarrollen actividades discontinuas o de

vigilancia, caso en el cual permite en esos casos una jornada de trabajo de 12 horas días que exceda el límite de 66 horas en la semana.

Bajo ese contexto el señor Luis Hermes Ninco Aguirre desempeñaba un cargo de protección para lo cual requiere de disponibilidad permanente en razón a la naturaleza de dicho empleo, pues son funciones que se realizan en jornadas diurnas y nocturnas adicionales a las ordinarias, en estos casos se puede señalar que cumplan una jornada de 12 horas diarias sin exceder de 66 horas a la semana, caso en el cual procede de la compensación en tiempo de descanso.

En tal sentido, los Agentes de Protección al servicio de la Unidad Nacional de Protección, en razón a sus funciones, tienen disponibilidad permanente y cumplen sus labores en jornada extraordinaria, pues en el evento de ser convocados para ejercer sus labores dentro de los esquemas de seguridad asignados, su labor puede extenderse en virtud de la naturaleza del empleo más allá de las 44 horas semanales, pero en este evento se desempeñada como extraordinaria por lo cual debe compensarse con tiempo de descanso o de no ser así deben reconocerse las horas extras.

El demandante no acreditó prueba alguna que permita demostrar claramente la cantidad de horas extras que estuvo laborando tanto en el día como en la noche, siendo obligación de su parte acreditar los supuestos de hecho para obtener el reconocimiento y pago de las horas extras percibidas, teniendo en cuenta los valores reconocidos y además tampoco acreditó que sus prestaciones sociales se hubiesen dejado de liquidar por los viáticos causados.

#### 1.5 El recurso de apelación.

La parte demandante interpuso su recurso con fundamento en los siguientes argumentos<sup>9</sup>:

Pese a que el *a-quo* expresó que no se habían acreditado las pruebas suficientes para el reconocimiento de las horas extras, no tuvo en cuenta que fueron aportadas las comisiones de servicio, las cuales deben ser incluidos como factor de liquidación de las prestaciones sociales y de las mismas horas extras. Lo anterior cobra mayor relevancia cuando los desplazamientos autorizados implicaban una custodia de 24 horas sobre la persona protegida, puesto que el demandante debía permanecer con ella durante todo el tiempo de la comisión y esas actividades implicaban alejarse de su domicilio.

Con la acreditación de las comisiones laboradas por el actor necesariamente se está acreditando el pago en dominicales y festivos, por lo tanto, procede el pago de la compensación conforme lo ordena la ley. Al respecto, los días compensatorios no son otorgados por arbitrio, sino como reconocimiento al trabajo en días de descanso obligatorios, tal y como lo indicó el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978<sup>10</sup>.

Por último, la Unidad Nacional de Protección no puede sustraerse de la obligación causada, pues la citada normativa es clara, precisa y no admite confusión en relación a que un día de compensatorio se paga con más del doble del valor de un día de salario, sin que se admita la compensación de la suma dineraria por el descanso.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Planteamiento del problema jurídico.

Para atender los argumentos planteados por la parte demandante, le corresponde a la Sala:

Establecer si existen los suficientes elementos probatorios que permitan demostrar que el señor Luis Hermes Ninco Aguirre, con ocasión a las comisiones de servicios que le fueron ordenadas, tiene derecho al reconocimiento y pago de los recargos de horas extras y la reliquidación de los factores salariales y prestacionales.

Para desatar el problema jurídico propuesto se abordarán los siguientes aspectos: i) de la jornada laboral, regulación internacional y su aplicación en los servidores de Colombia; ii) de la jornada laboral en la Unidad Nacional de Protección, y, iii) del caso en concreto.

#### i) De la jornada laboral

La «*jornada de trabajo*», «*jornada laboral*» o «*tiempo de trabajo*» como lo denomina la Organización Internacional del Trabajo (OIT), hace referencia al número de horas que el trabajador trabaja efectivamente en una jornada o día, y puede referirse también al cómputo semanal, mensual o anual de tiempo trabajado.<sup>11</sup> La «*jornada laboral*» se debe diferenciar del «*horario de trabajo*», pues, la «*jornada*» representa el número de horas que el trabajador presta su servicio, mientras que el «*horario*» hace referencia a la hora u horas de entrada y/o salida.<sup>12</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico, como más adelante se precisará, la fijación de la «*jornada laboral*» es de origen legal, es decir, que corresponde al legislador regular sus mínimos y sus máximos, mientras que, a los jefes o directores de cada entidad, les corresponde definir lo relacionado con el «*horario*», sujetándose, como es obvio, a lo regulado por el legislador sobre la «*jornada*».

Es importante precisar, que la jornada laboral en la administración pública, comprende el período de tiempo durante el cual los empleados se encuentran a disposición cumpliendo las funciones que les corresponde desarrollar, no solamente con el fin de que el servicio público a cargo de las respectivas entidades oficiales se preste dentro de un determinado espacio de tiempo, sino, para que el empleado disponga de un tiempo razonable para su descanso.<sup>13</sup>

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha expresado, que «*la protección al trabajo establecida por mandato del artículo 25 constitucional, incluye la fijación de jornadas de trabajo máximas, dentro de las cuales los trabajadores presten los servicios propios de la relación laboral y estén sometidos a las órdenes del empleador. La jornada permanente, indefinida e ininterrumpida, sin períodos de descanso razonable previamente estipulados (...) atenta contra la dignidad del trabajador, cercena su libertad, pone en peligro sus derechos a la salud y a la vida, y causa daño a su familia, por lo que resulta contraria al ordenamiento superior*».<sup>14</sup>

En esa misma línea, la doctrina especializada en la materia de Función Pública, ámbito que también es conocido como de lo laboral administrativo, ha señalado, que «*el fundamento de someter la prestación del servicio de los funcionarios públicos a una jornada pretende conciliar, de una parte, la misma condición orgánica y síquica del hombre que exige descansos destinados a su recuperación biológica y anímica, así como la destinación de parte del tiempo a la atención de asuntos distintos del trabajo como su vida familiar, con la necesidad apremiante de garantizar la mejor y más adecuada satisfacción de las tareas a cargo de la administración pública*»<sup>15</sup>.

