



Rama Judicial

República de Colombia

**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUE –
DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA**

Ibagué, veintiséis (26) de septiembre dos mil veintidós (2022)

Clase de Proceso: Nulidad y restablecimiento del Derecho

Demandantes: BEATRIZ BONILLA SILVA

Demandados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Radicación: No. 73001-33-33-007-2020-00153-00

Asunto: RECONOCIMIENTO Y PAGO HORAS EXTRAS, RECARGOS Y DÍAS DE DESCANSO OBLIGATORIO POR DISPONIBILIDADES DEFENSORA DE FAMILIA

Como toda la actuación de la referencia se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual, la **Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué / Distrito Judicial del Tolima**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente...

S E N T E N C I A

I.- COMPETENCIA

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para conocer y decidir el presente asunto, conforme a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 155 y en el numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

II.- ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

A través de apoderado judicial, la señora BEATRIZ BONILLA SILVA ha promovido demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes

2.1. PRETENSIONES:

- 2.1.1.** Que se inaplique bajo la excepción de inconstitucionalidad, el artículo 33 del decreto ley 1042 de 1978, al contener normas contrarias al mandato constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas frente a los empleados públicos a los que se les asigna una jornada superior a la legalmente aplicable a estos casos concretos.

- 2.1.2.** Que igualmente se inaplique bajo la excepción de inconstitucionalidad, el artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978, por contener normas contrarias al mandato constitucional del derecho a la igualdad y al Estado Social de Derecho.
- 2.1.3.** Que como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad del acto administrativo identificado como MEMORANDO S-2015-146987-0101 del 23 de abril de 2015, proveniente de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante el cual se hace el análisis jurídico de las razones por las cuales ese establecimiento público no reconoce y paga los recargos laborales reclamados y sus consiguientes reliquidaciones en prestaciones sociales y aportes a la seguridad social.
- 2.1.4.** Que así mismo, con base en las pretensiones anteriores, se hagan las siguientes declaraciones:
- 2.1.4.1.** Se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto por la ocurrencia del silencio administrativo negativo, frente a la petición radicada ante el ICBF el pasado 18 de septiembre de 2018, bajo el número 012882, en la que se solicitó el reconocimiento y pago de los recargos por trabajo en horas extras, jornadas nocturnas y días de descanso obligatorio (dominicales y festivos); así como la consecuente reliquidación de sus prestaciones sociales, teniendo en cuenta tales factores salariales como parte del ingreso base de liquidación de las mismas y el correspondiente reajuste en los pagos a la seguridad social con destino a pensiones.
- 2.1.5.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la demandada:
- 2.1.5.1.** Pagar los recargos por trabajo en horas extra, horas nocturnas y días de descanso obligatorio (dominicales y festivos) en los cuales se le programó a la demandante, turno de disponibilidad, según las pruebas anexas por todo el tiempo en que ha servido como funcionaria adscrita de la Defensoría de Familia, asumiendo casos de Restablecimiento de Derechos en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA).
- 2.1.5.2.** Reliquidar las prestaciones sociales de la demandante, teniendo como base la totalidad de los factores laborales por ella devengados, esto es, teniendo en cuenta los recargos por trabajo en días de descanso obligatorio, dominicales y festivos y horas extras.
- 2.1.5.3.** Reliquidar los aportes en seguridad social en pensiones de la demandante, en el sentido de tener en cuenta en el ingreso base de cotización, los recargos por trabajos en días de descanso obligatorio, horas extras y jornadas nocturnas.
- 2.1.5.4.** Pagar los ajustes, indexaciones, intereses o sanciones a que haya lugar por el retardo en el pago de los salarios y prestaciones sociales de la demandante.
- 2.1.6.** Que se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en el artículo 187 y s.s. de la Ley 1437 de 2011, e igualmente se reconozcan y ordenen pagar los intereses comerciales y moratorios sobre las sumas que resulten adeudadas, si a ello hubiere lugar.
- 2.1.7.** Que se condene en costas procesales y agencias en derecho a la entidad accionada, según lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. Como HECHOS para fundamentar sus pretensiones, expuso los siguientes:

- 2.2.1.** La demandante ha laborado para el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR como Profesional Especializado 2028 Grado 17, desarrollando funciones adscritas de la Defensoría de Familia, asumiendo casos de Restablecimiento de Derechos en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) desde el 11 de junio de 2009 hasta su retiro.
- 2.2.2.** Para el desarrollo de su labor, según programación de la parte demandada, ella ha debido tener disponibilidad para laborar en las siguientes jornadas adicionales a las ordinarias, esto es, en días de descanso obligatorio, en jornadas nocturnas y en horas extras, tal como se relaciona en las pruebas anexas, haciendo parte del equipo de GINA PAOLA BONILLA MACHADO.
- 2.2.3.** Hasta la fecha, no se le han pagado los recargos que por trabajo en tales jornadas se le deben de acuerdo con el ordenamiento jurídico.
- 2.2.4.** De igual modo, no se han tenido en cuenta en la liquidación de prestaciones sociales dichos conceptos, pese a que los mismos forman parte integral del salario.
- 2.2.5.** Tampoco se han tenido en cuenta los conceptos enunciados para hacer la liquidación del ingreso base de cotización en pensión.
- 2.2.6.** La demandante elevó derecho de petición para agotar la vía gubernativa, del cual hasta la fecha no ha recibido respuesta.

2.3. Como FUNDAMENTOS DE DERECHO plasmó los siguientes:

- Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 53 y 229.
- Decreto 1042 de 1978 en sus artículos 33, 34, 37, 39, 40 y 42
- Decreto 1045 de 1978, artículos 45 y 46
- Decreto 388 de 1951
- Decreto 991 de 1974

2.4. Como CONCEPTO DE VIOLACIÓN, expuso:

La apoderada de la parte activa del presente medio de control señala que, las normas sobre esta materia establecen que para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, el empleado deberá pertenecer al nivel técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19, desconociendo abiertamente el derecho constitucional a la IGUALDAD, a la EDUCACIÓN, a las garantías laborales de capacitación.

Se violó el Decreto 1042 de 1978 que establece que, la jornada máxima para los empleados públicos de tiempo completo es de 44 horas semanales, mientras que su representada laboró jornadas superiores a ese tope máximo, pues al fijarse los turnos para prestar la atención, se estableció una jornada de 24 horas diarias durante 7 días, cada 3 semanas, disponibilidad que se fijaba por el superior jerárquico regularmente.

Se violó el artículo 53 y demás normas concordantes de la Constitución Política de Colombia, en el sentido de no haber dado aplicación a los principios de igualdad, favorabilidad, condición más beneficiosa y garantías de la seguridad social.

