



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 5
MAGISTRADO PONENTE OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Tunja, 07 de mayo de 2018

Demandante	Víctor Julio Mendivelso Barrera.
Demandado	Departamento de Boyacá.
Expediente	150013333015201600093-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Tema	Apelación de Sentencia –Reconocimiento y pago de compensatorios, horas extras, dominicales y festivos.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante (fls. 485 a 506) contra la sentencia de 16 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda. (fls. 461 a 478)

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 2 a 22)

A través de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Víctor Julio Mendivelso Barrera, presentó demanda en contra el Departamento de Boyacá, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo de fecha 01 de septiembre de 2015, con radicado No. 20156900184661 por medio de la cual se negó la solicitud de reconocimiento remuneratorio de los descansos compensatorios, horas extras, diurnas y nocturnas, dominicales y festivos.

A título de restablecimiento del derecho solicita el reconocimiento y pago de los descansos compensatorios, horas extras, diurnas y nocturnas, dominicales y festivos a favor del demandante, por fuera de la jornada ordinaria en algunos días dentro del periodo comprendido entre el 01 de mayo de 2013 y el 21 de junio de 2014.

Así mismo, se solicitó la reliquidación de todos los conceptos laborales devengados en dicho periodo, con la debida indexación, los ajustes de los aportes pensionales, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, los intereses moratorios y el pago de las costas procesales.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

- Indicó que el señor Víctor Julio Mendivelso Barrera, está inscrito en carrera administrativa en el cargo, como empleado público del Departamento de Boyacá, en el cargo de conductor código 480 Grado 3, cuyo horario es de 8:00 am a 12 pm y de 2:00 pm a 6:00 pm.
- Adujo que en ocasiones por orden de su superior, se le autoriza laborar por fuera de la jornada ordinaria, para lo cual el empleador, le reconoce el tiempo compensatorio un día por cada ocho horas extras de trabajo y/o le cancela en dinero el valor del día compensatorio.
- Aseguró que laboró por orden de sus superiores y fuera de su jornada ordinaria de trabajo, entre los días 01 de mayo de 2013 al 21 de junio de 2014.
- Señaló que solicitó oportunamente al Departamento de Boyacá, el reconocimiento del descanso compensatorio, y/o el pago de los dominicales y festivos a los que tenía derecho.
- Indicó que la entidad demandada mediante oficio de fecha de 04 de febrero de 2015, dio respuesta al derecho de petición radicado el 20 de noviembre de 2014.
- Agregó que posteriormente el demandante solicitó el 17 de febrero de 2015 ante el Departamento de Boyacá, que se le indicara los recursos que procedían contra el oficio calendarado el 04 de febrero anterior, ante lo cual la entidad guardó silencio.
- Ante la vulneración del derecho de petición, el demandante impetro acción de tutela, la cual mediante fallo del 10 de septiembre de 2015, proferido por el Juzgado Segundo de Familia de Tunja, se ordenó dar respuesta de fondo, en forma clara y precisa y de manera congruente en lo solicitado por el accionante, el día 17 de febrero de 2015, y a los derechos de petición radicados el 18 y 20 de noviembre de 2014.
- Dijo que como consecuencia de lo anterior, el Departamento de Boyacá profirió el acto administrativo de fecha 01 de septiembre de 2015, notificado al peticionario, el día 15 de septiembre de 2015, mediante el cual se negó el reconociendo y pago de lo solicitado.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
 Accionados Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Como argumentos de defensa, trajo a colación jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que se analizó la definición del acto administrativo, y planteó que el acto objeto del medio de control, es de trámite, por lo tanto no es pasible de control jurisdiccional.

Del mismo modo, indicó que el Decreto 0217 del 12 de marzo de 2012, dispone que toda comisión de servicios o desplazamiento de los servidores públicos que no generen viáticos deben ser autorizados por el Secretario General.

Manifestó que mediante Circular No. 58 del 28 de agosto de 2002, el Secretario General y la Directora de Talento Humano del Departamento, señalaron que para el disfrute de los compensatorios, debe hacerse uso de ellos dentro de los 3 meses siguientes.

Propuso como excepciones:

- **Falta de competencia:** Manifestó que el acto demandado, es un simple acto de trámite, por no haber resuelto de fondo el asunto, sino que simplemente le informó al peticionario las razones por las cuales no podía ser tramitada la solicitud, por lo que no es susceptible de ser demandado ante la jurisdicción contencioso administrativo, es decir que el despacho carece de competencia para decidir de fondo.
- **Falta de requisitos de procedibilidad:** Indicó que al ser el acto demandado de mero trámite, de acuerdo al numeral 3 del artículo 169 del C.P.C.A., se debe rechazar la demanda por no ser un asunto susceptible de control judicial, requisito sine qua non para poder acceder a la jurisdicción.
- **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido:** Afirmó que no es procedente el reconocimiento de las compensaciones alegadas por la parte demandante, teniendo en cuenta que no cumple con los requisitos para acceder a dicho beneficio, conforme lo señala el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.

Expuso la entidad, que se le informó al demandante que respecto de algunos días laborados fuera de la jornada ordinaria, ese tiempo extra debía reconocerse en tiempo compensatorio a razón de un día por cada 8 horas extras de trabajo, a solicitud del actor sin exceder el término de tres meses a que se causen.

- **Inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales:** Argumentó que el acto impugnado, no vulnera derechos



Accionante: Víctor Julio Mendiavelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

1.2. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante citó como normas violadas las siguientes:

- El preámbulo, los Artículos 2, 13, 25, 29, 39, 53, 121 al 125, 209 y concordantes de la Constitución;
- Los artículos 1, 9, 13 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo;
- Ley 82 de 1988, aprobatoria del convenio 159 de la OIT;
- La ley 6 de 1945;
- El Decreto 874 de 1995;
- El decreto 1037 de 2000;
- La Resolución No. 065 de 9 de febrero de 2001;
- La Resolución No. 160 de abril de 2001;
- La Resolución No. 048 de mayo de 2002;
- El decreto 1849 de 2004;
- El Decreto 1042 de 1978;
- La Ley 27 de 1992;
- Los Decretos 2400 y 3074 de 1968;
- Las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987;
- Las Leyes 443 de 1998 y 61 de 1987
- Los artículos 1494, 1602, 1613 a 1615, del Código Civil Colombiano.

Consideró la parte demandante que se vulneran las normas anteriormente citadas al negarle el reconocimiento de sus derechos laborales, a los cuales señala tiene derecho como conductor para el Departamento de Boyacá.

Señaló que en el Decreto No. 1042 de 1978, se regula la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos, la cual fue fijada en un límite máximo de 44 horas semanales, norma que se hizo extensiva para los empleados del orden departamental con el artículo 3º de la Ley 27 de 1992.