Regulación internacional.

La cuestión de la regulación de la «*jornada laboral*» o el «*tiempo de trabajo*» es, quizás, la inquietud o demanda social más antigua reconocida por los organismos internacionales, al punto que inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial, se firmó por 50 países, en junio de 1919, el famoso «*Tratado de Versalles*», que establece en el punto 4º de su artículo 427,<sup>16</sup> la adopción de 8 horas al día o 48 horas a la semana, como jornada laboral ordinaria para los trabajadores en general.

Posteriormente, en octubre de 1919, unos meses después de la firma del «*Tratado de Versalles*», los miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reunidos en Washington, adoptaron el primer convenio de dicha organización, justamente sobre la jornada laboral, que es el llamado «*Convenio 001 sobre las horas de trabajo —industria— de 1919*», por el que se limitan las horas de trabajo en las industrias a 8 horas diarias o 48 horas semanales, o sea, 6 días laborales a la semana. En otros convenios de la OIT, como los Nos. 14 de 1921, 30 de 1930 y 47 de 1935, se establecen normas similares para los sectores del comercio y el trabajo de «*oficinas*» en general.

Siguiendo un orden cronológico, es importante resaltar, que el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, consagra el derecho al descanso y al tiempo libre de la siguiente manera:

“(…) Artículo 24. *Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas. (...)*”.

A partir de entonces, la OIT ha venido adoptando los siguientes convenios, protocolos y recomendaciones en los que se ha referido, entre otras, al «*tiempo de trabajo*» o «*jornada laboral*», de la siguiente manera: (i) el Convenio 89 de 1948 sobre el trabajo nocturno de mujeres; (ii) el Protocolo de 1990 referido a la aplicación del Convenio 89 de 1948 sobre el trabajo nocturno de mujeres; (iii) el Convenio 106 de 1957 sobre el descanso semanal en las áreas de comercio y oficinas en general; (iv) el Convenio 132 de 1970 sobre las vacaciones pagadas; (v) el Convenio 171 de 1990 sobre el trabajo nocturno; (vi) el Convenio 175 de 1994 sobre el trabajo a tiempo parcial; (vii) la Recomendación 13 de 1921 sobre el trabajo nocturno de las mujeres en el sector de la agricultura; (viii) la Recomendación 98 de 1954 sobre las vacaciones pagadas; (ix) la Recomendación 103 de 1957 sobre el descanso semanal en los sectores del comercio y de oficinas en general; (x) la Recomendación 116 de 1926 sobre la reducción de la duración del trabajo; (xi) la Recomendación 178 de 1990 sobre el trabajo nocturno; y (xii) la Recomendación No. 182 de 1994 sobre el trabajo a tiempo parcial.

Por último, es necesario precisar que el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo decidió en su 325ª reunión de 2015, que el Estudio General que tenía que elaborar la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones con miras a su presentación a la Conferencia Internacional del Trabajo en 2018, se dedicara exclusivamente a los instrumentos relativos al «*tiempo de trabajo*» o «*jornada laboral*».

Así pues, de acuerdo con lo expuesto, no cabe duda de que el «*tiempo de trabajo*» o «*jornada laboral*», los períodos de descanso y la ordenación del tiempo de trabajo, son aspectos fundamentales de las relaciones laborales y juegan un rol central en los instrumentos internacionales sobre la materia.

La jornada laboral de los servidores públicos en Colombia.

Como viene expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico, la regulación de la «*jornada laboral*» es de origen legal y, por lo tanto, su establecimiento corresponde al legislador, órgano que de manera extraordinaria<sup>17</sup> delegó dicha tarea en el Ejecutivo, a través de la Ley 5ª de 1978.<sup>18</sup>

En desarrollo de dicha facultad «*extraordinaria*», el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 1042 de 1978,<sup>19</sup> por el cual, entre otras, «*se establece el sistema de nomenclatura y clasificación*» de los empleos pertenecientes a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, y, «*se fijan las escalas de remuneración de dichos empleos*».

Sobre la jornada laboral de los servidores públicos, los artículos 21, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40 del Decreto Ley 1042 de 1978<sup>20</sup> señalaron lo siguiente:

“(…) Artículo 21. *De la aplicación de las escalas. Las escalas de remuneración fijadas en los artículos anteriores comprenden tres columnas así:*

La primera señala los grados de remuneración que corresponden a las distintas denominaciones de empleo.

La segunda columna indica la remuneración básica para cada uno de los grados y que se aplicara durante el año 1978.

La tercera columna señala la remuneración básica que corresponderá a cada uno de los grados a partir del 1º de enero de 1979.

Por consiguiente, los empleados públicos a quienes se aplica el presente decreto recibirán, el 1º de enero de 1979, la asignación básica que corresponda al grado de remuneración fijado para su cargo en la tercera columna sin perjuicio de los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente decreto.

Las asignaciones fijadas en las escalas corresponden exclusivamente a empleos de carácter permanente y de tiempo completo.

Los empleos de media jornada se remunerarán en forma proporcional. Por ningún motivo se establecerán empleos cuya jornada de trabajo sea inferior a medio tiempo.

Para los efectos de este decreto se entiende por empleos de medio tiempo los que tienen una jornada diaria no inferior a 4 horas. En las plantas de personal de cada organismo se fijará los cargos de medio tiempo.

(...)

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 44 horas semanales.

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.

Artículo 34. 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 35% 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 35. 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 35 %, 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.

Artículo 36. De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:

a) Modificado por los Decretos anuales salariales.

(...)

