

RÉGIMEN LABORAL Y PRESTACIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN / JORNADA DE TRABAJO / JORNADA ESPECIAL DE TRABAJO DE AGENTE PROTECCIÓN DE LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN

El Decreto 4065 de 2011 por medio del cual se creó la Unidad Nacional de Protección, consagra en su artículo 20 que: «A los empleados de la Unidad se les aplicará el régimen general de carrera administrativa, de clasificación y de administración de personal.»; se entendería que los aspectos relacionados con la jornada laboral del demandante, equivaldrían a los presupuestos del Decreto 1042 de 1978, norma que en su artículo 33 fijó la creación de dos jornadas a saber: ordinaria y especial de 44 y 66 horas semanales respectivamente, y que a su vez permitió la regulación de los horarios con base en tales límites por parte de las entidades empleadoras. Lo anterior, tal como acaeció en el asunto de marras a través de las Resoluciones 0134 de 2012, 0092 de 2014, 0351 de 2014, 0362 de 2016 y posteriores, todas con una regulación específica al caso de los empleados de la entidad demandada, pero que en punto a las jornadas de trabajo se ajustan perfectamente al marco general del mentado decreto lo que las hace plenamente aplicables al caso concreto en ese aspecto puntual. Bajo este entendido, se observa que la jornada especial de 66 horas semanales indicada tanto en la reglamentación interna de la UNP como en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, es efectivamente el lapso para el desempeño de funciones que regía la situación particular del señor Rodríguez Dorado y no el de 44 horas como éste lo sostuvo en su demanda. Ello se justifica en la medida en que su cargo como agente de protección detenta unas características especiales que lo diferencian de la generalidad de empleados con funciones principalmente administrativas, de manera que habilitan la concepción de una jornada especial como la estructurada por las normas en comento.

FUENTE FORMAL : DECRETO 1042 DE 1978 – ARTÍCULO 33 / DECRETO 660 DE 2002 – ARTÍCULO 12

RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS- Requisitos / RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS DE AGENTE DE PROTECCIÓN DE LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN - Imprudencia / HORAS EXTRAS- Carga de la prueba

Uno de los elementos necesarios para configurar el derecho al pago de horas extras y demás recargos, es que la entidad empleadora autorice, fije y determine expresamente a través de acto administrativo motivado, cuál será el tiempo de trabajo suplementario que deberá desempeñar determinado funcionario de manera específica y concreta o se demuestre materialmente el cumplimiento de las horas extras. (...)la parte demandante no comprobó el cumplimiento efectivo de trabajo suplementario en desarrollo de las comisiones de servicio que le fueron asignadas desde el año 2012 en adelante, y tampoco las condiciones exigidas para tener como factor salarial el pago de los viáticos devengados en razón de tales situaciones administrativas; por ende no satisfizo la carga probatoria a su cargo de la cual era titular exclusivo, en la medida en que la jornada extraordinaria no autorizada por la entidad demandada, se asumió en el litigio como una supuesta realidad que superaba la formalidad de esa manifestación expresa de la autoridad. Por lo tanto solo el libelista se encontraba en la capacidad de demostrar lo propio, situación que al no ser evidenciada en el proceso, implica necesariamente la denegación de sus pretensiones.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00771-01(5070-18)

Actor: EMILSON MANUEL RODRÍGUEZ DORADO

Demandado: UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN (UNP)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Temas: Reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos. Viáticos como factor salarial para liquidar prestaciones. Agente de protección de la UNP

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-017-2021

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 5 de julio de 2018 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Emilson Manuel Rodríguez Dorado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011¹, formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (folios 3 a 4)

1. Declarar la nulidad de los Oficios OFI 15-0002453 del 14 de septiembre de 2015² y OFI 15-00027614 del 30 de septiembre de la citada anualidad, dictados por la Subdirección de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección, por medio de los cuales se negó la petición del señor Emilson Manuel Rodríguez Dorado, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de horas extras, recargos

¹ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.

² Sic: Se resalta que conforme al material probatorio obrante en el plenario, los actos administrativos por medio de los cuales se dio respuesta a la petición del demandante fueron OFI 15-00026678 del 23 de septiembre de 2015 y OFI 15-00027614 del 30 de septiembre de 2015.

nocturnos, dominicales y festivos, así como la consecuente reliquidación de las prestaciones sociales percibidas con base en estos conceptos además de los viáticos que ha devengado durante su vínculo con la entidad.

2. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada reconocer los pagos por viáticos como factor salarial, y por consiguiente reliquidar las prestaciones sociales periódicas y definitivas que ha percibido, así como los aportes al SGSS con fundamento en dicho concepto.

3. Condenar a la Unidad Nacional de Protección al reconocimiento y pago de las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos generados desde su vinculación con la entidad el 1.º de enero de 2012 en adelante, y que por esta condena se imponga al mismo tiempo la reliquidación de las prestaciones devengadas con inclusión de tales factores, así como de los viáticos.

4. Que las sumas adeudadas sean reconocidas con la correspondiente indexación al momento de pago y que se ordene el cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA, en adición a la respectiva condena en costas a cargo de la demandada.

Supuestos fácticos relevantes indicados en la demanda (folios 1 a 3)

1. El señor Emilson Manuel Rodríguez Dorado detenta un vínculo legal y reglamentario con la Unidad Nacional de Protección desde el 1.º de enero de 2012 cuando fue nombrado como agente escolta del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Actualmente se desempeña como agente de protección, código 4071, grado 16 de la Subdirección de Protección de la entidad demandada en Medellín, y devengaba una asignación mensual básica de \$1.589.894 para el año 2015.