Anotó que, el demandante tuvo que laborar por fuera de la jornada ordinaria establecida para los empleados públicos, por lo que aduce que el Departamento de Boyacá, al expedir el acto administrativo demandado, abusó de su posición dominante, pues claramente vulnera la Constitución y la Ley, al desconocer derechos laborales a los cuales el trabajador tenía derecho.

2. LA CONTESTACIÓN (fls. 211 a 217)

Dentro de la oportunidad para ello, la entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma por considerar que el libelo introductorio carece de fundamentos.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
 Accionados Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

fundamentales ni económicos, pues está amparado en las normas sobre las comisiones de servicios, reconocimiento y pago de viáticos, gastos de transporte y gastos de desplazamiento en la administración central del Departamento.

3. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, puso término a la instancia con sentencia 16 de enero del 2017 (fls. 461 a 478), mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

Luego de hacer un recuento normativo, infiere que la jornada de los empleados públicos territoriales, es la contenida en el Decreto 1042 de 1978, que en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, en lo referente a la jornada laboral y trabajo en días de descanso obligatorio, pero mediante el artículo 3º de la Ley 27 de 1992, se hizo extensiva a los empleados públicos del orden territorial, pues no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración personal, el cual cobija a los empleados públicos de orden territorial.

Aduce el *a quo* que en el plenario reposan diversas solicitudes de préstamo del bus de propiedad del Departamento de Boyacá, así como diferentes formatos de asignación de vehículo para comisión, asignándole salida, no obstante, de ello no se desprende que el señor Víctor Julio Mendivelso hubiese laborado en algunas ocasiones por fuera de las horas reglamentarias.

Es así como luego de hacer un estudio de los antecedentes del caso y de los fundamentos legales y jurisprudenciales que le resultan aplicables, señaló que no se encuentra demostrado en el plenario que: (i) el Departamento de Boyacá haya autorizado al demandante para que prestara servicios en horas extras, (ii) ni tampoco está debidamente probado la justificación de la actividad y (iii) no reposa en el proceso, prueba que demuestre la real existencia de las horas extras servidas, ni mucho menos especificación si son diurnas o nocturnas, el número de horas y los días en que tuvieron realización.

Finalmente indica, que si bien obra certificación de pagos realizados por el Departamento de Boyacá a favor del demandante por los años 2013 y 2014, por concepto de recargo nocturno y por el tiempo laborado en días domingos y feriados, ello no es óbice para determinar que se omitió el pago de horas extras, sino que se presume que las mismas no se ejecutaron y la administración es cumplidora del ordenamiento jurídico.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

4. RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad para ello, la parte demandante interpuso recurso de apelación (fls. 485 a 506), contra sentencia del 16 de enero del 2017, con el fin que se revoque y en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda, donde expuso los siguientes argumentos:

Resaltó que el cargo ejercido por el señor Víctor Julio Mendivelso Barrera, no corresponde al de actividades discontinuas e intermitentes, por lo tanto no existe acto administrativo en el que se determine dicha situación, es decir, que el cargo de conductor del Departamento, no corresponde a la excepción de laborar las 44 horas semanales.

Indicó que la norma aplicable al demandante respecto a la jornada ordinaria de trabajo es la misma para los empleados públicos del orden territorial, esto es la que se establece en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

Manifestó que está probado en el proceso las fechas en que el señor Víctor Mendivelso Barrera, por orden de su superior tuvo que trabajar fuera la jornada ordinaria, ello sin recibir una remuneración.

Consideró que existe un ritualismo excesivo en perjuicio de los derechos laborales del demandante, teniendo en cuenta que se exige un acto administrativo que autorice el trabajo por fuera de la jornada ordinaria de trabajo, sin embargo, para el caso de los conductores lo que existe es una orden verbal del jefe inmediato, conforme las necesidades del servicio para el desplazamiento fuera de la ciudad de Tunja en el bus de propiedad del Departamento, sin que sea dable que el demandante exija que para cumplir con sus funciones deba expedirse un acto administrativo.

Agregó que por simple lógica, el cargo de conductor no puede ejercer funciones dentro de la jornada ordinaria de trabajo, pues precisamente debe transportar personas a otros municipios distintos a Tunja.

Indicó que en el oficio del 05 de septiembre, expedido por el Director de Servicios Administrativos de Boyacá, se certificó que para los años 2013 y 2014, no se tenía establecido un formato para el control de funciones fuera de la jornada laboral, siendo esta una omisión del empleador que no debe asumir el demandante.

Señaló que si bien no existe un acto administrativo que autorice el trabajo por fuera de la jornada ordinaria de trabajo, ello no implica que no se haya laborado por fuera de la jornada laboral, tal y como se acreditó en el proceso.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
 Accionados Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Refirió que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, no debe existir condena en costas, teniendo en cuenta que no aparece dentro del expediente prueba de que se hayan causado y por el contrario el demandante tuvo que asumir el pago de todos los gastos que se generaron dentro del proceso.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Parte demandante

Corrido el traslado para presentar alegatos de conclusión, se pronunció la parte demandante (fl. 524 a 540) reiterando en su totalidad los argumentos expuestos en la presentación de la demanda y en el recurso de apelación.

Agregó que el 1º de marzo de 2017 presentó derecho de petición ante el Departamento, solicitando información si para los años 2013 a 2015, se emitieron autorizaciones por escrito para que los conductores ejercieran su labor fuera de la jornada ordinaria.

Indicó que el Departamento de Boyacá no contaba con ningún formato para autorizar el trabajo suplementario de los conductores y fue hasta el año 2016, que implementó un formato para controlar mensualmente el trabajo suplementario de los conductores, lo que a todas luces desconocen varias disposiciones Constitucionales y legales.

5.2. Parte demandada

El apoderado judicial del Departamento de Boyacá presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos presentados al contestar la demanda, a lo cual indicó que las pretensiones de la parte actora carecen de fundamentos (Fls. 544 a 545).

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

1.1.- Corresponde a la Sala establecer si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago del trabajo suplementario o de horas extras por haber laborado, según se afirma en la demanda, excediendo la jornada ordinaria de trabajo.

1.2.- Para resolver dicho problema jurídico es necesario establecer previamente:



Accionante: Víctor Julio Mendiavelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- Cuál es la jornada laboral aplicable al demandante, en su condición de conductor de la planta central del Departamento de Boyacá.
- Así mismo, deberá igualmente establecer ésta Sala sí, el demandante cumple con las condiciones establecidas en el Decreto 1042 de 1978 para la procedencia del reconocimiento de horas extras.