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

Este trabajo se remunerará con un recargo del 75% sobre la asignación básica mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

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

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

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

b) Los auditores de impuestos.

Artículo 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 involucrado 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.

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

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

a) Modificado por los Decretos anuales salariales.

b) El trabajo deberá ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien este hubiere delegado tal atribución, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las tareas que hayan de desempeñarse.

c) El reconocimiento del trabajo en dominical o festivo se hará por resolución motivada.

d) El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si este fuere menor.

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

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

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

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las horas extras, los dominicales y los festivos, han sido regulados anualmente de la misma manera por el respectivo decreto anual de salarios, que para el año 2019, es el Decreto 1011 de 2019,<sup>21</sup> cuyo artículo 14 señala:

"(...) ARTÍCULO 14. Horas extras, dominicales y festivos. Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.

Los Secretarios Ejecutivos del despacho de los Ministros, Viceministros, Directores y Subdirectores de Departamento Administrativo y los Secretarios Ejecutivos de Grado 20 en adelante que desempeñen sus funciones en los Despachos de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Viceministros y Subdirectores de Departamento Administrativo, Secretarías Generales de Ministerios y Departamento Administrativo, tendrán derecho a devengar horas extras, dominicales y días festivos, siempre y cuando laboren en jornadas superiores a cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

En los Despachos antes señalados sólo se podrán reconocer horas extras máximo a dos (2) Secretarios, a los que se refiere el inciso anterior.

PARÁGRAFO 1. Los empleados públicos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación que tengan la obligación de participar en trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones, su liquidación y demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal, podrán devengar horas extras, dominicales y festivos, siempre y cuando estén comprendidos en los niveles asistencial, técnico y profesional. En ningún caso podrá pagarse mensualmente por el total de horas

extras, dominicales y festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual de cada funcionario.

PARÁGRAFO 2. El límite para el pago de horas extras mensuales a los empleados públicos que desempeñen el cargo de conductor mecánico en las entidades a que se refiere el presente título, será de cien (100) horas extras mensuales.

En todo caso la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.

(...)”.

Con fundamento en lo anterior es dable concluir que la jornada laboral establecida para los empleados públicos en general, corresponde a 44 horas semanales y, dentro de ese límite, 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. Con excepción de los servidores que cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, en cuyo caso la jornada es especial, pues, puede ser de 12 horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales.

ii) De la jornada laboral en la Unidad Nacional de Protección

Luego de examinar de manera inicial las normas que regulan lo relacionado con la jornada laboral para los empleados públicos en general, es necesario por parte de la Sala, estudiar en forma sumaria también, la normativa especial que rige lo que tiene que ver con la jornada de trabajo de los empleados de la Unidad Nacional de Protección (UNP), no sin antes precisar algunos aspectos relevantes sobre la creación de la mencionada Unidad, luego de la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).

En tal sentido es necesario destacar que el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), creado mediante Decreto Ley 1717 del 18 de julio de 1960<sup>22</sup>, tenía por objeto producir y dirigir las actividades de inteligencia para garantizar la seguridad nacional interna y externa del Estado colombiano, así como brindar seguridad a personas y dignatarios<sup>23</sup>, el cual fue suprimido a través del Decreto Ley 4057 de 2011<sup>24</sup>.

De acuerdo con el artículo 3° del referido Decreto Ley 4057 de 2011<sup>25</sup> algunas de sus funciones fueron trasladadas, desde el 1° de enero de 2012<sup>26</sup>, a diferentes entidades y organismos, entre los cuales se encuentra la Unidad Nacional de Protección (UNP). Además, el artículo 7° del mencionado Decreto Ley 4057 de 2011<sup>27</sup> dispuso, que el régimen de personal que le sería aplicable a los servidores del DAS que fueran trasladados a otras instituciones, «será el que rija en la entidad u organismo receptor», exceptuando al que «se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional».

Bajo ese contexto, la Unidad Nacional de Protección (UNP) fue creada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto Ley 4065 de 2011<sup>28</sup>, como un organismo con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio del Interior y, con carácter de organismo nacional de seguridad.

Aclara la Sala, que para efectos del normal desarrollo de las funciones que fueron trasladadas del extinto DAS a la Unidad Nacional de Protección (UNP), el artículo 24 del señalado Decreto Ley 4065 de 2011<sup>29</sup> precisó que las referencias normativas «que hagan las disposiciones vigentes al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)» deben entenderse referidas a la UNP.

Una de estas «disposiciones vigentes al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)» es el Decreto Ley 1932 de 1989,<sup>30</sup> cuyo artículo 12 dispuso la siguiente jornada laboral para los servidores del DAS:

“(…) Artículo 12. Jornada de trabajo. La asignación básica mensual fijada en la escala de remuneración señalada en este Decreto corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad, podrá señalárseles una jornada de trabajo de 12 horas diarias sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Sin embargo, por especiales razones del servicio, el Jefe del Departamento podrá disponer jornadas hasta de 18 horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de 72 horas.

Dentro de los límites máximos fijados en este artículo el Jefe del Departamento 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 constituya trabajo suplementario o de horas extras.

Parágrafo. Por la naturaleza del servicio que prestan los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, en horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo prevista en este artículo o en días dominicales y festivos, no tendrán derecho al reconocimiento y pago de horas extras. Únicamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, en la forma prevista por el artículo 68 del Decreto 512 de 1989. (Subraya la Sala).

Como puede apreciarse a partir la lectura inicial de la disposición trascrita: (i) la jornada laboral normal para los empleados del suprimido DAS, era de 44 horas semanales, salvo el caso de los empleos con funciones «discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad», cuyos titulares podrían tener una jornada de hasta 12 horas diarias y máximo 66 semanales; (ii) cuando se presenten «especiales razones del servicio», el Jefe del DAS podía disponer de jornadas de hasta 18 horas diarias y máximo 72 semanales; y (iii) por la naturaleza de las funciones, las horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo, o en días dominicales o festivos, no se reconocían

como horas extras, sino que se otorgaban días compensatorios para descansar, adicionales a los legalmente establecidos.