Se violó el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que éste dispone que el salario lo constituye no sólo la remuneración fija u ordinaria que percibe el trabajador, sino también todo lo que percibe en dinero o especie y que implique una retribución directa o indirecta de los mismos, sin importar la forma o denominación que se le dé para hacerlo.

III.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 31 de agosto de 2020¹ y admitida el 18 de noviembre siguiente²; una vez surtida la notificación a la parte demandada, se advierte que esta contestó la demanda de forma oportuna³, propuso excepciones, aportó y solicitó pruebas.

3.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1.1. ICBF (Archivo “013ContestacionDemandalcbf” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digitalizado)

El apoderado de la entidad se opone a las pretensiones de la demanda por cuanto la demandante no cumple los requisitos establecidos en los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978, ya que la accionante ocupó desde 2009 el cargo de defensor de familia y, para ser acreedora a este reconocimiento, el empleo debe pertenecer al nivel operativo grado 17 del nivel administrativo o hasta el grado 9 nivel técnico, por lo que es claro que a la demandante no se le podía realizar el reconocimiento de pago de las horas extras por no cumplir los requisitos exigidos por la ley.

Los decretos 708 de 2009, 1734 de 2010, 1031 de 2011, 853 de 2012, 1029 de 2013, 199 de 2014, 1101 de 2015, 229 de 2016, 1013 de 2017 y 304 de 2020, además de fijar las escalas salariales y los respectivos aumentos, restringió el derecho al reconocimiento de horas extras y dominicales y festivos a determinados funcionarios, autorizando solo a los de nivel técnico grado 09 y nivel asistencial grado 19.

Con sus argumentos de defensa, propuso las siguientes excepciones de mérito:

INEXISTENCIA O FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR

Para sustentar esta excepción, solicitó al Despacho tener en cuenta las mismas razones expuestas en los numerales relativos a los hechos, y lo relacionado con los fundamentos de derecho que se oponen a las pretensiones, en el sentido de que la demandante no tiene derecho al pago de horas extras y pago por trabajo ocasional en domingos y festivos, pues no cumple con la totalidad de los requisitos establecidos en el decreto 1042 de 1978 y los demás decretos de aumento salarial, ya que ella ostentaba el cargo de defensor de familia y gozó de los respectivos compensatorios.

COBRO DE LO NO DEBIDO

Teniendo en cuenta que el ICBF cumplió con las obligaciones a su cargo y a favor de la demandante pues reconoció los compensatorios a que tenía derecho solicitados y autorizados durante el periodo de tiempo en que desempeñó sus funciones en una de las defensorías del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, no hay obligación pendiente a su favor.

PRESCRIPCION

Hay que tener presente que la omisión de reclamo sancionada se ocasiona transcurridos tres (3) años después de hacerse exigible el derecho que considera el servidor que no se le ha reconocido, sin que ello signifique aceptación de la existencia de la obligación pregonada.

¹ Folio 3 del archivo “001ActaReparto” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digitalizado.

² Archivo “003AutoAdmisorioDemanda” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digitalizado.

³ Archivo “013ContestacionDemandalcbf” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digitalizado.

3.2. AUDIENCIAS:

3.2.1. INICIAL

La audiencia inicial⁴ se llevó a cabo el 23 de febrero de 2022 y, conforme a lo rituado en el artículo 180 del C.P.A. y de lo C.A., se procedió al saneamiento del proceso, se fijó el litigio y se tuvo por fracasada la conciliación por cuanto la entidad demandada no presentó fórmula de arreglo. Así mismo, se incorporaron las pruebas aportadas por cada una de las partes, y los documentos allegados por la demanda correspondientes a los antecedentes administrativos, por último, se decretaron las declaraciones de los testigos de la parte demandante.

3.2.2. PRUEBAS

Esta audiencia⁵ tuvo lugar el 4 de mayo de 2022, en donde se recibieron los testimonios de CARMEN LUCRECIA ACOSTA OYUELA, CÉSAR AUGUSTO ACOSTA ZAMORA y WILLIAM SANTIAGO GUZMÁN, limitándose a estos testimonios y absteniéndose de recibir el de MIGUEL ANTONIO CABALLERO por considerar esclarecidos los hechos materia de prueba; seguidamente, se declaró precluido el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito.

3.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

3.3.1. PARTE DEMANDANTE - (Archivo “027EscritosAlegacionesParteDemandante” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digitalizado)

Expone que el principio de la primacía de la realidad tiene que ver con la preponderancia de la situación real sobre lo formal, y que en el presente caso se puede evidenciar que se ordena a los servidores estar disponibles 24 horas diarias durante 8 días, cada 2 o 3 semanas pero que dado su nivel y grado no se les pagan recargos, para lo cual aportó con la demanda la documentación que demuestra los llamamientos a prestar el servicio, la organización por turnos de disponibilidad, y los testigos expresaron que prestaron el servicio con la actora de forma alternada o conjunta y todos ellos coinciden afirmar, que ello tuvo lugar, al menos cada 3 semanas.

3.3.2. PARTE DEMANDADA - (Archivo “029EscritoAlegacionesIcbf” de la carpeta 001CuadernoPrincipal del expediente)

Manifiesta el apoderado que el acto administrativo no está viciado de nulidad por ninguna de las causales previstas en el artículo 137 del C.P.A. y de lo C.A., debido a que fue expedido conforme a la normatividad que regula el servicio público.

El ICBF ha expedido una serie de normatividad interna que regula y da directrices respecto a la atención permanente y continua que deben brindar los servidores públicos de las Defensorías de Familia en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en días dominicales, festivos y en horarios nocturnos.

El trabajo realizado por el personal de dichas defensorías no tienen derecho al reconocimiento económico frente a horas extras, dominicales y festivos pues esto solo se predica de aquellos servidores del nivel técnico hasta grado 09 y nivel asistencial hasta grado 19, por lo que la entidad ha optado por el reconocimiento de ese trabajo adicional realizado por profesionales mediante la compensación con periodos de descanso como lo realizó la demandante, y se demuestra del acervo probatorio aportado por la propia demandante.

⁴ Archivo “021ActaAudienciaInicial” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digitalizado.

⁵ Archivo “026ActaAudienciaPruebasCorreTrasladoAlegatos” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digitalizado.

Es claro que a la demandante no se le podía realizar el procedimiento de pago de horas extras, por no cumplir con la totalidad de los requisitos exigidos por la ley, frente a lo cual se reconoció ese trabajo adicional a través de tiempo compensado, como se observa en la documental que reposa en el expediente y de los testimonios recaudados.