De la interpretación de la sentencia apelada y de los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por el *a quo*

Negó las pretensiones de la demanda, por considerar que la parte actora no cumplió con la carga procesal de probar que ejerció labores por fuera de la jornada ordinaria de trabajo, según lo dispone el artículo 167 del C.G.P., teniendo en cuenta que no allegó acto administrativo que autorizará el desempeño de funciones por fuera de las horas reglamentarias, ni tampoco obra en el plenario prueba que demuestre la real existencia de las horas extras servidas.

b) Tesis argumentativa propuesta por el apelante/demandante

Su inconformidad radica en que el cargo ejercido por el señor Víctor Julio Mendiavelso Barrera, no corresponde al de actividades discontinuas e intermitentes, por lo que su jornada ordinaria de trabajo es la misma de los empleados públicos del orden territorial, es decir la que establece el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, correspondiente a 44 horas semanales y la que exceda de ello debe ser reconocida y pagada.

Manifestó que existe suficiente acervo probatorio que da cuenta que el demandante tuvo que trabajar por fuera de su jornada ordinaria, ello por orden verbal de su superior, sin que haya recibido una remuneración por su trabajo.

Sostiene que para los años 2013 y 2014, el Departamento de Boyacá no tenía establecido un formato para el control de funciones fuera de la jornada laboral, lo que corresponde a una omisión del empleador, que no debe asumir el demandante.

c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala revocará la sentencia apelada en razón a que, de los documentos que obran en el expediente se puede desprender que el actor ejerció labores



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
 Accionados Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

fuera de la jornada ordinaria de trabajo, en su condición de conductor de la planta central del Departamento de Boyacá.

Dirá la Sala, que algunos de los formatos de asignación de vehículo se entienden como la voluntad de la administración departamental tendiente a ordenar al demandante la ejecución de trabajo suplementario.

No obstante, no se accederá a la totalidad de los periodos de tiempo que se piden con la demanda, por cuanto no obra constancia de autorización de trabajo suplementario, tal y como lo exige el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, norma que exige comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

Encuentra la Sala que la jornada del actor no fue regulada de manera especial por el Departamento de Boyacá, por lo que debe darse aplicación a la jornada ordinaria laboral contemplada en el Decreto 1042 de 1978, consistente en 44 horas semanales.

Así las cosas, concluirá la Sala que se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, teniendo en cuenta que el señor Víctor Julio Mendivelso, tiene derecho al reconocimiento y pago de las horas extras diurnas y nocturnas laboradas por fuera de la jornada ordinaria habitual.

Para desatar el problema jurídico planteado, procederá la Sala a analizar los siguientes aspectos, i) De la jornada laboral de los empleados públicos territoriales; ii) de lo probado en el proceso; y el iii) caso concreto.

2. DE LA JORNADA LABORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TERRITORIALES.

Se entiende como jornada de trabajo en el sector público, aquel periodo de tiempo establecido por autoridad competente dentro del máximo legal, durante el cual los empleados deben cumplir las funciones que le han sido previamente asignadas por la Constitución, la Ley o el reglamento. Su duración dependerá de las funciones impuestas y las condiciones en que deban ejecutarse.

El Decreto 1042 de 1978 estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, y fijó las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Igualmente, el Decreto 1042 de 1978 reguló entre otros aspectos, la jornada de trabajo, para lo cual en su artículo 33 señaló que **la jornada ordinaria** laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, no obstante, la mencionada disposición prevé la existencia de una **jornada especial** de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

"(...) ARTICULO 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 extras¹(...) "

Como se desprende de la norma, la jornada ordinaria de trabajo corresponde a 44 horas semanales, pero se contempla una excepción para aquellos empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, a los que podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

Dentro de esos límites fijados en el artículo 33 *ibídem*, podrá el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; hace la advertencia que el trabajo realizado el día sábado, no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

En esas condiciones, la regulación de la jornada de trabajo establecida por el Decreto 1042 de 1978, constituyó una adición a lo previsto en el Decreto 2400 de 1968, mediante el cual se reguló la administración del personal civil que prestaba sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva, y el Decreto 3074 de 1968, a través del cual se modificó y adicionó el decreto previamente aludido.

¹ Modificado en lo pertinente por los artículos 1 al 13 del Decreto 85 de 1986.



Accionante: Víctor Julio Mendiavelso Barrera.
 Accionados Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

A su vez, la Ley 27 de 1992 en su artículo 2² dispuso que las disposiciones que regulaban el régimen de administración de personal contenido en los Decretos 2400 y 3074 de 1968, Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen, eran aplicables a los servidores del Estado en los órdenes nacional y territorial. No obstante, dicha norma fue derogada por la Ley 443 de 1998 en su artículo 87, y ésta a su vez fue derogada por la Ley 909 de 2004³, pero mantuvo tal previsión de la siguiente manera:

“Artículo 55. Régimen de administración de personal. Las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3° de la presente ley.”

Ahora bien, el artículo 3 al que refiere la anterior norma, establece que sus prerrogativas son aplicables a quienes desempeñen empleos de carrera administrativa en el nivel territorial, estos son, departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados⁴.

Sobre lo aquí expuesto, el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha establecido que las normas reguladoras de la jornada de trabajo del personal perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público Central, se extiende a los empleados territoriales, por tratarse de un tema de administración de personal, así:

“De acuerdo con la tesis adoptada por la Sala de Sección, el régimen que gobierna la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial está contenido en el Decreto 1042 de 1978. Si bien el Decreto 1042 de 1978 en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, “el artículo 3°” (sic) de la Ley 27 de 1992 hizo extensiva a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidos no solamente en la norma citada, sino en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, Ley 13 de 1984 y 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o

² **Artículo 2. De la cobertura.** Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles Nacional, Departamental, Distrital diferentes al Distrito Capital, Municipal y sus entes descentralizados, en las Asambleas Departamentales, en los Concejos Municipales y Distritales y en las Juntas Administradoras Locales, excepto las Unidades de Apoyo que requieran los diputados y Concejales.

³ **Artículo 58. Vigencia.** La presente ley rige a partir de su publicación, deroga la Ley 443 de 1998, a excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82 y las demás disposiciones que le sean contrarias.

⁴ **Artículo 3°.** Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(...)

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

(...)