Recapitulando tenemos entonces que, en virtud de la remisión normativa efectuada por el artículo 24 del señalado Decreto Ley 4065 de 2011<sup>31</sup>, las preceptivas normativas que regulaban la jornada laboral al interior del suprimido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contenidas en el Decreto 1932 de 1989,<sup>32</sup> son aplicables a los servidores públicos de la Unidad Nacional de Protección (UNP).

Así también lo consideró el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), en el Concepto 20146000034891 de 7 de marzo de 2014, en el que se pronunció sobre la viabilidad de aplicar a los servidores de la UNP, las normas que regularon lo atinente a la jornada laboral establecida en el Decreto Ley 1932 de 1989<sup>33</sup> para los empleados del DAS:

*«Es decir, que una norma posterior estableció la jornada laboral del DAS, motivo por el cual a partir de la expedición del Decreto Ley 1932 de 1989, no le es aplicable a sus empleados la jornada de trabajo que en manera general se establece en el Decreto Ley 1042 de 1978, por haber sido expedida una norma especial.*

*Ahora bien, mediante el Decreto 4065 de 2011 se creó la Unidad Nacional de Protección - UNP, como un organismo nacional de seguridad, indicándose en el decreto que le dio génesis a la entidad, que la misma asumía las funciones que desarrollaba el Departamento Administrativo de Seguridad DAS en la materia, señalando el artículo 24:*

*“Artículo 24.- Referencias Normativas. Las referencias que hagan las disposiciones vigentes al Departamento Administrativo de Seguridad DAS y al Programa de Protección del Ministerio del Interior, que tengan relación con las funciones expresadas en el presente Decreto, deben entenderse referidas a la Unidad Nacional de Protección.*

*De igual forma, las referencias que hagan las disposiciones vigentes al Departamento Administrativo de Seguridad y al Programa de Protección del Ministerio del Interior como asistente, integrante o miembro de Consejos, Comisiones, Juntas, Mesas u otras instancias de deliberación, relacionadas con las funciones que en el presente Decreto se mencionan, deben entenderse referidas a la Unidad Nacional de Protección”. (Negrita y subrayado fuera de texto)*

*Conforme a lo anotado, y en el entendido de que la nueva entidad frente al tema de la prestación del servicio de protección a las personas, es idéntico al que en su oportunidad prestó el DAS hoy en supresión, debe considerarse que si la nueva entidad presta actividades permanentes de protección, las cuales se cumplen de manera interrumpida o intermitente, le son aplicables las disposiciones que sobre el particular fueron establecidas para el DAS en materia de jornada laboral, por expresa remisión del artículo 24 toda vez que como ya lo mencionamos, a la UNP le fueron asignadas las funciones que sobre protección de personas realizaba el DAS.*

*De acuerdo a lo anterior, la Unidad Nacional de Protección podrá establecer la jornada laboral a los empleos que realicen actividades discontinuas en el marco de lo señalado por artículo 12 del Decreto 1932 de 1989.*

[...]». (Lo subrayado es del Despacho).

El Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), en el Concepto 20146000070911 de 3 de junio de 2014, nuevamente señaló sobre el particular:

*«No es procedente desconocer que existe una reglamentación especial dirigida a los empleados del DAS que fueron incorporados a la UNP que realizan las actividades discontinuas descritas en el anterior inciso y que además al momento de crear la Unidad Nacional de Protección, el Legislador tuvo en cuenta la remisión de “referencias normativas” para que aquellos aspectos que no fueron contemplados en el Decreto 4065 de 2011 fueran atendidos conforme normas especiales que en un momento determinado podrían regular la materia.».* (Lo subrayado es del Despacho).

De acuerdo con el análisis inicial expuesto hasta el momento, en virtud de la remisión normativa efectuada por el artículo 24 del señalado Decreto Ley 4065 de 2011<sup>34</sup>, la normativa que regulaban la jornada laboral al interior del suprimido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contenidas en el Decreto Ley 1932 de 1989,<sup>35</sup> que «por razones del servicio», autorizan el establecimiento de una jornada laboral de hasta 72 horas semanales, son aplicables a los servidores públicos de la Unidad Nacional de Protección (UNP), pues, como se expuso, se trata del organismo nacional de seguridad que asumió las funciones del extinto DAS en la materia.

iii) Del caso en concreto.

El señor Luis Hermes Ninco Aguirre pretende que se las comisiones que ha realizado desde que ingresó a la Unidad Nacional de Protección, esto es, desde el 1º de enero de 2012, constituyan factor salarial y, con ello, se le reconozcan las horas extras, dominicales y festivos, los recargos nocturnos y la reliquidación de sus factores salariales y prestacionales con la correspondiente indexación, petición que fue negada por el *a-quo* al considerar que no habían los suficientes elementos probatorios que permitieran demostrar el número de horas extras.