En ese orden de ideas, surtido el trámite procesal, el Despacho procede a elaborar las siguientes...

IV.- CONSIDERACIONES

Sin manifestaciones que efectuar respecto a los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia analizados en el auto admisorio de la demanda, y dado que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del C.P.A. y de lo C.A., en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso, se procede a decidir el presente asunto.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

Recuerda el Despacho que el problema jurídico objeto de estudio se centra en determinar, si en el caso de la demandante hay lugar a inaplicar por inconstitucionales, los artículos 33 y 36 del Decreto 1042 de 1978 y, en consecuencia, a reconocerle y pagarle las horas extras diurnas y nocturnas y días de descanso obligatorio (dominicales y festivos) en los cuales se le programó turno de disponibilidad, por todo el tiempo en que ha servido como funcionaria adscrita de la Defensoría de Familia, asumiendo casos de Restablecimiento de Derechos en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), con la correspondiente reliquidación de sus prestaciones sociales y aportes a la seguridad social.

4.2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURIDICO

- Constitución Política
- Ley 1098 de 2006
- Decreto 1042 de 1978
- Decreto 1083 de 2015
- Circular 12 de 2009 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
- Corte Constitucional Sentencia T – 203 de 2000, MP: Fabio Morón Díaz.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, Sentencia del 9 de marzo de 2000, Radicación número: 1254, C.P.: Flavio Augusto Rodríguez Arce
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 21 de septiembre de 2017, Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00177-00(0753-12), C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 12 de mayo de 2022. Expediente: 11001-03-25-000-2016-00482-00 (2215-2016). C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- Concepto 028421 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Concepto 327501 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Concepto 369231 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Concepto 389811 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública
- Concepto 193851 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

4.2.1. DE LA JORNADA LABORAL PARA LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO

El decreto 1042 de 1978, *“Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de*

remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones” en sus artículos 33 y 36, señala:

“Artículo 33. Modificado en lo pertinente por el Decreto 85 de 1986, Artículo 3º. 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 compensado constituya trabajo suplementario o de horas extras.

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

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

a) *El empleo o del funcionario que va a trabajarlas deberá tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.
(Literal derogado tácitamente por los Artículos 4o., 5o., 6o. y 7o. de la Ley 4 de 1992)*

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

(..).”

La derogatoria realizada por parte de la Ley 4ª de 1992, tuvo lugar en atención a que esta señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial de los empleados públicos, por lo que a partir del año 1994 se fijó de forma anual la escala salarial de estos, a través del decreto 42 de 1994, que en su artículo 15 estableció:

“Para que proceda el pago de horas extras y de dominicales y festivos o el reconocimiento de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978, el empleo deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19”

Lo anterior fue reiterado por los Decreto 25 de 1995 en su artículo 12, 40 de 1998 en su artículo 13, 35 de 1999 y así año a año, al punto que para el 2009 que corresponde al de su ingreso a la Institución, se reiteró a través del Decreto 708 de 2009, en su artículo 12, y en el 2017 que fue el año de su retiro, por el Decreto 999 de 2017, en su artículo 14.

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia del 12 de mayo de 2022,⁶ señaló sobre el trabajo suplementario lo siguiente:

“Entonces, respecto de las horas extras en el sector público, las normas previamente reseñadas señalan, que 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 el reconocimiento de un día de descanso compensatorio o el pago de horas extras, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

i. Deben existir razones especiales del servicio;

ii. El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente por el nominador, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse;

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 12 de mayo de 2022. Expediente: 11001-03-25-000-2016-00482-00 (2215-2016). C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

- iii. El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con los recargos respectivos;
- iv. En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales;
- v. Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo;
- vi. En todo caso la autorización para laborar en horas extras solo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal;
- vii. Las horas extras diurnas se liquidarán con un recargo del 25% sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo;
- viii. En cuanto al trabajo en horas extras nocturnas, se entiende que son aquellas que se ejecutan excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna; y
- ix. Este trabajo se remunerará con un recargo del 75% sobre la asignación básica mensual”.

4.2.2. DE LA JORNADA LABORAL DE LOS DEFENSORES DE FAMILIA

La Ley 1098 de 2006, “Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia”, en sus artículos 79 y 87, señala:

“Artículo 79. Defensorías de Familia. Son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar -familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista.

Los conceptos emitidos por cualquiera de los integrantes del equipo técnico tendrán el carácter de dictamen pericial.”

“Artículo 87. Atención Permanente. Los horarios de atención de las Defensorías de Familia y Comisarías de Familia serán permanentes y continuos, a fin de asegurar a los niños, las niñas y los adolescentes la protección y restablecimiento de sus derechos. El Estado deberá desarrollar todos los mecanismos que se requieran para dar cumplimiento a esta disposición.”

El Consejo de Estado⁷ se pronunció respecto de las labores y funciones que desempeña un defensor de familia en los siguientes términos:

“Cabe destacar que la Ley 1098 de 2006 «Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia», es explícita en demostrar las labores y funciones que desempeña un defensor de familia, en cuanto los define como un servidor público que actúa en diferentes frentes; ejerce distintas competencias; tiene funciones de Policía; es un accionante permanente para amparar los derechos fundamentales de la Infancia; toma decisiones de protección y de restablecimiento de derechos; desempeña funciones judiciales cuando priva de los derechos de patria potestad o cuando decide sobre el estado civil de los niños o decide sobre su custodia, alimentos o regulación de visitas; es conciliador en los asuntos de su competencia; es litigante en representación de los derechos de los niños cuando presenta demandas ante las distintas jurisdicciones.”

De acuerdo a lo establecido en el artículo 33 del decreto 1042 de 1978, y en relación con el preceptuado en el artículo 87 de la Ley 1098 de 2006, el Departamento Administrativo de la Función Pública⁸ se pronunció respecto de la Jornada laboral de los Defensores de familia y la posibilidad de percibir horas extras y descanso compensatorio, así:

“3. De los numerales que se dejaron destacados anteriormente, y para resolver su tercer interrogante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 1098 de 2006, el empleo de Defensor de Familia es del nivel profesional, criterio que de acuerdo a las condiciones señaladas, no es un empleo susceptible de percibir lo que corresponde por horas extras o descansos compensatorios cuando se labora los días domingos y festivos, así también lo dispuso el Decreto Salarial 961 de 2021, que en el

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 21 de septiembre de 2017, Radicación número: 11001-03-25-000- 2012-00177-00(0753-12), C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas

⁸ Concepto 327501 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

inciso primero del artículo 14º, consagra que para efectos de reconocer horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos a los empleados, estos deberán pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.