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

adicionen. La extensión de dicha normatividad fue reiterada por el artículo 87, inciso segundo, de la Ley 443 de 1998. **El Decreto 1042 de 1978 se aplica para los empleados de la rama ejecutiva en el orden territorial, en materia de jornada de trabajo y trabajo en días de descanso obligatorio, pues la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992 no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual, dentro de una interpretación amplia, comprende así mismo el concepto de jornada de trabajo.** La Sala prohija una vez más, en esta oportunidad, la tesis ya definida por la jurisprudencia sobre la normatividad aplicable a los empleados territoriales en materia de jornada laboral y el trabajo en días de descanso obligatorio, pues además de lo expuesto, debe considerarse adicionalmente que partiendo de que el régimen de administración de personal civil contenido en el Decreto 2400 de 1968 se refiere a la clasificación de empleos, condiciones para el ejercicio del empleo (ingreso, deberes, derechos, prohibiciones, régimen disciplinario, calificación de servicios, situaciones administrativas, retiro del servicio), capacitación, carrera administrativa, organismos para la administración de personal, resulta válido afirmar que la jornada de trabajo es un concepto que hace parte de la noción genérica de “administración de personal”. El Decreto 1042 de 1978 en sus artículos 33 y siguientes se ocupa de la jornada de trabajo, y en este sentido constituye una adición a los decretos 2400 y 3074 de 1968”⁵ (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, las normas aplicables al caso concreto son las contenidas en el Decreto 1042 de 1978, el cual dispuso que la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos sería de 44 horas semanales y a su vez admite la existencia de una jornada especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales.

En ese sentido, cualquier hora adicional que se haya laborado en exceso a la cantidad tope semanal debe ser considerada como **trabajo extra** y, en consecuencia, se impone su remuneración, de acuerdo a las reglas previstas por los artículos 36 a 38 del Decreto 1042 de 1978.

En ese orden de ideas, conviene relacionar las condiciones establecidas por el artículo 36 *ibídem* para la procedencia del reconocimiento de horas extras, de acuerdo al cual es imperativo que se cumplan a cabalidad una serie de requisitos:

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.

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

⁵ Sentencia de 19 de julio de 2007 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, M.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Paéz, Exp. No. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02175-01(6183-05), actora: Luz Angélica Mena Pineda.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
 Accionados Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

El empleo del funcionario que va a trabajarlas deberá tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos. (Modificado por el Artículo 9 Decreto 50 de 1981 y Artículo 13 Decreto Ley 10 de 1989). El literal a) quedó así:

"El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico."

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. **Modificado por el Artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989.***

*El literal quedó así: **"En ningún caso podrá pagarse más de 50 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."*

Ahora bien, resulta importante destacar que los requisitos previamente relacionados son de carácter concomitante y no disyuntivo, puesto que la persona que pretenda el reconocimiento de horas extras debe acreditar la totalidad de exigencias dispuestas por la norma en cita, de lo contrario, no sería procedente acceder al trabajo suplementario u horas extras.

3.- DE LO PROBADO

Dentro del caudal probatorio, se observan las siguientes pruebas que constituyen piezas importantes en la resolución del asunto:

- Oficio de fecha 18 de noviembre de 2014, por medio del cual el demandante solicitó ante el Director de Servicios Administrativos del Departamento, le fueran concedidos los compensatorios, en razón de haber laborado los días de 25 de enero, 8 de febrero, 15 y 29 de marzo, 12 de abril, 24 y 31 de mayo, 7 y 21 de junio de 2014 (fl. 24).
- Derecho de petición radicado ante el Departamento de Boyacá el día 20 de Noviembre de 2014, por medio del cual el señor Víctor Mendivelso Barrera, solicita le sean pagadas las horas extras por haber laborado fuera del horario habitual (fl. 25 a 27).



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- Copia del derecho de petición radicado el 14 de junio de 2013 ante el Director de Servicios Administrativos del Departamento, en el cual se solicita días compensatorios, por haber laborado los días 11 y 15 de octubre de 2013 (fl 28).
- Copia simple del oficio de fecha 04 de febrero de 2015, suscrito por la Directora de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá, en el cual se indica al demandante que no cumple con los requisitos para el reconocimiento y pago de horas extras (fl. 29 a 30).
- Solicitud presentada el 17 de noviembre de 2015 ante la Directora de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá, por medio de la cual el demandante solicita se le indique que recursos procedía contra el acto administrativo contenido en el oficio de fecha 04 de febrero de 2015 (fl. 31 a 34).
- Copia del fallo de tutela de fecha 10 de septiembre de 2015, mediante el cual se amparó el derecho fundamental de petición del demandante y ordenó al Departamento de Boyacá se diera respuesta a la petición incoada por el señor Víctor Mendivelso Barrera, indicándole los recursos que procedían contra la respuesta emitida el 04 de febrero de 2014 (fls. 47 a 53).
- Oficio de fecha 01 de septiembre de 2015, proferido por la Directora de Gestión de Talento Humano del Departamento de Boyacá, mediante el cual se negó la solicitud de días compensatorios, por cuanto los mismos deben hacerse uso dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de su causación, conforme la Circular 58 de 2012 (fl.54).
- Certificaciones del 25 de febrero de 2015 y 18 de agosto de 2015, expedidas por el Director General de la Fundación Folclórica “Sueños y tradiciones”, en las cuales se indicó que, el señor Víctor Julio Mendivelso Barrera, los traslado durante los días 7 a 13 de febrero de 2014, a la ciudad de Cúcuta y los días 6 a 10 de agosto de 2015, al municipio de Chitaraque, respectivamente, en un bus de propiedad del Departamento de Boyacá (fls. 55 - 56).
- Certificado expedido por el Director de Gestión de Talento Humano, en la cual se indicó que el señor Víctor Julio Mendivelso Barrera, labora al servicio de la administración central del Departamento de Boyacá, desde el 12 de julio de 1995, en el cargo de Conductor, código 480, grado 14 de la planta global (fls. 57).



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
 Accionados Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- Certificación de fecha 12 de diciembre de 2014, suscrita por el representante legal de “Solo frenos la Precisión SAS”, señalando que el bus con placas OCM171 conducido por el demandante, estuvo en el taller, con sede en Bogotá, los días 02 y 04 de noviembre, con el fin de realizar trabajos de amortiguación (fl. 59).
- Oficio de fecha de 22 de abril de 2013, suscrito por el Subgerente del Área Administrativa del ITBOY, por medio del cual solicita al Director de Servicios Administrativos de la Gobernación de Boyacá, un bus para el día 01 de mayo de 2013, a fin de desplazar los funcionarios de la entidad al Municipio de Pesca, en razón a un encuentro deportivo. (fl. 63).
- Formato de asignación de vehículo para comisión, de fecha de 28 de mayo de 2013, por medio del cual la Secretaria de Cultura y Turismo del Departamento solicita un desplazamiento del 29 de mayo al 03 de junio de 2013 al municipio de Ginebra Valle, cuya orden de salida señala como conductor el señor Víctor Mendivelso (fl 64).
- Oficio SCTB-0171 de fecha 28 de mayo de 2013, suscrito por el Secretario de Cultura del Departamento de Boyacá, en el cual solicita el préstamo de un bus, para trasladar los exponentes de la música andina a la ciudad de Ginebra-Valle (fl. 65).
- Oficio de 29 de mayo de 2013, suscrito por el Director de Servicios Administrativos de la Gobernación de Boyacá, solicitando al Gerente de INFIBOY, la designación de un conductor para los días 29 de mayo a 03 de junio de 2013 (fl. 66).
- Oficio de fecha 04 de junio de 2013, suscrito por la Subgerente Financiera y Administrativa de la Lotería de Boyacá, en el cual le solicita el préstamo de dos buses, para el día 22 de junio de 2013 (fl. 67).
- Formato de asignación del vehículo de 24 de mayo de 2013, por medio del cual la Secretaria de Desarrollo Humano solicita desplazamiento a Neiva los días 17 de junio al 1º de julio de 2013, cuya orden de salida señala como conductor el señor Víctor Mendivelso (fl. 68).
- Formato de asignación de vehículo, diligenciado por la Secretaria de Cultura y Turismo del Departamento, en la cual solicita un desplazamiento del 25 al 28 de julio de 2013, cuya orden de salida señala como conductor el señor Víctor Mendivelso (fl. 69).