Atendiendo lo antes expuesto, para efectos de resolver el punto de controversia, la Sala contará con los siguientes elementos probatorios:

El 22 de diciembre de 2014 el apoderado del demandante le solicitó al Director de la Unidad Nacional de Protección el reconocimiento y pago de las horas extras, diurnas y nocturnas, con la correspondiente reliquidación de los factores salariales y prestaciones desde su ingreso, teniendo en cuenta las comisiones a las que había sido asignado<sup>36</sup>; sin embargo, la Subdirectora de Talento Humano le negó esta pretensión,



concretamente, por cuanto<sup>37</sup>:

*“(…) a. para los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de producción o de análisis de seguridad, tendrán disponibilidad permanente y se les podrá señalar una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana excedan el límite de sesenta y seis (66) horas. Sin embargo, por especiales razones del servicio, el Director General autorizó disponer jornadas hasta de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana exceda el límite de setenta y dos (72) horas.*

*b. Por la naturaleza del servicio que presten los servidores de la UNP, en horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo previstas o (sic) en días dominicales y festivos, no tendrán derecho al reconocimiento y pago de horas extras. Únicamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, en la forma que, para el caso de sus representados, la Subdirección de Protección de la Unidad, adopte a razón de un (1) día por cada ocho horas (8) que haya excedido las jornadas laboradas.*

*c. Para efectos de lo anterior, por delegación, le corresponde al Subdirector de Protección en estos casos, la facultad de establecer compensatorios, según las necesidades del servicio a servidores públicos con funciones misionales según lo definido por la Resolución 0092 de 05 de febrero de 2014; situación que deberá ser reportada a la Subdirección de Talento Humano.*

*(…)”.*

El 19 de enero de 2015 la Subdirectora de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección certificó que el señor Luis Hermes Ninco Aguirre fue incorporado sin solución de continuidad a la Unidad Nacional de Protección desde el 1º de enero de 2012 por medio de una vinculación legal y reglamentaria con carácter provisional, al cargo de Agente de Protección código 4071, grado 16, ubicado en la Subdirección de Protección en la ciudad de Medellín, con una asignación básica de \$1.519.000, suma de dinero que incluye una bonificación por compensación de (\$321.305)<sup>38</sup>.

El 19 de enero de 2015 el Subdirector de Talento Humano de la Unidad nacional de Protección certificó los salarios y prestaciones que devengó el señor Luis Hermes Ninco desde el 1º de enero de 2012, dentro de los cuales se encuentran los siguientes: asignación básica, prima de servicios, bonificación de servicios, prima de navidad, prima de clima, prima de vacaciones, sueldo de vacaciones y prima de orden público<sup>39</sup>.

A folios 25 y 26 se evidencia la relación de las diversas comisiones de servicio que el señor Luis Hermes Ninco Aguirre desempeñó desde el 4 de enero de 2012 al 4 de enero de 2015.

A folio 1A del expediente se encuentra el disco compacto en donde reposa la información relacionada con los comprobantes de liquidación de nómina desde 2012 al 2015, en los cuales se encuentra reflejado el pago mensual de salarios, aportes al Sistema de Seguridad Social y otros conceptos.

El 1º de junio de 2016 el Subdirector de Talento Humano de la Unidad nacional de Protección certificó la relación de comisiones de servicio que desempeñó el señor Luis Hermes Ninco desde el 22 de mayo de 2016, en la cual figura el destino, el periodo, la suma de dinero que le fue reconocida y el acto administrativo que la ordenó<sup>40</sup>.

Pues bien, una vez que se ha examinado el material probatorio que obra en el expediente es dable concluir que el señor Luis Hermes Ninco Aguirre fue incorporado en el cargo de Agente, sin solución de continuidad, a la Unidad Nacional de Protección luego de la supresión que se realizó en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, cargo del cual se requiere disponibilidad permanente en razón a la naturaleza del empleo, dado que son funciones que se realizan en jornadas diurnas, nocturnas, dominicales y/o festivos.

Bajo ese contexto como el recurrente se encuentra inconforme, con la sentencia proferida por el *a-quo*, por cuanto no se tuvo en cuenta la relación de las comisiones de servicio que prestó el señor Luis Hermes Ninco Aguirre durante el tiempo en que ha estado vinculado en la Unidad Nacional de Protección, esto es, desde el 1º de enero de 2012, la Sala, examinará la naturaleza de la comisión de servicios y de los viáticos, luego lo confrontará con el régimen especial que rigen a los que fueron incorporados a dicho ente y, finalmente, establecerá si el recurrente tiene razón en su planteamiento.

En tal sentido, se tiene que el Legislador estableció y reguló distintas circunstancias o situaciones en las que pueden encontrarse incursos los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, que tienen la virtud de afectar la relación laboral con el Estado, estas fueron denominadas situaciones administrativas<sup>41</sup>.

Dentro de las denominadas situaciones administrativas fue incluida la comisión, la cual fue definida por el artículo 75 del Decreto 1950 de 1973,<sup>42</sup> como la orden impartida al servidor público por la autoridad competente para *“ejercer temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular.”* Da anterior definición se desprenden diversos tipos de comisiones, los cuales son enunciados de la siguiente manera: (i) comisión de servicio; (ii) comisión de estudio; (iii) comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento; y, (iv) comisión para atender invitaciones.

En el presente caso, dado el tema en estudio, solo nos referiremos a la comisión de servicios, la cual se encontraba definida en el literal a) del artículo 76 y regulada por los artículos 79 a 81 del Decreto 1950 de 1973, modificado por el Decreto 1042 de 1978 -*derogado por el Decreto 1083 de 2015*<sup>43</sup> - cuyo tenor literal dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO 76.- Las comisiones pueden ser:*

a. De servicio, para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación, que interesen a la administración o que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.

(...)

#### A- COMISIÓN DE SERVICIO

Artículo 79.- Hace parte de los deberes de todo empleado la comisión de servicios y no constituye forma de provisión de empleos, puede dar lugar al pago de viáticos y gastos de transporte conforme a las disposiciones legales sobre la materia y las instrucciones de gobierno, y el comisionado tiene derecho a su remuneración en pesos colombianos, así la comisión sea fuera del territorio nacional.

Artículo 80.- en el acto administrativo que confiera la comisión deberá expresarse su duración que podrá ser hasta por treinta (30) días, prorrogables por razones de servicio y por una sola vez hasta por treinta (30) días más, salvo para aquellos empleos que tengan funciones específicas de inspección y vigilancia. Prohíbese toda comisión de servicio de carácter permanente.