En cuanto al procedimiento para el pago de horas extras y descansos compensatorios por el trabajo en días dominicales y festivos, se reitera que este Departamento Administrativo de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 430 de 2016, no se encuentra facultado para pronunciarse sobre situaciones internas de las entidades, facultad endilgada a la entidad nominadora pues es quien conoce su situación en particular.

Por último, abordando su cuarto interrogante, es de aclarar que la jornada laboral de los empleados públicos se encuentra regida por lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 1042, en donde el jefe respectivo del organismo podrá establecer el horario de trabajo, para su caso en cuestión es preciso señalar que los Defensores de Familia cuentan con la responsabilidad de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niñas, niñas y adolescentes, por tanto su atención de conformidad a lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley 1098 de 2006, deberá ser de forma continua y permanente.

Es consecuencia, para dar cumplimiento a esta disposición y por la naturaleza de las funciones de este empleo de Defensor de Familia, su jornada laboral será mediante la atención de la demanda en horarios nocturnos, dominicales y festivos a través de la figura de disponibilidad.”

Posteriormente, esta misma entidad en otro concepto⁹ se refirió a la atención permanente y a la disponibilidad de estos funcionarios, de la siguiente forma:

“En efecto, si nos centramos en los empleados que se desempeñan en el empleo de defensor de familia, el artículo 87 de la Ley 1098 de 2006, dispuso:

“Artículo 87. Atención permanente. Reglamentado por el Decreto Nacional 4840 de 2007. Los horarios de atención de las Defensorías de Familia y Comisarías de Familia serán permanentes y continuos, a fin de asegurar a los niños, las niñas y los adolescentes la protección y restablecimiento de sus derechos. El Estado deberá desarrollar todos los mecanismos que se requieran para dar cumplimiento a esta disposición. (...)

Artículo 146. El Defensor de Familia en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes. En todas las actuaciones del proceso y en las etapas de indagación, investigación y del juicio, el adolescente deberá estar acompañado por el Defensor de Familia, quien verificará la garantía de los derechos del adolescente.”

(...)

1. De las normas y jurisprudencia transcritas, y para dar respuesta a su interrogante del literal a), teniendo en cuenta que el Decreto 400 de 2021, en su ámbito de aplicación hace la salvedad para aquellos servidores y entidades que cuenten con normas especiales que rijan su jornada laboral, el artículo 87 de la Ley 1086 de 2006, dispone que los horarios de atención de los defensores de familia tendrán un carácter permanente y continuo, toda vez que como bien consideró el Consejo de Estado, estos servidores actúan en diferentes frentes, ejerciendo funciones de Policía, que en virtud del artículo 146 de la misma ley, es un accionante permanente para amparar los derechos fundamentales de la infancia.

Por lo tanto, en concepto emitido por esta Dirección Jurídica con número de radicado de salida 20216000327501 del 07 de septiembre de 2021, de consulta elevada por usted, se concluyó que le corresponde al Director Regional del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar definir el horario de cada Regional y los turnos correspondientes de los Defensores de Familia y sus equipos interdisciplinarios de trabajo, con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley 1098 de 2006, sobre la atención permanente y continua de esta dependencia, en los términos del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, de acuerdo a las condiciones y necesidades del servicio en sus respectivas jurisdicciones.

2. En cuanto a su interrogante del literal b), y reiterando la inaplicabilidad del Decreto 400 de 2021, para aquellos servidores y entidades que se rigen por normas especiales, como es los Defensores de

⁹ Concepto 389811 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

Familia, en el concepto referenciado anteriormente, sobre el sistema de turnos de trabajo para la atención permanente de las Defensorías de Familia en verificación y del Sistema de Responsabilidad Penal para los fines de semana, festivos y con posterioridad al horario diurno, se consideró que la Regional Seccional a la cual hace referencia mediante Circular 12 de 2009, emitida por el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, se determinó que al contar con un nivel de carga baja, la jornada laboral dispuesta para los equipos de las Defensorías de Familia pertenecientes a este sistema será mediante la atención de la demanda en horarios nocturnos, dominicales y festivos a través de la figura de disponibilidad, la cual será acordada con la o las Defensorías de Familia existentes en el respectivo Centro Zonal, y así garantizar el servicio requerido.

3. Ahora bien, en relación con los interrogantes de los numerales 1) y 2), se tiene que el Decreto 400 de 2021, “Por el cual se adicionan unos artículos al Capítulo 3 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en lo relacionado con la jornada laboral mediante el sistema de turnos”, no modificó la jornada laboral mediante el sistema de turnos de los Defensores de Familia en materia de verificación y penal, lo anterior teniendo en cuenta la falta de aplicación de este a servidores que se rigen por normas especiales (Ley 1098 de 2006).

Como bien se expuso anteriormente, la figura de disponibilidad de los Defensores de Familia en temas de responsabilidad penal para adolescentes se desarrollará a través de la figura de disponibilidad, previamente acordada con la o las Defensorías de Familia existentes en el respectivo Centro Zonal.”

En el caso de los Defensores de Familia, se ha determinado una jornada o turnos de disponibilidad, debido a la atención permanente que deben prestar estos servidores públicos.

Sobre los turnos de disponibilidad, la Corte Constitucional¹⁰ ha considerado que:

“La labor que cumple el transmisorista, por sus características requiere disponibilidad de personal las 24 horas del día, lo que no implica que el trabajador que la atiende deba renunciar a su derecho al descanso. La disponibilidad consiste, ha dicho la Corte, “... no en la renuncia al descanso ni a la predeterminación de jornadas máximas de trabajo -posibilidades éstas que son inalienables de todo trabajador e irrenunciables, según lo dispone el artículo 53 constitucional-, sino en el compromiso de acudir a prestar los servicios que sean indispensables cuando así lo exijan las circunstancias, desde luego, siempre que ellas se presenten efectiva y objetivamente, y no sobre la base de que tales servicios, en su carácter de extraordinarios, sean debidamente remunerados o compensados de manera justa y razonable. No se trata entonces, del capricho o la voluntad subjetiva del superior...”

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil¹¹ del Consejo de Estado indicó sobre el particular, lo siguiente:

“Los turnos de disponibilidad no están expresamente reglamentados en la ley. Por aplicación de las normas generales - decreto 1042 de 1978 - y partiendo de la noción de jornada de trabajo, se concluye que, si el servidor está cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad está comprendido en ella y se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron (jornada nocturna, dominical, etc.), en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas.

Si el empleado está cumpliendo la jornada asignada, el turno de disponibilidad hace parte de la misma y si no se presta servicio alguno por cuanto no se efectuó llamada, conforme a la normatividad vigente, sólo se tendrá derecho a la asignación básica.