2. El demandante en ejercicio de su cargo no podía dejar desprotegidos a sus defendidos, razón por la cual laboró tiempo adicional al previsto para la jornada ordinaria de 44 horas semanales, así como dominicales y festivos, los cuales no han sido compensados con días de descanso. Igualmente para sus desplazamientos a otras ciudades en cumplimiento de su función, a éste le eran realizados ciertos pagos por concepto de viáticos destinados para su manutención.

3. El libelista radicó petición ante la Unidad Nacional de Protección, con la cual solicitó el reconocimiento y pago de horas extras, dominicales, festivos y recargo nocturno desde el 1.º de enero de 2012 hasta que se realice el respectivo abono de tales conceptos. Del mismo modo deprecó la reliquidación de sus prestaciones y aportes al SGSS con base en los referidos factores, así como con la inclusión de las sumas efectivamente devengadas como viáticos.

4. La entidad demandada a través de los Oficios OFI 15-00026678 del 23 de septiembre de 2015 y OFI 15-00027614 del 30 de septiembre de 2015, dio respuesta negativa a la petición aludida, bajo el entendido de que por la naturaleza del servicio que prestan los funcionarios de la UNP, éstos no tienen derecho al reconocimiento de los factores indicados por el demandante de conformidad con lo consagrado en el artículo 12 del Decreto 1932 de 1989, sino a un día compensatorio de descanso por cada 8 horas que excedan la jornada laboral.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»³, porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por las partes se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Fecha de la audiencia inicial: 24 de noviembre de 2016.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones:

«**3.1. La NACIÓN – UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN**, dentro del escrito de contestación de la demanda, formuló varios temas que consideró, constituían excepciones:

- ✓ **EXISTENCIA DEL VÍNCULO LEGAL Y REGLAMENTARIO**
- ✓ **INDEBIDA FORMULACIÓN DE LA PRETENSIÓN**
- ✓ **INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN**
- ✓ **COBRO DE LO NO DEBIDO – PAGO – FALTA DE CAUSA PARA PEDIR PRESCRIPCIÓN**
- ✓ **ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA E INJUSTIFICADO DEL ACTOR**
- ✓ **BUENA FE Y LEGALIDAD DE LA RESPUESTA CAUSADA**
- ✓ **IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS**
- ✓ **GENÉRICA**

Respecto de la excepción de **prescripción**, debe indicar el Despacho que no es esta la oportunidad procesal para resolverla, en punto a que las razones en la que fue motivada, apuntan a la prescripción de los pagos a partir de los tres años anteriores a la radicación de la solicitud de reconocimiento que elevara el actor, de modo que, deba ser objeto de pronunciamiento cuando se profiera la sentencia de instancia.

En relación con los demás temas, advierte el Tribunal que son de fondo y se resolverán en la sentencia, a la par de no haberse encontrado probada alguna que deba ser declarada de oficio» (folio 252 vuelto y cd visible a folio 225).

Se notificó la decisión en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

³ Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).

«El **problema jurídico principal** que deberá resolver el Tribunal en el momento de emitir sentencia de fondo, se relaciona con la declaratoria de nulidad del Oficio (sic) No. OFI 15-00025453 del 14 de septiembre de 2015 y OFI 15-00027614, proferidos por el Subdirector de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección, a los cuales se les dio alcance en la comunicación OFI 15-0037954 del 11 de diciembre de 2015, por medio de los cuales se negó la solicitud de pago de unas horas extras y recargos por trabajo en tiempo nocturno, dominicales y festivos, así como la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas y de los aportes a la seguridad social, teniendo en cuenta los valores pagados y los viáticos que le fueron cancelados.

Finalmente, se deberá establecer si es procedente ordenar el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y festivos y el porcentaje por trabajo nocturno, laboradas desde el 01 de enero de 2012, hasta que efectivamente se empiecen a pagar en forma permanente; y la reliquidación y pago del salario y las prestaciones sociales periódicas causadas, tales como primas de navidad, bonificaciones por servicios prestados, primas de vacaciones, primas de servicios, primas de antigüedad, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y el reajuste de los aportes a la seguridad social.

Como **hechos admitidos**, todos aquellos relacionados con la actuación administrativa que, en este caso versó, sobre la negativa de la entidad en cuanto al reconocimiento y pago de las horas extras y recargos por trabajo nocturno, dominical y festivo, invocado por el actor, además de la reliquidación de las prestaciones sociales definitivas, teniendo como factor salarial, los viáticos que le fueron cancelados.

De igual modo, se tendrán como **hechos discutidos**, cuya prueba queda a cargo de la parte demandante, todos aquellos relacionados con las causales de nulidad alegada en relación con el acto administrativo demandado» (Negrilla del texto original) (folios 252 vuelto a 253 y cd obrante a folio 225).

SENTENCIA APELADA (folios 351 a 358 vuelto)

El *a quo* profirió sentencia escrita el 5 de julio de 2018, por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

El Tribunal de primera instancia recalcó que de conformidad con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, se puede inferir que existen dos jornadas ordinarias previstas por el legislador para los servidores públicos, una de 44 horas para todas las actividades que no se enmarquen dentro del concepto de intermitentes, discontinuas o de simple vigilancia, pues para éstas se fijó una jornada de 66 horas, por consiguiente cuando el empleado público laborara tiempo adicional, tenía derecho a que se le reconociera tiempo suplementario de conformidad con los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 *ibidem*.

Seguidamente advirtió que el Consejo de Estado⁴ ha considerado que, en tratándose de labores que implicaban una disponibilidad permanente era razonable que dicho personal no estuviese sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una especial, la cual era regulada por el jefe del respectivo

⁴ Para tal fin citó apartes de la sentencia del 17 noviembre de 2016. Radicado: 25000232500020110011101.

organismo, mediante la expedición de un acto administrativo que determinara la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción.