Artículo 81.- dentro de los ocho (8) días siguientes al del vencimiento de toda comisión de servicios deberá rendir informe sobre su cumplimiento. (...)" (Lo subrayado es de la Sala)"

De la lectura de las normas transcritas, la Sala resalta los siguientes aspectos relevantes respecto de la comisión de servicios: (i) es una orden, que para el servidor público comisionado constituye parte integral de los deberes del cargo que desempeña, es decir, que la comisión de servicios resulta ser de obligatorio cumplimiento; (ii) tiene como finalidad: el cumplimiento de las funciones propias del cargo del funcionario comisionado, en un lugar distinto al de la sede en la que habitualmente las ejerce; cumplir misiones especiales encomendadas por un superior; asistir a reuniones, conferencia o seminarios; o realizar visitas de observación que interesen a la entidad a la cual se encuentra adscrito y que tenga relación con labor que desempeña; (iii) debe ser conferida por el superior del funcionario comisionado; (iv) la comisión de servicios debe ser conferida mediante acto administrativo debidamente motivado, en el cual se debe expresar los aspectos relevantes para su ejecución, tales como el lugar en el cual debe ser realizada, su duración y las razones del servicio; y, (v) puede generar el pago de viáticos y gastos de transporte, circunstancia que no afecta la remuneración ordinaria devengada por el funcionario comisionado.

Sobre el particular es pertinente señalar que los viáticos<sup>44</sup> representan una de las consecuencias jurídicas de la ejecución de comisiones de servicio, pues, el servidor público comisionado podrá recibir una suma dineraria por dicho concepto. Esta Corporación en varias oportunidades<sup>45</sup> se ha referido a la figura de los viáticos en los siguientes términos:

"(...) En nuestro ordenamiento jurídico el viático es considerado como un estipendio, un factor salarial, que tiene por finalidad cubrir los gastos de manutención, alojamiento y transporte en que incurre el servidor público por el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, sin sufrir por ello mengua en su patrimonio. Así los viáticos tienden a compensar los gastos que causa a un empleado o trabajador el desplazamiento temporal del lugar donde trabaja para ir a otro sitio donde tiene que soportar costos adicionales de alojamiento y alimentación principalmente. (...)"

Es necesario destacar en este punto, que los viáticos constituyen factor salarial, conforme lo previsto en el artículo 42 literal h) del citado Decreto 1042 de 1978. Al respecto, mediante sentencia C - 221 de 1992<sup>46</sup> la Corte Constitucional señaló que los viáticos constituyen parte del salario solo, si son percibidos de manera habitual y periódica, de lo contrario no serán tenidos en cuenta para tal efecto.

Resalta en este punto la Sala, que los viáticos solo se generan con ocasión de la efectiva ejecución de una comisión de servicios, es decir, que la sola orden mediante acto administrativo no genera el derecho al pago, este se genera mediante el cumplimiento de la comisión, acto que debe estar debidamente sustentado mediante un informe rendido por el funcionario comisionado. Dicho pago, al ser considerado como factor salarial en caso de ser una prestación habitual y periódica, adquiere especial relevancia para las entidades públicas, especialmente en el aspecto financiero, dado que el pago de viáticos de manera habitual y periódica puede incidir en la liquidación de las prestaciones sociales del servidor comisionado.

Ahora bien, tal y como se expuso previamente, en virtud de la remisión del artículo 24 del señalado Decreto Ley 4065 de 2011<sup>47</sup>, la normativa que regulaba la jornada laboral a los servidores públicos de la Unidad Nacional de Protección (UNP) que venían del suprimido Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), eran las contenidas en el Decreto Ley 1932 de 1989<sup>48</sup>, las cuales «por razones del servicio» autorizan el establecimiento de una jornada laboral de hasta 72 horas semanales y, de conformidad con el artículo 12 *ibídem*, prohíben el reconocimiento de horas extras.

Aunado a lo anterior, por medio de la Resolución 134 de 13 de abril de 2012 el Director General de la Unidad Nacional de Protección al establecer el horario de trabajo de la planta de personal, resolvió lo siguiente:

"(...) ARTÍCULO PRIMERO. HORARIO DE TRABAJO. El horario de trabajo en la Unidad Nacional de Protección es de lunes a viernes 7:30 A.M. a 5:00 P. M. en jornada continua. El sábado se considera como día no hábil.

Parágrafo primero: Los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia, o de seguridad, podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana excedan un límite de sesenta y seis (66) horas.

*Sin embargo, por especiales razones del servicio, el Jefe de la Unidad podrá disponer jornadas de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana exceda el límite de 72 horas.*

*Parágrafo segundo: Dado el carácter de organismo nacional de Seguridad de la unidad y su misión institucional, algunos funcionarios deberán prestar sus servicios en horas diurnas y nocturnas, o en días dominicales y festivos, para lo cual procederá la compensación de tiempo de descanso del servicio prestado y no habrá lugar al reconocimiento y pago de horas extras o pago de dominicales o festivos.*

(...)”.

De lo anteriormente expuesto se concluye que a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que fueron incorporados a la Unidad Nacional de Protección se les debe conservar los beneficios salariales y prestaciones que venían percibiendo, es decir, los relacionados en el artículo 13 del Decreto 1932 de 1989<sup>49</sup> y dado que las horas extras no le son reconocidas para los empleados que realizan funciones que implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad, pues así lo establece el artículo 12 *ibídem*, no es dable reconocer este emolumento.

Dicho de otra manera, como el señor Luis Hermes Ninco Aguirre fue incorporado luego de la supresión del Departamento Nacional de Seguridad tenía derecho a una serie de prebendas en las cuales no está las horas extras, en razón a que el trabajo suplementario que excediera de las 72 horas se reconocía con compensatorios.

