

Al responder cite este número
DEF 16-0000096-DOJ-2300

Bogotá D.C., 11 de octubre de 2016

Doctora
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera Ponente
Sección Segunda
CONSEJO DE ESTADO
E.S.D.

Asunto: Expediente No. 11001032500020160048200 (2215-2016)
Nulidad del artículo 20 (parcial) del Decreto Reglamentario 4669 de 2006,
sobre pago de horas extras, dominicales y festivos en el Instituto Nacional
de Medicina Legal y Ciencias Forenses
Actor: Jairo Villegas Arbeláez
Contestación de demanda

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA, actuando en nombre y representación de la Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho, en mi calidad de Directora de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15, numeral 6, del Decreto-Ley 2897 de 2011, y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida mediante Resolución 0641 de 2012, procedo a contestar la demanda dentro del proceso de la referencia, así:

1. Norma demandada y concepto de la violación

1.1. Se demanda la nulidad del artículo 20 (parcial) del Decreto 4669 de 2006, en los apartes que se subrayan, así:

Decreto 4669 de 2006 (diciembre 27)

Por el cual se modifica el régimen de nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y se dictan otras disposiciones en materia salarial y prestacional.

“ARTÍCULO 20. HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS. Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, de descansos compensatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Profesional, Técnico y/o Asistencial, siempre y cuando ejerzan funciones médico legales y forenses.”

PARÁGRAFO 1o. En ningún caso podrá pagarse mensualmente por el total de horas extras, dominicales y festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual de cada funcionario.

PARÁGRAFO 2o. La autorización de horas extras para el nivel profesional y técnico se hará **siempre y cuando el servicio forense a prestar corresponda exclusivamente a la atención de urgencias médico legales** y su liquidación y pago se realizará de conformidad con lo establecido en el Decreto 1042 de 1978 y de más normas que lo modifiquen, supriman o adicionen.

En todo caso la autorización para laborar en horas extras tendrá un límite de ochenta (80) horas mensuales y sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal."

1.2. Como concepto de la violación se aduce que el reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos para los empleados del nivel profesional, técnico y asistencial del Instituto de Medicina Legal, condicionado al ejercicio de funciones médico legales forenses y a la atención de urgencias médico legales, implica un trato discriminatorio y excluyente respecto de los empleados que ejercen funciones administrativas.

En ese sentido, alega el actor, que la norma impugnada vulnera el principio de igualdad de oportunidades, trato y no discriminación, pese a que ninguna de las normas reguladoras del Instituto sobre estructura, planta de personal, funciones de las dependencias o áreas y niveles de empleos, establece diferencia o exclusión para tener derecho a esa prestación por razón del empleo o funciones médico legales/forenses o administrativas. Asimismo, manifiesta que ninguna de las normas reguladoras de la jornada semanal de trabajo y de la retribución de trabajo de horas extras, dominicales y festivos de los empleados públicos, establece diferenciación entre empleos o funciones médico legales/forenses o administrativas para tener derecho a dicha remuneración.

Por lo anterior, afirma el demandante, la norma acusada vulnera los Convenios 95 y 111 de la OIT; los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política; los artículos 2-literal j) y 3 de la Ley 4 de 1992; el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011; los artículos 1, 33 y 37 de la Ley 938 de 2004; los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1975 de 2013; los artículos 33 y 36 a 40 del Decreto 1042 de 1978; los artículos 1 y 4 a 18 del Acuerdo 8 de 2012; el Acuerdo 22 de 2015; y el Acuerdo 017 de 2014.

2. Problema jurídico concreto

El problema jurídico a resolver en este proceso consiste en establecer si resulta violatorio del principio de igualdad, el condicionamiento señalado en la norma acusada para el reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos al personal profesional, técnico y asistencial del Instituto Nacional de Medicina Legal, en el sentido de exigir que corresponda al ejercicio de funciones médico legales forenses y a la atención de urgencias médico legales, no cobijando a quienes ejercen funciones administrativas.

3. Consideraciones de constitucionalidad y legalidad de la norma impugnada

En el presente caso la supuesta vulneración de las normas superiores no se configura, por lo cual el Ministerio de Justicia y del Derecho considera que resulta improcedente la nulidad del artículo 20 (parcial) del Decreto 4669 de 2006, por las siguientes razones:

3.1. La disposición reglamentaria se encuentra acorde con las disposiciones legales que regulan la materia

El Decreto Ley 1042 de 1978, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5 de 1978, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades del orden nacional y se fijan las escalas de remuneración correspondientes, señala en su artículo 33¹ que la asignación mensual fijada en las escalas de remuneración corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales y que dentro de dicho límite el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada el sábado con tiempo diario adicional de labor.

En consonancia con lo anterior, ha conceptuado recientemente el Departamento Administrativo de la Función Pública², que la jornada de cuarenta y cuatro horas semanales que deben cumplir los empleados públicos, será distribuida en el horario de trabajo que el jefe de cada entidad establezca, para ser cumplida de lunes a sábado, pudiendo compensar la jornada de este último día con tiempo diario adicional en los restantes días, de lo cual se deduce que el día domingo es de descanso, al igual que el sábado cuando el tiempo de labor de este día es incrementado a los demás.