Analizó las pruebas aportadas al plenario y concluyó que estaba demostrado que al demandante se le canceló el salario correspondiente al cargo desempeñado, desde enero de 2012 hasta mayo de 2016 dentro del cual se incluyó la bonificación por compensación en los términos del artículo 7.º del Decreto 4057 de 2011, aunado a ello, que estuvo en comisiones de servicio entre enero de 2012 hasta abril de 2016. Agregó que el dictamen pericial decretado dentro del proceso, se concluyó que dentro de los pagos de nómina realizados al libelista entre el 1.º de enero de 2012 y el 29 de marzo de 2016, no se incluyeron los correspondientes a horas extras, recargos por trabajo nocturno, dominicales y festivos, y que tampoco existía documento alguno que diera cuenta de si dichos factores se pagaron con compensación.

En virtud de lo anterior, expuso que no reposaban medios de convicción que dieran cuenta de que el demandante laboró horas extras a la jornada ordinaria desde su ingreso a la Unidad Nacional de Protección, deficiencia que intentó cubrirse con el exhorto a la entidad demandada a fin de que certificara los turnos laborados por el libelista, a lo cual hizo constar que aquél no laboraba por turnos, circunstancia que permitía advertir la existencia de una jornada laboral particular y concreta, cuya prueba era indispensable para sacar adelante las súplicas de la demanda, lo cual no ocurrió en el *sub lite*.

En relación con el reconocimiento de los viáticos como factor salarial, precisó que conforme a la normativa aplicable a la UNP, éstos no detentaban dicha naturaleza salvo cuando se percibían de manera permanente, esto es, al superar los 180 días al año; exigencia que tampoco se cumplía toda vez que conforme a la certificación aportada, las comisiones concedidas al demandante entre los años 2012 a 2016, no alcanzaron dicho término.

Finalmente condenó en costas al libelista y a favor de la entidad demandada.

RECURSO DE APELACIÓN (folios 362 a 368)

La parte demandante formuló recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente y solicitó que ésta sea revocada, para lo cual adujo que contrario a lo afirmado por el *a quo*, sí existe prueba suficiente que permite inferir que desde su ingreso a la institución le han sido asignadas sendas órdenes de trabajo y comisiones de servicio en las que ha laborado tiempo extra suplementario, incluso en días dominicales y festivos; recargos cuyo pago la demandada no ha demostrado, tal como se desprende de las certificaciones aportadas por la propia UNP de fechas 11 de septiembre de 2015 y la otra sin fecha, visibles de folios 283 a 286.

Manifestó que en cumplimiento de sus funciones en lugares diferentes a los de su sede habitual de trabajo con motivo de las comisiones referidas, éste debía estar en disponibilidad permanente a favor de la entidad demandada, dado que su objetivo principal es la prestación del servicio de protección tendiente a salvaguardar la vida de sus protegidos.

Aseguró que la UNP no acreditó haber cancelado al demandante desde el 1.º de enero de 2012 hasta la presente fecha, algún rubro correspondiente al trabajo nocturno, dominicales o festivos, menos por horas extras o días compensatorios, prueba de ello eran las certificaciones allegadas por la demandada, los

desprendibles de pago y el dictamen pericial practicado, en este último se aludía de manera tajante dicha situación.

De otra parte sostuvo que la entidad demandada no podía sustraerse de la obligación de pago de los conceptos deprecados, toda vez que el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 es claro y preciso al consagrar el día compensatorio más el doble del valor de un día de trabajo, sin que se admita la compensación de la suma dineraria por el descanso. Además de lo anterior, quedó demostrado e incluso aseverado por la propia UNP, que ésta nunca le canceló los valores correspondientes a las horas extras, dominicales y festivos y recargos nocturnos.

Señaló igualmente que si bien en las certificaciones en las que se hizo mención a las comisiones de servicios que le fueron otorgadas, no se indicaron las horas de inicio y finalización de la jornada, éstas podrían asumirse bajo el entendido de que se trataba de trabajo extra o suplementario que comenzaba a las 0:00 horas del día siguiente al de la aludida comisión, hasta las 24:00 horas del día anterior a que ésta finalizara; ello debido a su disponibilidad permanente para salvaguardar a su protegido.

En conclusión, esgrimió que no era posible sustentar la negativa de las pretensiones bajo el argumento de la falta de pruebas respecto de las jornadas laborales superiores a las permitidas por la Ley, y mucho menos que éstas tuviesen que haber sido autorizadas por la entidad, pues si el *a quo* hubiera realizado un análisis probatorio adecuado de los medios obrantes en el plenario, habría estimado que los factores reclamados eran procedentes, habida cuenta de que desde su ingreso a la UNP le han sido asignadas órdenes de trabajo y comisiones de servicio en las que necesariamente ha tenido que laborar tiempo extra al inicialmente previsto para su cargo, situación que de no advertirse, generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandada al pagar un salario inferior al que le correspondía.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante (folios 386 a 397): reprodujo en su totalidad los argumentos del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y por lo tanto solicitó nuevamente que ésta sea revocada; sin embargo, añadió que a pesar de que la UNP posea una regulación específica sobre la jornada laboral de sus empleados, ésta no puede oponerse a los preceptos superiores del Decreto 1042 de 1978, de suerte que aquel régimen debe inaplicarse con base en el artículo 148 del CPACA, en tanto vulnera el artículo 53 constitucional.

Aseguró que este tipo de casos han sido analizados por el Consejo de Estado, específicamente en el caso de los bomberos, ello en sentencia de unificación del 12 de febrero de 2015, cuando se consideró la procedencia de aplicar el régimen general de la jornada laboral de los empleados públicos al margen de la normativa específica de cada entidad.