En el primer caso puede presentarse, además, la posibilidad de trabajo suplementario, el que será remunerado como ya quedó expuesto.

En consecuencia, en estos eventos la entidad nominadora al designar el personal médico, señalará el número de horas que deben ser cumplidas y, al asignar el horario, determinará las modalidades de prestación del servicio, las jornadas respectivas y los turnos de disponibilidad. Las consecuencias salariales se derivarán de dichas condiciones laborales.”

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia T – 203 de 28 de febrero de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, Sentencia del 9 de marzo de 2000, Radicación número: 1254, C.P.: Flavio Augusto Rodríguez Arce

Conforme a lo transcrito anteriormente y respecto del pago de las disponibilidades y su pago el DAFP¹², indicó:

“De conformidad con lo anteriormente transcrito y en concepto de esta Dirección Jurídica es claro que solo procede el pago de la disponibilidad cuando ésta se cumpla en el lugar de trabajo, de tal suerte que el empleado no puede realizar otras actividades. Ahora bien, si, por el contrario, durante esta disponibilidad, el empleado permanece en su casa, desarrollando actividades familiares y personales se considera que no procede pago, en cuanto no existe prestación efectiva de las funciones propias del empleo.”

4.3. HECHOS PROBADOS

- 4.3.1. Copia de los correos y resoluciones de la relación de disponibilidades o turnos de responsabilidad penal, en donde la coordinadora del ICBF Centro Zonal Jordán de la Regional Tolima establecía la programación de los Defensores de familia y sus equipos¹³.
- 4.3.2. Copia del Memorando 73-10000 del 21 de enero de 2014, en donde se remiten los turnos de las Defensorías de Ibagué, y se indica que la defensoría que esté disponible en el turno lo estará con su equipo psicosocial y la defensoría para el SRPA será de toda la semana¹⁴.
- 4.3.3. Copia de la Resolución No. 3991709711717 de 2017¹⁵, que aclara la Resolución 3836 del 3 de noviembre de 2017 y establece los turnos de las defensorías asignadas al SRPA durante los fines de semana y festivos.
- 4.3.4. Copia de la Resolución No. 4835/12/12/17¹⁶, donde se reconoce a la demandante tiempo compensatorio por las disponibilidades del mes de octubre, noviembre y diciembre de 2017, en los días y fechas solicitadas por parte de la demandante.
- 4.3.5. Copia de la certificación laboral¹⁷, en donde consta que la demandante fue vinculada como supernumeraria en el Cargo de Defensora de Familia Código 2125 grado 13 mediante Resolución 2226 del 5 de junio de 2009; posteriormente, nombrada en provisionalidad en el mismo cargo, pero en Grado 15 a través de la Resolución 3826 del 7 de septiembre de 2010 y, en el año 2015 fue incorporada en el mismo cargo, pero grado 17 mediante Resolución 7642 del 10 de septiembre de 2015. Esto consta en las resoluciones de nombramiento, memorandos y actas de posesión¹⁸.
- 4.3.6. En la audiencia de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se recibieron las siguientes declaraciones:

CARMEN LUCRECIA ACOSTA OYUELA, Fiscal del SRPA, manifestó:

“conocí a la Dra. Beatriz Bonilla cuando llegué trasladada de la ciudad de Pasto a la Unidad de Responsabilidad para Adolescentes como Fiscal en el año 2009, concretamente en el mes de julio, el sistema de responsabilidad penal para adolescentes en el Tolima empezó a regir el 1 de junio de 2009, yo llegué trasladada el 13 de julio de 2009, estaba recién creada la unidad y la Dra. Beatriz Bonilla la conocí como defensora de familia, cuando ingresé como fiscal a trabajar en esa unidad, prestábamos los turnos de disponibilidad, éramos dos fiscales, al igual que los defensores también prestaban turnos de responsabilidad en donde nosotros llegábamos a recibir los adolescentes aprehendidos en flagrancia desde el momento en que la policía los aprehendía y los colocaba a disposición de la fiscalía, cuando se aprehendían los adolescentes a la primera que se le avisaba era a la defensoría de familia para que concurriera a verificar el restablecimiento de los derechos, seguidamente se llamaba a la fiscalía para que recibiera al adolescente fuera la hora que fuera, en horas de la noche, en horas del día teníamos que llegar a la unidad y también llegaba la defensoría de familia que en ese entonces si mal no recuerdo habían dos defensores de familia, inicialmente que era la Dra. Beatriz Bonilla y el Dr. Cesar Augusto Acosta, nosotros llegábamos, recibíamos el

¹² Concepto 369231 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

¹³ Folios 51 a 82 del archivo “002DemandaAnexos” de la carpeta “001CudernoPrincipal” del expediente digitalizado.

¹⁴ Folios 83 a 87 del archivo “002DemandaAnexos” de la carpeta “001CudernoPrincipal” del expediente digitalizado.

¹⁵ Folios 90 a 91 del archivo “002DemandaAnexos” de la carpeta “001CudernoPrincipal” del expediente digitalizado.

¹⁶ Folio 43 del archivo “013ContestacionDemandalcbf” de la carpeta “001CudernoPrincipal” del expediente digitalizado.

¹⁷ Folio 44 del archivo “013ContestacionDemandalcbf” de la carpeta “001CudernoPrincipal” del expediente digitalizado.

¹⁸ Folios 23 a 38 del archivo “013ContestacionDemandalcbf” de la carpeta “001CudernoPrincipal” del expediente digitalizado.