Accionante: Víctor Julio Mendiavelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- Oficio de fechas 06 de agosto de 2013, 09 de septiembre de 2013 y 17 de septiembre de 2013, suscritos por un Directivo del equipo deportivo Boyacá Chico solicitando al Director de Servicios Administrativos de la Gobernación de Boyacá, un bus a fin de desplazar equipos de futbol, los días 1º de agosto, 10, 11, 22 y 23 de septiembre de 2013, desde la ciudad de Bogotá hacia la ciudad de Tunja (fl. 70 - 72).
- Oficio de fecha 20 de agosto de 2013, mediante el cual el Gerente del INFIBOY solicita el préstamo de un bus los días 26 al 29 de septiembre de 2013 para desplazamiento a San Gil (fl. 73).
- Oficio de fecha 23 de septiembre de 2013, por medio del cual el Alcalde del Municipio de Belén, eleva petición ante el Director de Servicios Administrativos de la Gobernación de Boyacá, a efectos que le sea prestado el bus, para desplazarse con los funcionarios de la Alcaldía a una visita de carácter pedagógico al Municipio de Guatavita (fl. 74).
- Oficio de fecha 10 de septiembre de 2013, mediante el cual el Club Deportivo de Futbol Barrigones de Sogamoso solicita el préstamo de un bus para el desplazamiento a Ibague los días 10 al 14 de octubre de 2013 (fl. 75).
- Oficio de fecha 22 de octubre de 2013, en el cual el Alcalde de Belén solicita el préstamo de un bus para el desplazamiento a Bogotá el día 28 de octubre de 2013 (fl. 76).
- Oficio de fecha 23 de octubre de 2013, en el que la Presidencia de la Asamblea de Boyacá solicita el préstamo de un bus para el desplazamiento a Tibana el día 30 de octubre de 2013 (fl. 77).
- Certificación expedida por el Gerente General del Festival Internacional de la Cultura 2013, de fecha 10 de diciembre de 2013, en la cual señaló que el señor Víctor Julio Mendiavelso Barrera, laboró con el bus de la Gobernación de Boyacá, los días: 06 a 17 de noviembre (fl.78).
- Oficio presentado por el Director Administrativo de Comfaboy el 13 de noviembre de 2013, en el que solicita un bus para el desplazamiento el 1 de diciembre de 2013 al municipio de Moniquira (fl. 79).
- Formato de asignación de vehículo, diligenciado por la Secretaria de Infraestructura del Departamento, en la cual solicita desplazamiento



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
 Accionados Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

los días 10 al 11 de diciembre de 2013, cuya orden de salida señala como conductor el señor Víctor Mendivelso (fl. 80).

- Oficio dirigido al demandante, mediante el cual la oficina de Talento Humano reconoce días compensatorios por el tiempo laborado con el Festival Internacional de la Cultura de Boyacá (fl. 82).
- Certificación laboral del señor Víctor Mendivelso, en la cual indica que los conductores tienen órdenes de comisión fuera del horario habitual (fl. 85).
- Oficio de fecha 24 de enero de 2014, por medio del cual el representante legal del equipo de futbol "Boyacá Chico" solicitó al Director de Servicios Administrativos de la Gobernación de Boyacá, que durante los días 25 - 26 de enero, 21 - 22 de febrero, 14 - 15 y 28 - 29 de marzo, 5 - 6 de abril y 20 de septiembre de 2014, le fuera prestado un bus (fl 90 a 94 y 104).
- Formato de asignación de Vehículo para Comisión, por parte de la Secretaria de Cultura y Turismo del Departamento de Boyacá, el día 10 de abril de 2014, solicitando el préstamo de un bus para transportar a la sinfónica de vientos a Pauna Boyacá (fl. 95).
- Formato de asignación de Vehículo para comisión del 03 de junio de 2014, por medio del cual la secretaria de Cultura y Turismo del Departamento de Boyacá, solicita en calidad de préstamo bus (fl.98).
- Oficio No. 074 de fecha 03 de junio de 2014, suscrito por el Alcalde del Municipio de Moniquira, en el cual solicita un bus en calidad de préstamo los días 19 a 22 de junio de 2014 (fl. 100).
- Certificación expedida por el Gerente del Festival Internacional de la Cultura, en la cual indicó que el señor Víctor Julio Mendivelso Barrera, colaboró durante los días 31 de octubre al 09 de noviembre de 2014 (fl 112).
- Solicitud del 06 de noviembre de 2014 respecto de dos buses, presentada por el Fondo Nacional de Empleados Públicos, para los días 21 a 23 de noviembre de 2014 (fl. 114).
- Solicitud de un bus presentada el 12 de diciembre de 2014 por la Lotería de Boyacá, para los días 19 a 20 de diciembre de 2014 (fl. 118).