Parte demandada (folios 404 a 405): su tesis estuvo encaminada a señalar que el demandante no era beneficiario de la prima de riesgo que solicitaba en el presente proceso.

El **Ministerio Público** guardó silencio en desarrollo de esta etapa procesal, según constancia secretarial visible a folio 406.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en la respectiva alzada.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Qué régimen normativo resultaba aplicable al caso del señor Emilson Manuel Rodríguez Dorado respecto de la determinación de su jornada laboral ordinaria como agente de protección de la UNP, ello con el fin de verificar la procedencia del reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos y dominicales y festivos?
2. ¿La parte demandante logró demostrar el cumplimiento efectivo de trabajo suplementario, es decir, por fuera de su jornada laboral, con recargo nocturno y en días dominicales y festivos desde el 1.º de enero de 2012 cuando se vinculó con la entidad demandada en el empleo de oficial de protección, código 3137, grado 11; al igual que las condiciones necesarias para tener como factor salarial el pago de los viáticos devengados por éste en sus comisiones de servicio, esto con efectos liquidatorios de sus prestaciones?

Primer problema jurídico

¿Qué régimen normativo resultaba aplicable al caso del señor Emilson Manuel Rodríguez Dorado respecto de la determinación de su jornada laboral ordinaria como agente de protección de la UNP, ello con el fin de verificar la procedencia del reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos y dominicales y festivos?

Al respecto la subsección sostendrá la tesis relativa a que al demandante le era aplicable el régimen especial diseñado para la Unidad Nacional de Protección en cuanto a la jornada laboral en horas semanales prevista para los empleados públicos de dicha entidad, tal como se explica a continuación:

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

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

«ARTÍCULO 33. De la jornada de trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas

funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.». (Subrayado de la Sala).

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

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

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

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

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

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

c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.

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

d) En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales.

e) Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

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

Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual.

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

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

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

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

b) Los auditores de impuestos.
[...]

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

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

a) Sus empleos deberán tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.

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

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

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

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

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

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

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

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

De conformidad con el anterior marco normativo, al verificar la situación de la Unidad Nacional de Protección en lo que respecta a la jornada laboral de sus empleados, se encuentra que con la expedición de la Resolución 0134 del 13 de abril de 2012 por parte del director general de la referida entidad (ver folios 288 a 289), se previó lo siguiente frente a dicho punto en el artículo 1.º:

«Artículo Primero. Horario de Trabajo: El horario de trabajo en la Unidad Nacional de Protección, es de lunes a viernes de 7:30 A.M. a 5:00 P.M., en jornada continua. El sábado se considera como día no hábil.

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

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

Parágrafo segundo. Dado el carácter de organismo nacional de seguridad de la Unidad y su misión institucional, algunos funcionarios deberán prestar sus servicios en horas diurnas y nocturnas, o en días dominicales y festivos, para lo cual procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado y no habrá lugar al reconocimiento y pago de horas extras o pago de dominicales o festivos.» (Líneas fuera de texto).

A su turno, la Resolución interna 092 del 5 de febrero de 2014 (folios 290 a 296 vuelto), derogó la precitada norma, sin embargo, en una reproducción casi literal de estos postulados precisó lo siguiente en el artículo 4.º:

«Artículo 4. Horario de trabajo para servidores públicos de la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN –UNP.

[...]

Parágrafo 1: Para los empleados cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de protección o de análisis de seguridad, tendrán disponibilidad permanente y se les podrá señalar una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana excedan un límite de sesenta y seis (66) horas.

Adicionalmente estos funcionarios por tener una disponibilidad permanente, se les podrá compensar el tiempo de servicio prestado en estas condiciones, según disposición de cada subdirección y disponibilidad de recursos humanos.

Parágrafo 2: Por la naturaleza del servicio que prestan los servidores públicos de la UNP, en horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo prevista en este artículo o en días dominicales y festivos, no tendrán derecho al reconocimiento y pago de extras, únicamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, en la forma que la subdirección de protección y la subdirección de evaluación de riesgo de la Unidad adopten, de acuerdo a lo dispuesto en el parágrafo anterior.» (Subrayado fuera de texto).

Esta formulación fue reiterada con escasos ajustes de redacción en las posteriores Resoluciones de la UNP, números 351 del 26 de junio de 2014 (folios 297 a 300) y 0362 del 1.º de junio de 2016 (folios 306 a 312 vuelto), las cuales en conjunto con los apartes transcritos anteriormente y bajo un contexto de vigencia, implican que desde el año 2012, fecha a partir de cuando el libelista solicita el reconocimiento y pago de horas extras y demás recargos por trabajo suplementario, la entidad demandada contaba con un marco de reglamentación sobre los tipos de jornadas para su planta de personal, sustentado (en un primer acercamiento), con los parámetros generales del Decreto 1042 de 1978.

Si se verifica con detenimiento la normativa en cita, se extrae que la UNP contempló bajo su competencia, que al margen del horario prefijado para sus funcionarios administrativos en clave de una jornada ordinaria de trabajo general de 44 horas semanales, acompañada con la indicada por el artículo 33 del decreto en mención, también existiría una jornada especial de 66 horas a la semana igualmente consagrada en la norma *ejusdem*, la cual aplicaría para los empleados que desempeñen (entre otras), específicamente funciones de vigilancia, seguridad y protección, propias de la misión legal y reglamentaria de la entidad.

En el *sub examine* se encuentra que efectivamente el señor Emilson Manuel Rodríguez Dorado se desempeña como oficial de protección, código 3137, grado 11, al servicio de la Unidad Nacional de Protección sin solución de continuidad desde el 1.º de enero de 2012 (por supresión del DAS donde se encontraba vinculado desde el 4 de febrero de 1994).