adolescentes al igual ya en muchas oportunidades la defensoría de familia ya estaba presente porque la Policía de vigilancia una vez capturaba o aprehendía a los jóvenes a la primera persona, de conformidad con la ley de infancia y adolescencia, que notificaban de esa aprehensión era a la defensoría de familia, nosotros llegábamos y la defensoría de familia ya estaba ahí verificando y restableciendo los derechos al joven que hacíamos lo propio de la fiscalía (...) se hacía la boleta de libertad y se entregaba a la defensoría de familia que estaba presente que llegaba antes de la fiscalía si había que dejarlo en custodia también se le entregaba a la defensoría de familia para que iniciara el proceso de verificación y restablecimiento de derechos (...) la defensoría debía rendirnos un informe respecto de cuál era la situación socio familiar del joven para determinar si se hacía necesario una medida provisional de internamiento preventivo, cuando la fiscalía terminaba su actuar lo entregaba a la Defensoría de familia, nosotros nos íbamos y la defensoría quedaba con el adolescente independientemente de que se les entregara en custodia o que se dejara privado o en el transitorio para llevarlo a audiencia concentrada pero la defensoría de familia continuaba trabajando en ese proceso de restablecimiento de derechos del joven independientemente de la hora que fuera, muchas veces tenía que ir uno en horas de la noche 2 o 3 veces porque aprehendían 1, 2 o 3 jóvenes y la defensoría continuaba de largo hasta el otro día que la Fiscalía se iba y entregaba al joven a la defensoría de familia y al otro día, muchas veces uno llegaba y la defensoría de familia que estaba de turno no había regresado a la casa porque no había terminado su labor, habían oportunidades cuando habían adolescentes aprehendidos que la defensoría de familia llegaba al igual con la fiscalía a las 7,8 o 9 de la noche la fiscalía terminaba 2 o 3 horas después y al otro día inclusive llegábamos nuevamente a ejercer nuestras laborales y la defensoría de familia un estaban trabajando con los jóvenes, porque ellos con el grupo de profesionales debían hacer con una trabajadora social y psicóloga (...) ellos prestaban unos turnos semanales cada 8 días porque inicialmente el sistema inició con 2 defensores de familia y se alternaban semana de por medio así fuere a medio día, en la mañana ellos tenían que estar presentes en la aprehensión de un joven (...). PREGUNTA EL DESPACHO: ¿esa situación inició con el sistema de adolescentes y los turnos eran atendidos por los defensores, hasta cuándo tuvo lugar? RESPONDIÓ: no recuerdo hasta cuando, porque cuando ocurrió eso, porque nosotros inicialmente trabajábamos o la unidad estaba en el mismo bunker de la fiscalía allí fue donde se inició y acudían los defensores de familia, ya cuando fuimos independizados y trasladados a la 39 con quinta, ya allí se formalizó la defensoría de familia que llegó conformada por el defensor de familia, la trabajadora social y el psicólogo, la verdad no recuerdo fechas exactas, pero cuando nos trasladamos continuamos con la defensora de familia con la Dra. Beatriz Bonilla hasta que se pensionó, pero allí se prestaban los turnos por parte de la defensoría de familia, porque la defensoría de acuerdo al código de infancia debía acudir inmediatamente aprehendía un adolescente, allí también me consta que la Dra. Beatriz transcurrió y el otro defensor el Dr. César Acosta transcurrían de largo si les tocaba anochecer en la oficina y amanecer sin ir a la casa lo hacían, lo mismo en sábados domingos y festivos. (...) PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Cuándo ocurrió el traslado a las dependencias de la 39 con 5? RESPONDIÓ: sino estoy mal en el 2011 o 2012, no recuerdo fechas exactas, pero fue 2011 o 2012. PREGUNTA LA APODERADA DE LA PARTE DEMANDANTE: ¿de qué manera rotaban los turnos los defensores? RESPONDIÓ: lo que a mi me consta, una semana el uno y otra semana el otro, inicialmente que eran 2 se rotaban por semanas, cuando llegaron 3 y hasta 4. Se rotaban cada 8 días uno hasta completar una semana uno, la otra semana el otro, cambiaban de turno semanalmente. (...) PREGUNTA APODERADO DE LA PARTE DEMANDANDA: ¿Había ocasiones en las que no se presentaban casos o siempre se presentaban casos? RESPONDIÓ: es relativo, uno no puede determinar cuando hay un adolescente, días en que no habían aprehendidos. (...) Había días en que no había adolescentes aprehendidos como había días en que habían 2 o 3 adolescentes eso era relativo, (...) eso era relativo pero los defensores de familia si estaban presentes en las oficinas en horas hábiles para asistir a los jóvenes en las audiencias que se señalaran, pero no habían aprehendidos en horas inhábiles tenían que estar en las audiencias quiero manifestar que nunca que se solicitaba la presencia de un defensor se llegó a una falencia de que no hubo defensor de los 2 que habían porque estaban en compensatorio, (...) Quiero agregar como compañera en el entendido de laborar yo en la fiscalía y la doctora en el ICBF nunca se presentó una situación de que la Dra. Beatriz no acudiera a los llamados que se les hacían en cualquier momento de que no estaba de tueno o no podía, no se presentó una situación de que no compareciera a cumplir sus funciones”.

CÉSAR AUGUSTO ACOSTA ZAMORA, defensor de familia, manifestó:

“Yo ingreso al SRPA de Ibagué en julio de 2009, cuando ya se encontraba laborando la Dra. Beatriz Bonilla, inicialmente fuimos 3 defensores de familia, hacíamos turno de disponibilidad de manera semanal en forma alternada, esa disposición se planteó al inicio del SRPA del que no hice parte,

entiendo que la dra. Beatriz Bonilla si lo hizo, cuando llegué el sistema estaba implementado semanas antes, durante esa disponibilidad teníamos la obligación de comparecer ante la fiscalía una vez eran aprehendidos los adolescentes era de manera inmediata por disposiciones legales del código de infancia y adolescencia estábamos en la obligación de garantizar los derechos del aprehendido de la forma en que pretermite el art.52 del Código de infancia y adolescencia, debíamos estar prestos a las disposiciones de la fiscalía en cuanto a si quedaban o no privados de la libertad en cualquier evento, en el primero es decir si quedaban privados de la libertad debíamos rendir un informe psicosocial ante el juez de control de garantías pues por disposiciones del derecho internacional de derechos humanos las privación de la libertad solo es procedente si o existía otra respuesta adecuada es decir si la familia o era garante, en el segundo evento cuando la fiscalía disponía la libertad del adolescente era puesto a disposición formal de la defensoría de familia y en virtud del decreto reglamentario nosotros teníamos que hacer una entrega con las formalidades legales si la familia era garante y si no era garante teníamos una institución de protección en donde el adolescente quedaba bajo medida de restablecimiento de derechos, toda esa labor demandaba bastantes horas, nosotros como defensores de familia dependíamos del trabajo que adelantaba el equipo psicosocial para proceder de conformidad.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿dijo al inicio que los turnos eran semanales y alternos, siempre fue con ella? RESPONDIÓ: yo trabajé hasta septiembre de 2017 y siempre fue así.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿solamente con la señora Beatriz como defensora o hubo otros defensores? RESPONDIÓ: inicialmente éramos 3 defensores, la Dra. Beatriz Bonilla, el Dr., Mauricio Romero y el suscrito, con el devenir de los años fue vinculado otro defensor de familia el Dr. Diego Leyton y fue la época en que yo me cambio de programa que fue en septiembre de 2017, hasta cuando me retiré éramos 45 defensores de familia.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Cuándo prestaban esas disponibilidades en horas no hábiles, por fuera de su jornada habitual, esas horas les eran compensadas? RESPONDIÓ: teóricamente, las disposiciones cuando se inicia el SRPA era que fueran compensadas, sin embargo, si por ejemplo en el evento en que la aprehensión fuera un domingo la audiencia concentrada se iba a desarrollar al día siguiente hábil a las 36 horas siguientes y en muchos eventos no era posible no compensar los días de disponibilidad sino las horas trabajadas, a nosotros nos medían por un sistema de información misional que tiene el instituto que se llama el Sim y de acuerdo a los registros en dicho sistema era que probábamos las horas laboradas, a veces podíamos disfrutar de ellas pero en la mayoría de las veces era imposible, al terminar nuestra semana de disponibilidad teníamos que atender las audiencias que desarrollaban los señores jueces de función de conocimiento que eran de lunes a jueves todo el tiempo salvo los viernes, nosotros estábamos una semana de disponibilidad para aprehensiones en flagrancia pero las semanas siguientes nosotros teníamos que atender las audiencias ante los jueces de conocimiento del SRPA es decir, en la semana de disponibilidad nosotros asumíamos unos adolescentes, abríamos un proceso administrativo de restablecimiento de derechos que corría paralelo al proceso penal, entonces cada uno tenía que responder por las audiencias ante los diferentes jueces que tuviera ese adolescente y es más, si de pronto la fiscalía o la defensa técnica llegaba a apelar nosotros también teníamos que responder a las audiencias que desarrollara el Tribunal Superior del Distrito Sala Especial de Adolescente.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿trabajaban en esos horarios adicionales y solicitaban los compensatorios y no les eran concedidos? RESPONDIÓ: no estoy diciendo que no fueran concedidos, sino que teníamos que atender las audiencias de conocimiento.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿es decir que tenían que trabajar el día que les habían compensado? RESPONDIÓ: no había fecha para compensar, nosotros con la coordinadora del centro zonal Jordán que era a la que estaba adscrita el SRPA acordábamos o coordinábamos unas fechas, pero no había fecha de decir que trabajamos esta semana y el lunes o semana siguiente compensábamos era de acuerdo a la disponibilidad de las audiencias con los jueces.