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- Memorando suscrito por la Directora de Servicios Administrativos de la Gobernación de Boyacá con fecha de 12 de enero de 2012, por medio de la cual le comunica al señor Víctor Julio Mendivelso Barrera, que a partir de la fecha en mención debía desempeñar sus funciones en la Secretaría de Minas y Energía (fl.119).
- Oficios suscritos por el Director de Servicios Administrativos, en el cual envía la relación a la directora de Talento Humano, de los conductores que cumplieron las comisiones especiales, en los meses de abril de 2013 a noviembre de 2014, entre los que se encuentra el señor Víctor Julio Mendivelso Barrera (fls. 120 - 139).
- Memorando dirigido al señor Víctor Julio Mendivelso, el 13 de enero de 2015, en el cual se indicó que fue asignado como conductor de asesor de Despacho (fl. 141).
- Copia del oficio de fecha 26 de agosto de 2008, expedido por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá, en el cual rinde un concepto sobre el reconocimiento de dominicales y festivos laborados (fls 155 a 158).
- Copias de registros de entradas y salidas de los buses que conducía el señor Víctor Mendivelso Barrera (fls. 233 a 251).
- Copia del comprobante de pago a favor del demandante, en el que indica que en el mes de mayo de 2016, le fue cancelado horas extras diurnas el 1.25%, horas extras dominicales día extra 2.00% y horas extra nocturnas el 1.75% (fl. 253).
- Resolución No. 1324 del 26 de mayo de 2016 donde se autoriza el pago de horas extras al demandante (fls.254).
- Oficio de fecha de 25 de julio de 2016, expedido por el Director de Gestión de Talento Humano, en el cual certifica la jornada laboral, relaciona los compensatorios y las funciones del señor Víctor Julio Mendivelso Barrera (fls. 295 a 299).
- Resolución No. 2375 de 2013, en la cual se le concede descanso compensatorio remunerado durante los días 20, 21, 22 y 23 de agosto de 2013 a favor del demandante (fls. 300 a 301)
- Resolución No. 4258 de 2013, en la cual se concede un descanso compensatorio remunerado durante los días 22, 23, 29 y 30 de diciembre de 2014, y 5, 6, 7 y 8 de enero de 2015, a favor del señor demandante (fl. 302)



Accionante: Víctor Julio Mendiavelso Barrera.

Accionados Departamento de Boyacá.

Expediente: 150013333015201600093-01

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- Certificado expedido por la Dirección de Gestión de Talento Humano, en el cual indicó los haberes laborales pagados durante los años 2013 y 2014 al señor Víctor Julio Mendiavelso Barrera (fls. 304 a 305)
- Resolución No. 3485 de 2012, por medio del cual se reconocen los dominicales y festivos al demandante (fl.306).
- Oficio suscrito por el Director de Servicios Administrativos del Departamento, en el cual indica que el demandante durante los años 2013 y 2014 cumplió funciones como conductor, según las necesidades del servicio, para lo cual aporta prueba documental (fls. 319 a 361).
- Resolución N° 4258 de fecha 11 de diciembre de 2014, mediante la cual le concede al demandante compensatorio remunerado los días 22, 23, 29 y 30 de diciembre de 2014 y 5, al 8 de enero de 2015 (fls.373).
- Oficio de fecha 05 de septiembre de 2016, suscrito por el Director de Servicios Administrativo del Departamento de Boyacá, en el cual señaló que para los años 2013 y 2014, no se tenía establecido un formato único para el control de funciones fuera de la jornada laboral (fls. 409).
- Copia del Manual de Funciones y de Competencias Laborales de la entidad demandada, en lo que respecta al cargo de conductor, Código 480, Grado 14 (fls. 425 a 427).

4.- EL CASO CONCRETO

En el presente caso el señor Víctor Julio Mendiavelso Barrera solicita la nulidad del oficio de fecha 01 de septiembre de 2015, mediante el cual se negó la reclamación de reconocimiento remuneratorio de los descansos compensatorios, horas extras, diurnas y nocturnas, dominicales y festivos.

En dicho acto administrativo acá impugnado, el Departamento de Boyacá consideró que los días compensatorios deben solicitarse dentro de los 3 meses siguientes a que se causen, según lo dispone la Circular interna No. 58 de fecha 28 de agosto de 2012.

Por su parte la Juez de primera instancia, en sentencia del 16 de enero de 2017 indicó que no puede accederse a las pretensiones de la parte actora, al no estar debidamente establecido la real existencia de las horas extras servidas, como tampoco la autorización por parte del empleador para la prestación del servicio.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

En virtud de lo anterior, la Sala abordara el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte actora.

4.1.- De la jornada laboral

En el sub judice se encuentra probado que el actor pertenece a la administración central del Departamento de Boyacá, vinculado desde el 12 de julio de 1995, quien para la época de los hechos objeto de reclamación, se encontraba cumpliendo funciones en el cargo de conductor, Código 480, Grado 03.⁶

En cuanto a la jornada laboral que debe cumplir el actor, la entidad demandada refiere que los servidores públicos del Departamento de Boyacá, deben cumplirla en el horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., salvo la excepción para el empleo de conductor contemplada en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.⁷

Por otra parte, la entidad demandada mediante la Resolución No. 1324 del 26 de mayo de 2016, que reconoce el pago de horas extras diurnas y nocturnas laboradas por el señor Víctor Julio Mendivelso, se indica que la jornada laboral para los funcionarios de la entidad es de 8 horas diarias, comprendida de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m.⁸

Conforme lo anotado, encuentra la Sala que la entidad demandada no ha determinado con claridad cuál es la jornada laboral ordinaria que cobija a los conductores adscritos a la planta central del Departamento.

Al respecto es oportuno precisar que la entidad territorial nada dijo sobre fijar una jornada especial de trabajo para los conductores, por lo que a juicio de la Sala debe aplicarse la jornada laboral que cobija a los demás empleados públicos del orden territorial, es decir, la correspondiente a 44 horas semanales, según el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

Sobre este tema, advierte la Sala en que el establecimiento de una **jornada especial** de trabajo, implica la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción dada la naturaleza y características en que debe desarrollarse determinada labor.

⁶ Según documento visible a folio 84

⁷ Conforme a la certificación expedida por el Director de Gestión de Talento Humano que obra a folios 296 a 298.

⁸ Vista a folio 254.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
 Accionados Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

En estas condiciones, la Sala reitera el criterio jurisprudencial expresado por el Consejo de Estado⁹ al señalar que, a falta de regulación especial sobre la jornada laboral, regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se desprende del referido Decreto 1042 de 1978, **debiéndose remunerar el trabajo suplementario** para no lesionar derechos del empleado, como la justa remuneración de su labor por trabajar en jornadas que superan la ordinaria.

Lo anterior, es apenas razonable por criterios de igualdad¹⁰ y proporcionalidad, ya que si la jornada ordinaria máxima legal -de 44 horas-, aumenta por necesidades del servicio, es consecuente que el salario también lo haga, ya que no sería justo para quien cumple una jornada excepcional que supera la ordinaria, que su salario sea igual al de un empleado que labora 44 horas a la semana.

Ahora bien, una vez definido que en el presente asunto resulta aplicable al demandante la jornada ordinaria; y toda la que exceda de las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras que como tal, debe ser remunerado adicionalmente al salario ordinario y con los recargos de ley, la Sala asumirá el debate específico respecto a si el señor Víctor Julio Mendivelso Barrera cumple con las condiciones establecidas en el Decreto 1042 de 1978 para la procedencia del reconocimiento pretendido.

4.2.- Del Trabajo Suplementario

En desarrollo del problema jurídico propuesto, se debe recordar que se considera como trabajo en horas extras, aquel que se presta en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, las cuales serán autorizadas por el Jefe del respectivo organismo, o por las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución.