Lo cual de conformidad con el compendio fáctico de la demanda y de su contestación, permite inferir que sus funciones realmente se ajustan a sendas actividades de vigilancia y seguridad, o como la propia denominación del cargo lo señala, de protección, esto por cuanto la esencia de su empleo es la de custodiar la integridad y vida de los sujetos protegidos que le sean asignados, de modo que

el ejercicio del cargo igualmente dependerá de los movimientos y agenda de tales personas y no necesariamente de un horario fijo e irrestricto.

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

Lo anterior, tal como acaeció en el asunto de marras a través de las Resoluciones 0134 de 2012, 0092 de 2014, 0351 de 2014, 0362 de 2016 y posteriores, todas con una regulación específica al caso de los empleados de la entidad demandada, pero que en punto a las jornadas de trabajo se ajustan perfectamente al marco general del mentado decreto lo que las hace plenamente aplicables al caso concreto en ese aspecto puntual.

Bajo este entendido, se observa que la jornada especial de 66 horas semanales indicada tanto en la reglamentación interna de la UNP como en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, es efectivamente el lapso para el desempeño de funciones que regía la situación particular del señor Rodríguez Dorado y no el de 44 horas como éste lo sostuvo en su demanda.

Ello se justifica en la medida en que su cargo como agente de protección detenta unas características especiales que lo diferencian de la generalidad de empleados con funciones principalmente administrativas, de manera que habilitan la concepción de una jornada especial como la estructurada por las normas en comento.

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

Segundo problema jurídico

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

Frente a este cuestionamiento jurídico, la Subsección sostendrá como tesis que la parte activa no cumplió con la carga probatoria exigida para evidenciar en el proceso que laboró más allá de la jornada especial fijada para el desempeño de su cargo, y por lo tanto no le asiste derecho al pago de los conceptos salariales

depreciados ni a la reliquidación de sus prestaciones, esto según las siguientes consideraciones:

➤ **Sobre la jornada extraordinaria y demás recargos por trabajo suplementario**

Tal y como se enunció con anterioridad, la regulación específica en materia de factores salariales por desarrollo de actividades laborales que superan las jornadas ordinarias o especiales como la del demandante, está prevista en el Decreto 1042 de 1978, artículos 36, 37, 38 y 40; sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia del 11 de abril de 2019⁵, sintetizó estos postulados normativos en lo referente a las condiciones para la procedencia de tales pagos, al punto de conglobar dichos aspectos en la denominada jornada extraordinaria que se concibe de la siguiente forma:

«Jornada Extraordinaria. -

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

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

Para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos.

- Que el empleado pertenezca a los niveles técnico - asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente.
- Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita.
- Su remuneración se hará: con un recargo del 25% si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas.
- No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales.
- Las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras trabajadas.
- Si el empleado se encuentra en comisión de servicios, y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago.
- Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones».

Como se desprende de esta formulación jurisprudencial, en esencia son dos los criterios que deben tenerse en cuenta al analizar la existencia de una jornada suplementaria generadora del pago de horas extras y demás recargos, a saber: **i)**

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

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

No obstante lo anterior, en un caso donde se alega el cumplimiento fáctico y no autorizado de trabajo en horas extras, al igual que en jornada nocturna y en días dominicales y festivos, tal como asegura el libelista; se hace evidente que el acervo probatorio en el proceso, deberá demostrar lo propio con exactitud, esto es, sin supuestos ni inferencias carentes de respaldo material, pues en este escenario se daría prevalencia a la realidad sobre una formalidad como lo es la manifestación explícita de la administración para el desarrollo de tales actividades, la cual resulta ser relevante con motivo del control laboral y remunerativo que detentan las entidades en sus roles de empleadores, y que no puede estar al arbitrio de sus servidores.

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

Posteriormente en su recurso de apelación, el señor Rodríguez Dorado aclara que el trabajo suplementario indicado como sustento de sus pretensiones, tuvo lugar durante el desarrollo de las comisiones de servicio que en varias ocasiones le eran asignadas en razón de los desplazamientos que debía hacer su protegido.

De suerte que esta precisión permite inferir que la supuesta jornada extraordinaria de trabajo, no era permanente o prevista estructuralmente y por sí misma en atención al cargo ocupado, sino que era eventual e intermitente cuando así lo requería el ejercicio de sus funciones, tanto así que en su impugnación, sostuvo que ese hecho se demostraba plenamente con las certificaciones emitidas por la demandada, las cuales, según este, daban fe de dichas situaciones administrativas⁶.

Conforme a lo indicado, resulta necesario verificar el material probatorio en el *sub examine*, bajo el entendido de que el supuesto fáctico de la demanda que debe demostrarse, consiste en determinar si el demandante ejerció labores por fuera de su jornada especial de 66 horas semanales, pero no durante todo su vínculo con la entidad demandada, sino única y exclusivamente en el marco de las comisiones

⁶ En el memorial de apelación a folio 362 se lee lo siguiente: «**2.** Se respeta la decisión adoptada, más no se está de acuerdo (sic) con la misma porque, contrario a lo indicado por el H. Tribunal, existe prueba suficiente dentro del plenario que permite establecer que al demandante desde su ingreso a la Institución y hasta la fecha, le han sido asignadas órdenes de trabajo y comisiones de servicio en las que ha laborado tiempo extra suplementario y en días dominicales y festivos, los cuales la entidad demandada UNP, no ha probado por ningún medio haber pagado, omisión en el análisis probatorio por parte del despacho que resulta ser inexplicable. **3.** Lo indicado en precedencia se encuentra suficientemente probado a folios del 27 al 32 y del 283 a 286 del expediente, mediante las certificaciones de comisiones de servicio expedidas por la UNP, de fechas 11/09/2015 y la otra sin fecha respectivamente, en las que se especifica que el demandante entre los meses de enero de 2012 al 26 de noviembre del año 2017, cumplió con diversas comisiones de servicio, en las fechas y por el número de días asignados según las resoluciones señaladas en los citados documentos.» (Cursiva y subrayado del texto original).

de servicio certificadas por la UNP, tal como el primero lo resaltó y cuya posibilidad de verificación sería eventualmente procedente de acuerdo con lo señalado en la reseña jurisprudencial precitada.