Bajo ese contexto tiene razón el demandante, de acuerdo con las certificaciones que obran en el expediente, que desde que llegó a la Unidad Nacional de Protección fue comisionado para desempeñar sus funciones en diferentes ciudades, lo cual, a su parecer, trae consigo el reconocimiento de horas extras; sin embargo no se puede desconocer que la comisión de servicios no trae consigo el reconocimiento de horas extras por dos razones en particular: la primera, porque es posible que durante la misma solo haya cumplido con su horario de trabajo; y la segunda, quizás la más importante, es que por disposición legal no es dable el reconocimiento de este factor a quienes venían del Departamento Nacional de Seguridad en razón a que, se insiste, gozaban de otros beneficios y no es posible aplicar las normas generales, tal es el caso del Decreto 1042 de 1978.

Pero si en gracia de discusión no se admitiera el anterior argumento, observa la Sala que, si bien es cierto existe una serie de certificaciones que fueron suscritas por la Subdirectora de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección en la cuales se evidencia la relación de comisiones del servicio que ha desempeñado el señor Luis Hermes Ninco Aguirre y que, entre otras, contiene el reconocimiento de un valor de dinero que entiende la Sala es por concepto de viáticos; también lo es, que las mismas no acreditan el número de horas que presuntamente trabajó en tiempo extra, por lo mismo no es la prueba idónea para demostrar esta particularidad.

Es decir, en virtud del principio de favorabilidad y sin desconocer el de inescindibilidad, sería dable reconocer las horas extras siempre y cuando el demandante acredite, de un lado, que estuvo desempeñando tiempo extra; y de otro, que la sumatoria de este emolumento es superior a la serie de beneficios que le son reconocidos en virtud del Decreto 1932 de 1989<sup>50</sup>, pues se debe probar que con esta normativa fueron desmejoradas sus condiciones laborales.

Así pues, debido a que se encuentra acreditado que a los empleados que venían del Departamento Administrativo de Seguridad y que fueron incorporados a la Unidad Nacional de Protección no se les debe reconocer horas extras por no encontrarse este factor dentro del régimen señalado en el Decreto 1932 de 1989<sup>51</sup>, aplicable por remisión normativa por el Decreto Ley 4065 de 2011<sup>52</sup>, la Sala, confirmará la sentencia del *a-quo* que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia

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

### III. FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 3 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Luis Hermes Ninco Aguirre en contra de la Unidad Nacional de Protección, pero por las razones expuestas en esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA ARCHÍVESE EL EXPEDIENTE.

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

(firmado electrónicamente)

CARMELO PERDOMO CUÉTER

(firmado electrónicamente)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

(firmado electrónicamente)

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Informe visible a folio 250.
2. Demanda visible a folios 1 a 11 del expediente.
3. El abogado Fernando Álvarez Echeverri.
4. “(...)

*Parágrafo. Por la naturaleza del servicio que prestan los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, en horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo prevista en este artículo o en días dominicales y festivos, no tendrán derecho al reconocimiento y pago de horas extras. Únicamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, en la forma prevista por el artículo 68 del Decreto 512 de 1989.*

“...”. (Lo resaltado en negrilla y subrayado es de la Sala).

5. Visible a folios 51 a 83 del expediente.

6. “(...) Artículo 7°. Régimen de personal. El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.

*Para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que se establezcan para los fines de la incorporación, la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.*

*Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales.*

*Los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que ostenten derechos de carrera administrativa que sean incorporados en las entidades que asuman las funciones de que trata el presente decreto, conservarán sus derechos y se actualizará su inscripción en el correspondiente registro por parte de la autoridad competente. A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora.*

*La incorporación de los servidores con derecho de carrera administrativa se hará teniendo como referencia el empleo en el cual ostentan tales derechos.*

*Parágrafo 1°. Para la actualización en el registro de carrera de los servidores que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación, el DAS enviará la certificación que emita la Comisión Nacional del Servicio Civil que acredite la condición de empleados con derechos de carrera.*

*Parágrafo 2°. A los empleados que sean incorporados en la Fiscalía General de la Nación o en las demás entidades receptoras, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión deberá reconocer y pagar los beneficios salariales y prestacionales causados o su proporcionalidad a la fecha de incorporación.*

*Los servidores públicos que se encuentren en periodo de prueba a la fecha de publicación del presente decreto permanecerán en la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS); una vez se produzca la evaluación satisfactoria de dicho período serán incorporados a los empleos que se hayan creado para el efecto en las entidades receptoras.*

*Hasta tanto se produzca dicha calificación serán comisionados a prestar sus servicios en las entidades receptoras.*

*Para los efectos del acto legislativo 04 del 7 de julio de 2011, entiéndase que la fecha de ingreso de los empleados provisionales que sean incorporados en las entidades receptoras de funciones, será la de su vinculación en esta condición en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).*

(...)”.

7. Visible a folios 196 a 210 del expediente.

8. Ibídem.

9. Visible a folios 745 a 757 del expediente.

10. “(...) ARTÍCULO 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 involucrado 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.*

(...)”.

11. Sobre el particular se puede consultar a Steffen Lehndorff, Gerhard Bosch en «[LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO Y EL EMPLEO](#)». Papeles de Economía Española, ISSN 0210-9107, N° 72, 1997, págs. 342-365; y, a Juan de Dios Giraldo Suárez, «[JORNADA DE TRABAJO](#)», Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Rioja. ISSN 0120-3886, N°. 41-43, 1967, págs. 56-77.

12. Juan Martínez Moya. (Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Letrado del Consejo General del Poder Judicial). «[EL TIEMPO DE TRABAJO: UNA VISIÓN JURISPRUDENCIAL](#)». Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales de España. En: [http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/38/est03.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/38/est03.pdf)

13. <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/374.pdf/1ebc4dec-9170-4e24-9188-fa0d475b206e>

14. Sentencias C-024 de 1998 con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara, y T-157 de 2014, con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa.