(...)

PREGUNTA APODERADO DE LA PARTE DEMANDANDA: ¿siempre se presentaban aprehensión de menores cuando prestaban esos turnos? RESPONDIÓ: nuestros turnos no eran de presencialidad sino de disponibilidad, ciertamente Ibagué no es una ciudad grande no podemos comparar con Bogotá por ejemplo, estadísticamente en el SRPA Ibagué era densidad baja lo que no implicaba que todos los días habían aprehendidos en flagrancia pero si todos los días teníamos que estar prestos al llamado que nos hacía la Policía de Infancia y adolescencia a cualquier hora del día o de la madrugada nuestras familias eran sabedoras (...) porque teníamos que estar prestos a cualquier llamado.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿tenían vacaciones? RESPONDIÓ: claro, pero uno de los inconvenientes del SRPA con el director regional eran las 3 semanas de vacaciones porque no podíamos prácticamente tomárnosla durante los primeros años porque teníamos cada 2 semanas turno de disponibilidad, (...)."

WILLIAM SANTIAGO GUZMÁN, manifestó:

“Conozco a la Dra. Beatriz Bonilla a causa de mi trabajo, cuando ella trabajaba conmigo en el SRPA la conozco desde el año 2011 que llegué trasladado desde el departamento de la Guajira a trabajar en esta ciudad como integrante de infancia y adolescencia y posteriormente como investigador criminal en el SRPA donde laboraba la Dra. Beatriz Bonilla como defensora de familia del ICBF.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Qué le consta de la disponibilidad o turnos que prestaba?

RESPONDIÓ: tenía entendido que como funcionarios del ICBF tenían turnos rotativos de disponibilidad de igual forma como nosotros, lo que pasa es que el SRPA del artículo 150 no le recuerdo, cita la permanencia de los defensores de familia de estar disponibles 24 horas, para la fecha ellos trabajaban turnos rotativos de 3 defensorías, hubo una fecha que hubieron 2 defensorías, les llegaban a tocar turnos de acuerdo a los casos que se presentaban de 24 horas, donde sin importar la hora y porque la ley la obliga tenía que ir a responder por su trabajo como defensora de familia.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Cómo eran sus turnos? RESPONDIÓ: mis turnos cuando me tocaban actos urgentes hubo una época que nos tocó turnos de 24 horas, como trabajaba 24 descansaba 24, después se fue dando manejo eran turnos de 12 horas bien sea que me tocara de 7 de la mañana 7 de la noche o fuera al contrario de 7 de la noche a 7 de la mañana, en esos turnos nos encontrábamos con la Dra. Beatriz cuando se encontraban adolescentes aprehendidos. (...)

PREGUNTA LA APODERADA DE LA PARTE DEMANDANTE: ¿de qué manera tuvo encuentros, enlaces laborales con la señora Beatriz, cómo funcionaban esos llamamientos y cómo operaban esos acompañamientos? RESPONDIÓ: se presenta el caso de actos urgentes, dependiendo del delito de una vez se pasa el número a la patrulla de vigilancia quien hace el llamado al defensor de familia para que haga presencia el SRPA para que haga el acompañamiento al adolescente sin importar la hora la ley dice que debe hacer presencia el defensor de familia, entonces hasta que esté terminado el caso esto puede durar hasta 8 horas (...) el defensor con su equipo psicotécnico verifican y garantizan los derechos al adolescente dependieran cuando se presentaran casos de actos urgentes..

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿hasta qué momento la acompaña? RESPONDIÓ: dependiendo del caso, de lo que dure, como pueda ser que se presentara 8 de la noche hasta 1 o 6 de la mañana, o en el día también se presentara dependía de la hora que se presentara el caso.

(...)

PREGUNTA APODERADO DE LA PARTE DEMANDANDA: ¿había ocasiones en donde no habían aprehendidos? RESPONDIÓ: había ocasiones en donde no se presentaban, había noches que no había nada que o era necesaria la presencia del defensor, pero el horario laboral de ellos era de 8 o 7, era una planilla cada uno tiene su control (...).

(...)”

4.4. DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

La demanda versa sobre la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo, mediante el cual la demandada le negó el reconocimiento y pago de los recargos por trabajo en horas extras, jornadas nocturnas y días de descanso obligatorio (dominicales y festivos) en su calidad de Defensora de Familia del ICBF ante el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes SRPA.