➤ **Lo probado en el proceso**

En atención a lo referido previamente, es preciso enlistar los medios de convicción allegados y practicados en el proceso, con el fin de analizar los hechos que se ajusten al contexto jurídico desarrollado hasta este punto, de los cuales se resaltan los siguientes:

- Constancia laboral expedida por el subdirector de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección, en la cual se indica que el señor Emilson Manuel Rodríguez Dorado se vinculó al DAS desde el 04 de febrero de 1994 y, posteriormente, fue incorporado a la UNP sin solución de continuidad desde el 1.º de enero de 2012, en el cargo de oficial de protección, código 3137, grado 11. Asimismo, se certificó la asignación básica percibida durante los años 2012 a 2015 (folio 25).
- Constancia de conceptos y valores devengados por el señor Rodríguez Dorado desde el 1.º de enero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, emitida por el subdirector de Talento Humano de la UNP, de la cual se resalta que en el período mencionado percibió como factores de salario los siguientes: asignación básica, prima de servicios, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, sueldo vacaciones, incapacidad por enfermedad, prima de clima, prima de orden público y bonificación de recreación, sin que se detallen horas extras, recargos nocturnos o dominicales y festivos, lo que da cuenta que en efecto estos emolumentos no fueron cancelados (folios 26 a 27 vuelto).
- Certificaciones fechadas 11 de septiembre de 2015 emitidas por la Unidad Nacional de Protección, mediante las cuales se relacionan las diferentes comisiones de servicios conferidas al demandante desde el 29 de enero de 2012 hasta el 28 de agosto de 2015, en la que se indican los siguientes datos a manera de columnas en diferentes tablas que corresponden a cada año respectivamente: i) el número de la resolución que ordenó la comisión, ii) el destino de la prestación del servicio, iii) la fecha de comienzo de la comisión, y iv) la fecha de terminación (folios 27 a 32). Para tal fin se anexaron las órdenes de comisión y pago de viáticos en las mencionadas fechas realizadas a favor del demandante (folios 33 a 167).
- Oficio OFI16-00051324 del 5 de diciembre de 2016, a través del cual el subdirector de Talento Humano de la UNP, en respuesta al Exhorto 101 del Tribunal Administrativo de Antioquia que solicitaba informar o allegar el cuadro de turnos del libelista, en el que se manifestó sobre el particular lo siguiente:

«[...] Respecto de los cuadros de turno, le indico que no es posible acceder a su solicitud, en razón a que en la Unidad Nacional de Protección –UNP, no existe dicho sistema, si no por el contrario en cumplimiento de la normatividad laboral aplicable la jornada de servicio o trabajo para los Oficiales de Protección, como es el caso del señor EMILSON MANUEL RODRÍGUEZ DORADO [...] cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de seguridad, tienen una jornada ordinaria de trabajo de doce (12) horas

diarias, sin que en la semana exceda un límite de sesenta y seis (66) horas, igualmente se contempla que por especiales razones del servicio se podrán autorizar jornadas hasta de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana se exceda de setenta y dos (72) horas) [...]». (folio 267 anverso y reverso).

De igual forma, por medio de dicho documento se allegaron las liquidaciones de la nómina, cancelada mes a mes, correspondiente a los años 2012, 2013, 2014, 2015 y lo corrido del 2016 (folio 268).

- Dictamen pericial decretado de oficio por el Tribunal Administrativo de Antioquia en la audiencia inicial (ver folio 254 reverso), y elaborado por la profesional universitaria de dicha corporación judicial, con el cual se buscaba verificar si en los pagos realizados al señor Emilson Manuel Rodríguez Dorado por parte de la UNP, se habían cancelado conceptos como horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, o si se compensaron con tiempo de descanso; cuestionamiento frente al cual una vez revisados los comprobantes de liquidación de nómina, se llegó a la conclusión de que en el lapso comprendido entre el 1.º de enero de 2012 y el 29 de marzo de 2016, tales factores no fueron pagados y que ante la ausencia de elementos probatorios, no era posible identificar si le fueron concedidos días de descanso en reemplazo (folios 325 a 326).

A partir del material probatorio obrante en el expediente, es posible inferir que de las certificaciones expedidas por la Unidad Nacional de Protección con fechas del 11 de septiembre de 2015 (contrario a lo afirmado por el apelante), no se extrae con claridad ni de manera evidente que en los días en los que el señor Rodríguez Dorado cumplió funciones en desarrollo de sendas comisiones de servicio en diferentes ciudades del país, éste hubiese laborado en trabajo suplementario o adicional al previsto para su jornada especial de 66 horas semanales.

Lo anterior se asegura por cuanto la única información que reposa en dichos documentos, es el número del acto administrativo que ordenó las comisiones, al igual que las fechas de inicio y finalización de aquellas, ello sin que se adviertan datos precisos, específicos y detallados sobre los horarios dentro de los cuales el demandante ejerció sus funciones como oficial de protección en tales datas, así como tampoco las supuestas horas adicionales que permitieran deducir la superación del límite temporal en comento, más aun cuando la propia UNP en Oficio OF116-00051324 del 5 de diciembre de 2016, manifestó que el libelista no se desempeñaba por turnos, sino bajo el marco de una jornada máxima de 66 horas semanales, la cual podría incrementar a 72 horas a la semana.