En tal sentido, el reconocimiento y pago de horas extras o el descanso compensatorio, según el artículo 36 del citado Decreto 1042 en concordancia con el artículo 37 ibídem, se sujeta a los siguientes requisitos:

a) El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 9 del nivel técnico (Decreto 10 de 1989).

⁹ Proceso: 66001-23-31-000-2003-00039-01 (9258-2005). C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; proceso: 66001-23-31-000-2003-00041-01 (1022-06), Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 17 de abril de 2008, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En el mismo sentido también puede consultarse la sentencia del 28 de enero de 2010, Radicación 2003-00042-01 (1018-06), C.P. doctor Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁰ Artículo 53 de la C.P.



Accionante: Víctor Julio Mendiavelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

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 25% o del 75% sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, según se trate de horas extras diurnas o nocturnas. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del citado Decreto 1042 se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d) En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales (Decreto 10 de 1989 artículo 13, aplicable al presente asunto por ser un conductor del orden **territorial**).

Descendiendo en el caso sub examine, se reitera que el señor Víctor Julio Mendiavelso labora como conductor, Código 480 grado 03 de la planta global de la Gobernación de Boyacá, en el nivel asistencial.

En este punto, debe recordarse que conforme a lo señalado por el parágrafo 1º del artículo 21 del Decreto 785 de 2005 *“Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004”* se tiene que los empleos pertenecientes a los niveles administrativo, auxiliar y operativo quedaron agrupados en el nivel asistencial.

Por otro lado, observa la Sala que en el expediente no obra constancia de autorización de trabajo suplementario, tal y como lo exige el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, que refiere a una comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

Si bien la Dirección de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá refiere mediante oficio del 05 de septiembre de 2016¹¹, que para los años en que se solicita el reconocimiento de trabajo suplementario, esto es los años 2013 y 2014, no se tenía establecido un formato para el control de funciones fuera de la jornada laboral, ello no es óbice para que se dé por superado este requisito, teniendo en cuenta que no obra prueba documental que dé cuenta de la voluntad de la administración para autorizar previamente el trabajo suplementario.

¹¹ Obrante a folio 419.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
 Accionados Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Conforme a lo anotado, no son de recibo los argumentos de la parte apelante, en cuanto a las órdenes que se daban eran de forma verbal, pues la norma es clara en señalar que debe ser a través de comunicación escrita.

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que en los formatos de asignación de vehículo para comisión suscritos por la Dirección de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá, se ve plasmada la voluntad de la administración en cuanto a ordenar desplazamientos en el bus de la entidad.

De dichas ordenes de salida, se puede evidenciar que en las mismas se especifica como conductor al señor Víctor Mendivelso. Es así, como dicho requisito de acto administrativo se puede traducir en los siguientes formatos de asignación de vehículo para comisión, los cuales hacen mención de:

- Desplazamiento del 29 de mayo al 03 de junio de 2013 al municipio de Ginebra Valle, hora de salida 10:30 p.m. (fl. 64).
- Desplazamiento a Neiva los días 17 de junio al 1º de julio de 2013, hora de salida 10:00 p.m. (fl. 68).
- Desplazamiento a Chinchina (Caldas) del 25 al 28 de julio de 2013, hora de salida 10:00 p.m. (fl. 69).
- Desplazamiento a Pauna el día 13 de abril de 2014, hora de salida 6:30 a.m. (fl. 95).

En este punto advierte la Sala que no se tiene en cuenta los formatos de asignación de vehículo, obrantes a folios 80 y 98, en consideración a que en los mismos no se especifica trabajo suplementario (hora de salida), ni el conductor asignado al vehículo, respectivamente.

Así las cosas, se observa que el señor Víctor Julio Mendivelso prestó el servicio como conductor en horario diferente al establecido para los funcionarios de la entidad demandada, esto conforme a las mencionadas ordenes de salida suscritas por el Director de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá, en las cuales se puede establecer que el demandante prestó sus servicios desde la hora de salida del desplazamiento y hasta la hora de inicio de la jornada laboral ordinaria.

Conforme a lo expuesto, se podría desprender que el demandante ejerció labores de conductor en horario suplementario, así:



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

- El 29 de mayo de 2013, desde las 10:30 p.m. hasta las 8:00 a.m. del día 30 siguiente, el cual era día hábil.
- El 25 de julio de 2013, desde las 10:00 p.m. hasta las 8:00 a.m. del día 26 siguiente, el cual era día hábil.

Cabe anotar que respecto a las horas extras del día 17 de junio de 2013, comprendidas desde las 10:00 p.m. hasta las 8:00 a.m. del día 18 siguiente; y del día domingo 13 de abril de 2014, desde las 6:30 a.m. hasta las 8:00 a.m. del día siguiente, no serán objeto de pronunciamiento en esta oportunidad, por cuanto no hicieron parte de la reclamación administrativa realizada por el actor.¹²

Por otra parte, valga decir que al plenario no fue aportada copia de la Circular No. 58 de fecha 28 de agosto de 2012, la cual sirvió de sustento normativo al acto acusado, por tal razón la Sala ve limitado el análisis de la oportunidad que tenía el actor para solicitar ante su empleador el disfrute de los días compensatorios, conforme lo dispone el artículo 177 del C.G.P.¹³, en concordancia con el artículo 167 *ibídem*.

En virtud de lo anotado, le asiste derecho al demandante al pago de las horas extras laboradas que excedieron de la jornada de 44 horas semanales, de acuerdo a las previsiones señaladas en los artículos 35 y siguientes del Decreto 1042 de 1978.

Lo anterior, en tanto la entidad no probó que hubiera realizado reconocimiento alguno al actor, sino tan solo para el año 2013 le pagó horas extras – dominical-, por valor de \$314.932 y reajuste por \$15.734, según la Resolución No. 3485 del 26 de diciembre de 2012, ello por labores del mes de diciembre de 2012; y para el año 2014 no se evidencia ningún valor por este concepto.¹⁴

Ahora bien, según se concluyó en líneas que anteceden, observa la Sala que en el presente asunto se cumple con el límite de reconocimiento que estatuye el artículo 36 en su literal d), del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto 10 de 1989, en tanto estableció que no podrán pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales.

De acuerdo a lo expuesto, encuentra la Sala que el señor Víctor Julio Mendivelso, tiene derecho al reconocimiento y pago de las horas extras

¹² Según reclamación que obra a folios 25 a 27.

¹³ La circular en mención no se encuentra publicada en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.boyaca.gov.co/gobernacion/normatividad/circulares>

¹⁴ Según certificación vista a folios 423 a 424.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

diurnas y nocturnas laboradas por fuera de la jornada ordinaria habitual¹⁵, esto es con el 25% de recargo para las diurnas y el 75% para las nocturnas, atendiendo los parámetros de los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978.