Como se indicó con antelación en esta providencia (v.num.4.2.2), no se puede perder de vista que la ley 1098 de 2006 establece que los horarios de las defensorías y comisarias de familia son permanentes y continuos con el fin de asegurar la protección y el restablecimiento de los derechos a los menores de edad; así como también, que el cargo que desempeñaba la demandante correspondía al nivel profesional Código 2125, grados 13, 15 y 17 (v.num.4.3.5), y que no existe disposición normativa que permita el reconocimiento del trabajo suplementario o de horas extra a empleados públicos de este nivel por cuanto su reconocimiento es exclusivo para empleados que pertenezcan al nivel técnico hasta el grado 9 o nivel asistencial hasta el grado 19 (v.num.4.2.1), por lo cual no tendría derecho a percibir horas extras.

Cabe advertir que la parte demandante acude al principio de la realidad sobre las formas y a la igualdad, por lo que considera que no debe existir esa restricción del reconocimiento para los cargos

del nivel profesional; sin embargo, se ha de recordar que una de las condiciones para que proceda el trabajo suplementario y las horas extras es que este debe ser autorizado previamente y se deben especificar las tareas que habrán de desempeñarse (v.num.4.2.1) y, en el presente caso sólo existe una programación de turnos de disponibilidad (v.num.4.3.1, 4.3.2 y 4.3.3), lo cual quiere decir que no existía obligación de permanecer en la entidad oficial, ni hay certeza de si se iba a realizar o no alguna tarea específica, ya que estos actos tan solo determinaban la obligación de permanecer atentos y acudir en caso del llamado a prestar el servicio.

Véase como, dentro del expediente no se aportaron elementos probatorios que permitan establecer que los turnos de disponibilidad fueron efectivamente laborados en el lugar de trabajo o en oficinas del ICBF, pues si bien es posible establecer que la jornada de la actora no es mixta que abarque horas nocturnas, no se demostró que efectivamente prestó estos servicios en horas nocturnas, dominicales o festivos más allá de los compensatorios reconocidos en 2017 (v.num.4.3.4) y de lo mencionado por los testigos (v.num.4.3.6).

De lo indicado por la parte actora en la demanda y de lo establecido en el proceso, en especial lo declarado por los testigos (v.num.4.3.6), la situación de la demandante se enmarca dentro de la regla general, es decir una jornada laboral de 44 horas semanales con una jornada de turnos de disponibilidad cada 3 semanas, respecto de los cuales sólo procede su reconocimiento cuando el empleado se encuentra en el lugar de trabajo y demuestre que efectivamente prestó el servicio, puesto que si el turno de disponibilidad es fuera del lugar de trabajo como es el caso de la demandante, bien puede esta desarrollar otro tipo de actividades de carácter particular, ya que solo hasta cuando se efectúa el llamado para atender el servicio, es que se acude a realizar efectivamente sus funciones y procede el “pago”.

No obstante, como para el nivel del cargo de la demandante no es posible el reconocimiento de horas extras, el mismo Decreto 1042 de 1978 en su artículo 36 literal e señala que *“Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superar dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo”*, es decir que ante la improcedencia del pago de horas extras para los turnos de disponibilidad, procede el reconocimiento de tiempo compensatorio, situación que se encuentra debidamente acreditada en el proceso para el último trimestre de 2017 (v.num.4.3.4) y que guarda relación con lo manifestado por uno de los testigos, quien afirmó que estos debían ser coordinados, y que su reconocimiento fue desde el año 2009 por parte del ICBF (v.num.4.3.6).

Aunado a lo anterior, y aunque la demandante afirma que cumplió una jornada laboral superior a la de los demás servidores públicos, lo cierto es que no demostró la prestación de dicho servicio en jornadas adicionales, pues sólo probó la existencia de unos turnos de disponibilidad de los cuales no acredita la prestación efectiva del servicio, a excepción de los del año 2017, que se infiere prestó pues le fueron pagados a través de compensatorios (v.num.4.3.4) al no ser procedente el pago de horas extras para empleados del nivel profesional, por lo que se considera que no se encuentran desvirtuados los actos administrativos demandados ni las razones expuestas por la demandada para negar el reconocimiento y pago de los recargos por trabajo en horas extras, jornadas nocturnas y días de descanso obligatorio (dominicales y festivos).

En este orden de ideas, se declararán probadas las excepciones propuestas por la demandada denominadas “INEXISTENCIA O FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR” y “COBRO DE LO NO DEBIDO”, entendiéndose así que le asiste razón a la entidad demandada para no proceder a los reconocimientos solicitados por la parte actora.

4.5. DE LA CONDENA EN COSTAS.

El artículo 365 del C.G.P., aplicable al caso por disposición expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en virtud de la derogatoria del Código de Procedimiento Civil, dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y, como quiera que la parte demandante fue la parte vencida, resulta ajustado a derecho aplicar este criterio, por lo que, en consecuencia, se procederá a condenarla al pago de las costas procesales.

Para el efecto, y como quiera que se trata de un asunto contencioso administrativo en donde se perseguían pretensiones por valor de CIENTO DIECISEIS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS (\$116.434.306), que se encuadran en el proceso de mayor cuantía, según lo establecido en el Acuerdo 10554 de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, los montos mínimos y máximos de estos serán entre el 3% y 7.5%.

Dentro del expediente se encuentra acreditado que la parte demandada actuó a través de un apoderado quien contestó la demanda, compareció a la audiencia inicial y a la audiencia de pruebas y presentó sus alegatos de conclusión, y si bien no es posible establecer que este fue contratado y que la entidad incurrió en el pago de honorarios, aun en caso de ser un empleado de planta el criterio jurisprudencial ha indicado que esta situación ha de ser comparable a cuando la parte actúa en nombre propio, por lo que, teniendo en cuenta dichas intervenciones procesales se impone una condena equivalente al cinco por ciento (5%) de la cuantía de las pretensiones de la demanda.

V.- DECISIÓN

Como natural corolario de lo expuesto, la Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas “INEXISTENCIA O FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR” y “COBRO DE LO NO DEBIDO” propuestas por la parte demandada, por las razones esgrimidas con antelación.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandante. Por secretaría procédase a su liquidación, para ello se fijan como agencias en derecho el equivalente al cinco por ciento (5%) de la cuantía de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: ORDENAR se efectúe la devolución de los dineros consignados por la parte demandante por concepto de gastos del proceso, si los hubiere, lo cual deberá realizarse por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, acorde con lo establecido en la Circular DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019, y los lineamientos establecidos para tal fin.

QUINTO: En firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente previa cancelación de su radicación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



INÉS ADRIANA SÁNCHEZ LEAL
JUEZ

Firmado Por:
Ines Adriana Sanchez Leal
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d2370da9b179fef3af36a245285b9e10acdd9d95958250cb8fa3a8c0569ef8e2**

Documento generado en 26/09/2022 07:30:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>