Esta falta de precisión sobre el tiempo realmente laborado por el señor Rodríguez Dorado cuando se encontraba en comisión de servicio, impide que puedan hacerse inferencias o presunciones como las que éste refiere en su escrito de apelación, tendientes a que se asuma el hecho relativo a que aquél trabajó las 24 horas de cada día en los que se encontraba en desarrollo de dicha situación administrativa y que igualmente lo hizo en dominicales y festivos.

Lo anterior habida cuenta de que si bien sobre este último aspecto presentó una relación de las fechas por año en las que las mentadas comisiones coincidían con aquellos días inhábiles, lo cierto es que a pesar de la disponibilidad que los oficiales de protección deban tener en razón de sus funciones, no puede simplemente inferirse que en períodos de 4 o 5 días seguidos, nunca tuvo descansos o que debió cumplir una jornada excesiva o superior a la prevista por la

propia entidad empleadora, pues de ser así, esa sería una circunstancia que solo el demandante podía y estaba en la capacidad de demostrar a través de testimonios u otro tipo de elementos probatorios que definitivamente no fueron allegados a esta actuación.

Como se expuso en apartes previos, uno de los elementos necesarios para configurar el derecho al pago de horas extras y demás recargos, es que la entidad empleadora autorice, fije y determine expresamente a través de acto administrativo motivado, cuál será el tiempo de trabajo suplementario que deberá desempeñar determinado funcionario de manera específica y concreta o se demuestre materialmente el cumplimiento de las horas extras.

Lo cual para este caso tampoco fue evidenciado por la parte activa ni corroborado por la UNP, en tanto el libelista no comprobó la autorización aludida para laborar horas extras o en días dominicales y festivos, pues ello solo fue aseverado sin evidencia y en contraste con lo argüido por la demandada sobre la determinación de una jornada específica y no un sistema de turnos.

En el mismo sentido se adujo en precedencia que, el hecho de que un funcionario como el señor Rodríguez Dorado hubiese ejercido funciones en una jornada extraordinaria sin autorización de su empleador, implicaba una carga probatoria mayor y exclusiva para éste, pues era quien debía demostrar que la realidad alegada como fundamento de sus pretensiones superaba dicha formalidad; sin embargo, se observa que el demandante solo apoyó su tesis con base en las certificaciones expedidas por la propia UNP, esto es, sin otros documentos, declaraciones o informes de parte que coadyuvaran tales supuestos.

De modo que esa inactividad impide asumir como cierto el desarrollo de trabajo suplementario de acuerdo con lo deprecado en su libelo, pues no existe forma material de verificar las horas que superen su jornada reglada, o si laboró en tiempo nocturno o en días dominicales y festivos, dado que conforme a su planteamiento argumentativo, este ejercicio se reduciría a una suposición.

Lo propio debe indicarse acerca del reconocimiento como factor salarial para la liquidación de prestaciones, respecto de los viáticos que le fueron cancelados en sus diferentes comisiones de servicio, habida cuenta de que tampoco logró probar el supuesto fáctico requerido por el artículo 45, literal i) del Decreto 1045 de 1978⁷ que reza:

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

i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; [...]» (Subraya la Sala).

Al verificar las certificaciones enlistadas en la relación del acervo probatorio, atinentes a las comisiones de servicio ordenadas al demandante y los valores que le fueron cancelados por concepto de viáticos, se extrae con facilidad, incluso por

⁷ Reglamentado igualmente en el Decreto 4970 de 2011 y la Resolución 500 de 2012.

manifestación expresa de la UNP, que tales pagos nunca correspondieron ni superaron los 180 días para ninguno de los años en los que se presentaron dichas situaciones administrativas.

En efecto, de folios 283 a 286 obra certificación sin fecha, expedida por el subdirector de Talento Humano de la Unidad Nacional de Protección, en la cual se indicó el número de días en cada una de sus comisiones desde el 1.º de enero hasta el año 2016, para lo cual la Sala resalta:

VIGENCIA	DÍAS
2012	65
2013	121,5
2014	94,5
2015	62,5
2016	57

De suerte que ante la ausencia de medio de convicción que demuestre lo contrario para apoyar la pretensión de la parte activa, tampoco podría reconocerse los viáticos deprecados como factor remunerativo para el cálculo de las demás prestaciones que ha percibido en virtud de su relación legal y reglamentaria.

➤ **Sobre la carga de la prueba**

Al respecto se recuerda que este mandato se deriva del contenido del artículo 167 del Código General del Proceso que consagra lo siguiente:

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

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

La normativa citada impone una carga procesal⁸ a las partes dentro del proceso judicial, consistente en la necesidad de presentar las pruebas demostrativas de los hechos señalados en la demanda o de las excepciones que se aleguen en la contestación para su respectivo éxito, ello con la opción judicial de variar el titular

⁸ La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, han diferenciado los conceptos de «deberes procesales», «obligaciones procesales» y «cargas procesales». Los primeros hacen alusión a los imperativos ordenados en la ley para el adecuado desarrollo del proceso y que incumben tanto al juez como a las partes. Los segundos son las obligaciones de contenido patrimonial impuestas a los sujetos procesales con ocasión del adelantamiento del proceso, como las costas. Finalmente, las cargas procesales son situaciones que fija la ley que implican una realización de una conducta facultativa de las partes y en su propio beneficio y cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables en su contra, verbigracia, no aportar pruebas. Al respecto ver Auto del 17 de septiembre de 1985, Sala de Casación Civil, que resolvió una reposición. Gaceta Judicial tomo CLXXX – N.º 2419, Bogotá, Colombia, año de 1985, pág. 427. También ver lo sentencia de la Corte Constitucional C-1512 de 2000.

de ésta, en atención a las condiciones particulares para aportar los medios de convicción.