4.3.- De la reliquidación de prestaciones sociales

Como consecuencia de lo anterior, encuentra la Sala que al tener derecho el demandante al reconocimiento del trabajo suplementario por horas extras diurnas y nocturnas, dicha situación incide en la reliquidación de las cesantías y los intereses por este concepto.

No obstante, no corre con la misma suerte la reliquidación de los demás factores y prestaciones solicitados por el actor en el literal b) del acápite de pretensiones del libelo demandatorio (fl. 167), conforme lo expuesto en la sentencia de unificación de 12 de febrero de 2015¹⁶, en la cual se estableció que las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, al tenor de lo previsto en el artículo 59¹⁷ del Decreto 1042 de 1978, y artículos 17¹⁸ y 33¹⁹ del Decreto 1045 de 1978.

¹⁵ **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.(...)

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-13).

¹⁷ **Artículo 59°.- De la base para liquidar la prima de servicio.** La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:

- a) El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo.
- b) Los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- c) Los gastos de representación.
- d) Los auxilios de alimentación y transporte.
- e) La bonificación por servicios prestados.

Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los ordinales precedentes a 30 de junio de cada año.

¹⁸ **Artículo 17°.- De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones.** Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios;
- g) La bonificación por servicios prestado.

En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 15 de este Decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlas.

¹⁹ **Artículo 33°.- De los factores de salario para liquidar la prima de navidad.** Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Conforme a ello, la entidad demandada procederá a reajustar o reliquidar las cesantías, e intereses sobre las mismas, incluyendo en la base salarial los conceptos de horas extras diurnas y nocturnas acá reconocidos, atendiendo las directrices señalados en esta providencia. No se ordenará la reliquidación de los demás factores y prestaciones, conforme a la providencia en cita.

Finalmente, en relación con el restablecimiento del derecho, se debe indicar que de las sumas que arroje la liquidación correspondiente, la entidad demandada deberá reajustar los valores de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el correspondiente a la prestación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor por el DANE (vigente para la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago).

5. CONCLUSIÓN.

5.1. Atendiendo a que la jornada del actor no fue regulada de manera especial por el Departamento de Boyacá, es preciso dar aplicación en el presente asunto a la jornada ordinaria laboral contemplada en el Decreto 1042 de 1978, consistente en 44 horas semanales.

5.2. En el presente caso no obra certificación detallada en donde conste que el actor hubiere laborado en algunas ocasiones por fuera de las horas reglamentarias en el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 2013 al 21 de junio de 2014 reclamado por el actor.

5.3. Tampoco obra en el plenario el respectivo acto administrativo mediante el cual se haya autorizado al señor Víctor Julio Mendivelso Barrera la ejecución del trabajo suplementario.

5.4. No obstante lo anterior, encuentra la Sala que en los formatos de asignación de vehículo para comisión suscritos por la Dirección de Servicios Administrativos del Departamento de Boyacá, se ve plasmada la voluntad de la administración en cuanto a ordenar al señor Víctor Mendivelso, que

e) Los auxilios de alimentación y transporte;
f) La prima de servicios y la de vacaciones;
g) La bonificación por servicios prestados.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
 Accionados Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

realizará desplazamientos en el bus de la entidad, los días 29 de mayo al 03 de junio de 2013 y del 25 al 28 de julio de 2013.

5.5. Es así como revisado el material probatorio, se puede establecer que en dichos formatos de asignación de vehículo, se hace mención de la hora de salida, por lo que se desprende que el demandante ejerció labores de conductor en horario suplementario, así: (i) el día 29 de mayo de 2013, desde las 10:30 p.m. hasta las 8:00 a.m. del día 30 siguiente y (ii) el 25 de julio de 2013, desde las 10:00 p.m. hasta las 8:00 a.m. del día siguiente.

5.6. Conforme lo anterior, concluye la Sala que el señor Víctor Julio Mendivelso, tiene derecho al reconocimiento y pago de las horas extras diurnas y nocturnas laboradas por fuera de la jornada ordinaria habitual, esto es con el 25% de recargo para las diurnas y el 75% para las nocturnas, atendiendo los parámetros de los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978.

5.7. De igual forma se reliquidarán las cesantías, junto con sus intereses, correspondientes al periodo del año 2013, debido a que el emolumento acá reconocido constituye factor salarial para la liquidación de las mismas.

5.8. Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

6.- COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, no hay lugar a condenar a la parte demandada, por resolverse favorablemente el recurso de apelación²⁰, de conformidad con lo previsto en el ordinal 1° del Artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 6 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

²⁰C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:(...)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
Accionados Departamento de Boyacá.
Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de enero de 2017, por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, por lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio de fecha 01 de septiembre de 2015 suscrito por la Directora de Gestión de Talento Humano del Departamento de Boyacá, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de trabajo suplementario al señor VÍCTOR JULIO MENDIVELSO BARRERA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior de declaración y a título de restablecimiento del derecho, el Departamento de Boyacá deberá reconocer y pagar al señor VÍCTOR JULIO MENDIVELSO BARRERA, los siguientes derechos laborales:

1. El valor correspondiente a las horas extras diurnas y nocturnas a que haya lugar, por el periodo comprendido entre (i) las 10:30 p.m. del día 29 de mayo de 2013, hasta las 8:00 a.m. del día 30 de mayo siguiente y (ii) desde las 10:00 p.m. del día 25 de julio de 2013, hasta las 8:00 a.m. del día 26 siguiente, en la forma señalada en la parte motiva de ésta providencia.
2. Reliquidar el valor de las cesantías reconocidas, e intereses sobre las mismas, incluyendo en la base salarial los conceptos de horas extras diurnas y nocturnas, con el valor que surja por concepto de las horas extras cuyo reconocimiento se ordena.

CUARTO: Condenar al Departamento de Boyacá, a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de



Accionante: Víctor Julio Mendivelso Barrera.
 Accionados Departamento de Boyacá.
 Expediente: 150013333015201600093-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

QUINTO: La cantidad líquida que se reconozca como consecuencia de la condena devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia como lo prevé el inciso 3º del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo indicado.

SÉPTIMO: Sin condena en costas en ésta instancia.

OCTAVO: RECONÓCESE personería al abogado Wilson Ricardo Torres Rubio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.167.978 de Tunja, y portador de la tarjeta profesional No. 231.946 del C.S.J, para actuar en representación de la entidad demandada, en los términos del escrito de sustitución del poder visible al folio 546 del expediente.

NOVENO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Magistrado

FABIO VÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS

Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Demandante: Víctor Julio Mendivelso Barrera
 Demandado: Departamento de Boyacá
 Expediente: 150013333015201600093-01

INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES
CIENTÍFICAS Y TECNOLÓGICAS

El dato es válido en todo el país por estado

No. 74 de MAY 11 2018

EL EMISOR