15. Younes Moreno, DIEGO. «[DERECHO ADMINISTRATIVO LABORAL](#)». Editorial Temis. Bogotá D.C.

16. [[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_618490.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_618490.pdf)] Tiempo de trabajo decente en un mundo laboral en transformación, en pág. 2 en *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, 2018.

17. En aplicación del artículo 76 de la Constitución Nacional de 1886, hoy 150 de la Constitución Política de 1991.

18. Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar escalas de remuneración, revisar sistemas de clasificación y nomenclatura de empleos, y dictar otras disposiciones en materia de administración de personal.

19. Por el cual, entre otras, «se establece el sistema de nomenclatura y clasificación» de los empleos pertenecientes a las plantas de personal

de las entidades del orden nacional, y, «se fijan las escalas de remuneración de dichos empleos».

20. Por el cual, entre otras, «se establece el sistema de nomenclatura y clasificación» de los empleos pertenecientes a las plantas de personal de las entidades del orden nacional, y, «se fijan las escalas de remuneración de dichos empleos».

21. Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional

22. Por el cual se organiza el Departamento Administrativo de Seguridad.

23. Artículo 2º del Decreto 643 de 2004 «Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad y se dictan otras disposiciones.»

24. Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones.

25. Ibídem.

26. Artículo 26 del Decreto 4057 de 2011.

27. Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones.

28. Por el cual se crea la Unidad Nacional de Protección (UNP), se establecen su objetivo y estructura.

29. Ibídem.

30. Por el cual se establece el sistema de clasificación y nomenclatura de los empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, se fija la escala de remuneración y se dictan otras disposiciones.

31. Por el cual se crea la Unidad Nacional de Protección (UNP), se establecen su objetivo y estructura.

32. Por el cual se establece el sistema de clasificación y nomenclatura de los empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, se fija la escala de remuneración y se dictan otras disposiciones.

33. Ib.

34. Por el cual se crea la Unidad Nacional de Protección (UNP), se establecen su objetivo y estructura.

35. Por el cual se establece el sistema de clasificación y nomenclatura de los empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, se fija la escala de remuneración y se dictan otras disposiciones.

36. Visible a folios 16 a 19 del expediente.

37. Visible a folios 13 y 14 del expediente.

38. Visible a folio 23 del expediente.

39. Visible a folio 148 del expediente.

40. Visible a folios 127 a 133 del expediente.

41. Las situaciones administrativas fueron enunciadas mediante el Decreto 2400 de 1968 *-por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones-*, proferido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso por medio de la Ley 65 de 1967 y reguladas mediante el Decreto Reglamentario 1950 de 1973 *-por el cual se reglamentan los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil-* el cual a su vez fue modificado por el Decreto 1042 de 1978 *-por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencia especiales del orden nacional, se fijan escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones-* derogados por el Decreto 1083 de 2015 *-por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*. Las situaciones administrativas son: a) En servicio activo. b) En licencia. c) En permiso. d) En comisión. e) Ejerciendo las funciones de otro empleo por encargo. f) Prestando servicio militar. g) En vacaciones. h) Suspendido en ejercicio de sus funciones.

42. Derogado por el Decreto 1083 de 2015 *-por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública-*.

43. *"(...) ARTÍCULO 2.2.5.10.21 Comisión de servicio. Hace parte de los deberes de todo empleado la comisión de servicios y no constituye forma de provisión de empleos. Puede dar lugar al pago de viáticos y gastos de transporte conforme a las disposiciones legales sobre la materia y las instrucciones de gobierno, y el comisionado tiene derecho a su remuneración en pesos colombianos, así la comisión sea fuera del territorio nacional.*

*ARTÍCULO 2.2.5.10.22 Duración de la comisión de servicios. En el acto administrativo que confiera la comisión deberá expresarse su duración que podrá ser hasta por treinta (30) días, prorrogables por razones de servicio y por una sola vez hasta por treinta (30) días más. No estará sujeta al término antes señalado la comisión de servicios que se otorgue para cumplir funciones de inspección o vigilancia y las que por su naturaleza exijan necesariamente una duración mayor, a juicio del nominador. Queda prohibida toda comisión de servicio de carácter permanente.*

*(...)"*.

44. Este factor salarial se encuentra definido por el artículo 61 del Decreto 1042 de 1978, cuyo texto dispone lo siguiente:

*"(...) Artículo 61. 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. (...)"*

45. Sentencia de 19 de abril de 2007, Radicación No. 25000-23-25-000-1998-02115-01(3549-04), Actor: Julio Álvarez, M.P. Jesús María Lemus Bustamante. Sentencia de 3 de mayo de 2012, Radicación No. 050012331000200405597 01 (2373-2011). Actor Casta Marlene Soto Pérez. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

46. Corte Constitucional, Sentencia de 29 de mayo de 1992. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

47. Por el cual se crea la Unidad Nacional de Protección (UNP), se establecen su objetivo y estructura.

48. Por el cual se establece el sistema de clasificación y nomenclatura de los empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, se fija la escala de remuneración y se dictan otras disposiciones.

49. “(...) Artículo 13. Factores de salud. Además de la asignación básica mensual fijada en este Decreto para los diferentes cargos constituyen salario las sumas que por los siguientes factores recibe el empleado como retribución por sus servicios:

a) Los Incrementos por antigüedad de que trata el artículo 8º del Decreto-ley 10 de 1989;

b) La bonificación por servicios prestados;

c) La prima de servicio;

d) El auxilio de transporte;

e) El auxilio de alimentación;

f) Los viáticos;

g) Los gastos de representación.

(...)”.

50. Por el cual se establece el sistema de clasificación y nomenclatura de los empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, se fija la escala de remuneración y se dictan otras disposiciones

51. Ídem.

52. Por el cual se crea la Unidad Nacional de Protección (UNP), se establecen su objetivo y estructura.

---

Fecha y hora de creación: 2024-10-08 20:06:25