Empero, ello no ocurre en el *sub lite* como se planteó con anterioridad, habida cuenta de que a la demandada solo le corresponde y tiene la facilidad de certificar la generación de comisiones de servicio para el libelista bajo el presupuesto de una jornada específica de trabajo que en principio debía cumplirse estrictamente.

Mientras que para la parte demandante resulta necesario demostrar que ejerció actividades y funciones en una jornada extraordinaria, en tiempo nocturno y en días dominicales y festivos, habida cuenta de que tales modalidades de trabajo suplementario no fueron autorizados mediante acto administrativo como se requiere en esencia, de forma que esa realidad alegada por el libelista solo éste la conoce o la aduce, y por consiguiente debe tener la evidencia de dicho postulado fáctico.

Aunado a esto, debe resaltarse que la falta de actividad probatoria de la parte activa fue tan notoria, que el mismo Tribunal de primera instancia decretó sendas pruebas de oficio en desarrollo de la audiencia inicial celebrada el 30 de septiembre de 2016 (folios 245 a 255), tanto así que se practicó un dictamen pericial de oficio (folios 325 a 326) y se libraron unos oficios correspondientes a la UNP, tendientes a verificar el tiempo realmente laborado por el señor Rodríguez Dorado, sin que se obtuviera más que la reiterada implementación de una jornada de trabajo regulada que se erige como supuesto base, el cual definitivamente debía ser desvirtuado solo por el demandante, sin que ello hubiese ocurrido en el *sub examine*.

De esta manera se extrae que el referido postulado adjetivo de la carga de la prueba, se compone de tres principios fundamentales: i) el *onus probandi incumbit actori*, esto es, al demandante le corresponde probar los hechos en que sustenta la demanda; ii) *reus, in excipiendo, fit actor*, relativo a que la parte demandada una vez presenta excepciones actúa como actor y, por ende, debe probar los hechos en que basa su defensa y; iii) *āctore non probante, reus absolvitur*, que predica la absolución del demandado si el accionante no prueba los supuestos de hecho en que fundamentó la demanda⁹.

Bajo esta línea de intelección se resalta que la inobservancia de la mentada carga, trae consecuencias desfavorables para la parte que no la satisface, puesto que al no probar los supuestos de hecho que alega, se somete a que la decisión se profiera en su contra, ya sea con fundamento en lo demostrado por la otra parte o por la ausencia de medios de comprobación.

De otro lado y con base en esta perspectiva probatoria, se entiende que la posición alegada por el apelante cuando depreca la inaplicación de la normativa específica de la UNP que prevé la imposibilidad de configurar a su favor horas extras y demás recargos, tampoco puede prosperar en este caso concreto, habida cuenta de que los medios de convicción aportados no permitieron evidenciar que en efecto el libelista hubiese laborado en tiempo suplementario.

Con el entendido de estos presupuestos jurídicos es que en el *sub lite* se verifica efectivamente que debían denegarse las súplicas de la demanda como lo precisó

⁹ En la sentencia de la Corte Constitucional C-070 de 1993 se analizó la evolución de las reglas de la carga de la prueba contempladas en el artículo 177 del CPC. Ver también la sentencia del Consejo de Estado del 11 de marzo de 2016. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 05001-23-31-000-2003-01739-01(1634-13).

el tribunal de primera instancia, en tanto el demandante no acreditó el desarrollo de labores en un tiempo que superara su jornada de trabajo específica y debidamente regulada¹⁰.

En conclusión: la parte demandante no comprobó el cumplimiento efectivo de trabajo suplementario en desarrollo de las comisiones de servicio que le fueron asignadas desde el año 2012 en adelante, y tampoco las condiciones exigidas para tener como factor salarial el pago de los viáticos devengados en razón de tales situaciones administrativas; por ende no satisfizo la carga probatoria a su cargo de la cual era titular exclusivo, en la medida en que la jornada extraordinaria no autorizada por la entidad demandada, se asumió en el litigio como una supuesta realidad que superaba la formalidad de esa manifestación expresa de la autoridad. Por lo tanto solo el libelista se encontraba en la capacidad de demostrar lo propio, situación que al no ser evidenciada en el proceso, implica necesariamente la denegación de sus pretensiones.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se impone confirmar la sentencia impugnada, habida cuenta de que no prosperan los argumentos del recurso de apelación formulado por la parte demandante.

De la condena en costas en segunda instancia

Esta Subsección¹¹ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) «El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

¹⁰ En igual sentido se pronunció esta Sección en sentencia del 25 de junio de 2020. Radicado: 05001-23-33-000-2015-01569-01 (4096-2017).

¹¹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹², previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.».

De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público¹³.

Bajo ese hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas a la parte demandante, en la medida que a pesar de que ésta resultó vencida en segunda instancia conforme al numeral 3.º del artículo 365 del CGP, la parte demandada al intervenir en el recurso de alzada se refirió al reconocimiento de la prima de riesgo para el personal de la UNP, circunstancia que en nada tiene que ver con lo que objeto del presente proceso, conforme se indicó en el parte pertinente.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 5 de julio de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Oralidad que denegó las pretensiones de la demanda en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor Emilson Manuel Rodríguez Dorado contra la Unidad Nacional de Protección.

Segundo: Sin condena en costas de segunda instancia.

Tercero: Reconocer personería adjetiva al abogado Mario Latorre Vásquez identificado con cédula de ciudadanía 71.582.931 y portador de la tarjeta profesional 63.312 del Consejo Superior de la Judicatura, para que actúe en nombre y representación de la Unidad Nacional de Protección según poder a él conferido obrante a folio 398.

¹² «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:[...]»

¹³ Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]»

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en la plataforma «SAMAI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>, en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