En particular, respecto del reconocimiento y autorización del trabajo suplementario o de horas extras, es decir, aquel trabajo adicional a la jornada ordinaria de trabajo, el artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978 impone las siguientes exigencias: (i) que existan razones especiales del servicio; (ii) que el trabajo suplementario sea autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona a quien éste delegue tal atribución; (iii) que su reconocimiento se haga por resolución motivada; (iv) que en ningún caso se paguen más de cincuenta horas extra mensuales; (v) que el empleo correspondiente pertenezca al nivel técnico hasta el grado 9 o al nivel asistencial hasta el grado 19 -precisando respecto del nivel profesional que según el Decreto 660 de 2000 hay lugar al reconocimiento de horas extras en dominicales y festivos- (vi) y, que exista disponibilidad presupuestal para el pago de las horas extras.

Con fundamento en lo anterior, el Departamento Administrativo de la Función Pública³, órgano rector en materia salarial y prestacional de los empleados públicos, ha sostenido que respecto de las horas extras y compensatorios el rasgo esencial de la reglamentación es la excepcionalidad y que si bien no existe normatividad que permita laborar por el sistema de turnos, en atención a algunas actividades es necesario que exista continuidad en el servicio y, por lo tanto, es viable adecuar la jornada laboral de los empleados públicos de cuarenta y cuatro horas semanales, para que se cumpla de manera ininterrumpida en jornadas diurnas, nocturnas y mixtas, siempre y cuando se respete el derecho al descanso íntimamente ligado a la dignidad de los trabajadores.

¹ Modificado por la Ley 85 de 1986.

² Concepto Jornada Laboral del 30 de marzo de 2015. Radicado 2015-6000051931.

³ Ibídem.

Por otra parte, frente a la jornada nocturna, mixta y el trabajo en dominicales y festivos, el Decreto Ley 1042 de 1978 en sus artículos 34, 35 y 39, establece que el trabajo habitual o permanente en los días dominicales o festivos, dará derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado más el disfrute de un día compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo. El valor doble de la remuneración que corresponde al trabajo habitual en dominicales y festivos no incluye la remuneración ordinaria del empleo. Adicionalmente, el día festivo es de descanso por lo cual no se podrá otorgar un compensatorio para tal día.

De lo anterior se desprende, en relación con la norma acusada, que las apreciaciones del demandante carecen de sustento, al no considerar que el reconocimiento del trabajo suplementario o de horas extras, dominicales y festivos, conforme a las disposiciones legales a las cuales está sujeta la regulación que en tal sentido establece el Gobierno Nacional, debe respetar unos criterios y requisitos impuestos por el Decreto Ley 1042 de 1978, norma de carácter legal y de superior jerarquía al acto acusado, según la cual el trabajo suplementario debe ser autorizado previamente y por escrito por el jefe del organismo o por el funcionario que éste delegue, su reconocimiento debe hacerse mediante resolución motivada, sólo se puede autorizar el pago para determinados niveles de empleos y la autorización debe estar precedida de disponibilidad presupuestal, exigencias éstas que se deducen de la disposición impugnada y que resultan acordes con la previsión legal respectiva.

3.2. Interpretación errada de la norma acusada por parte del actor

Además de lo anterior, al efectuar una revisión integral del contenido normativo del decreto acusado, se advierte que el actor en este proceso incurre en una interpretación errada de la norma acusada, al considerar que los empleos supuestamente excluidos del pago de horas extras pertenecientes a los niveles profesional⁴, técnico y asistencial del Instituto, en caso de desempeñar funciones administrativas estarían excluidos del reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el mismo Decreto 4669 de 2006 en sus artículos 4, 5 y 6, al referirse a los empleos comprendidos en los niveles profesional, técnico y asistencial, contempla a aquellos cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos forenses propios de cualquier carrera profesional (nivel profesional), a aquellos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores forenses y de apoyo (nivel técnico), y aquellos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades forenses o complementarias (nivel asistencial), de lo cual se desprende en consonancia con la disposición impugnada, que el reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos, contempla no solo los diferentes niveles de los empleos sino el ejercicio de las funciones médico-legales y forenses respectivas, conforme así lo prevé la norma acusada.

Al respecto, resulta de suma claridad el concepto No. 100671 de 2013 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública frente a la inquietud sobre si se puede autorizar el pago de horas extras a los funcionarios el área administrativa del

⁴ El nivel profesional tiene derecho al reconocimiento de horas extras en dominicales y festivos según el Decreto 660 de 2000.

Instituto Nacional de Medicina Legal, en el cual se señala "...que el reconocimiento y pago de horas extras, sólo se puede autorizar al empleado que pertenezca al Nivel Profesional, Técnico y/o Asistencial, siempre y cuando **ejercen funciones médico legales y forenses**. La autorización de horas extras para el nivel profesional y técnico se hará siempre y cuando el servicio forense a prestar corresponda exclusivamente a la **atención de urgencias médico legales** y su liquidación y pago se realizará de conformidad con lo establecido en el Decreto 1042 de 1978 y demás normas que lo modifiquen, supriman o adicionen. Es importante tener en cuenta que para los empleados pertenecientes al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19 se les podrá autorizar el reconocimiento de horas extras, de acuerdo con las especiales necesidades del servicio, según lo consagrado en el Decreto 1042 de 1978 y los decretos salariales anuales."

3.3. No vulneración del principio de igualdad

En el presente caso, no resulta viable aducir la vulneración del principio de igualdad bajo el supuesto de considerar que la norma impugnada conlleva a un trato discriminatorio en cuanto al reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos para quienes desempeñan funciones administrativas frente a aquellos que cumplen funciones médico legales/forenses, por cuanto pretender el pago de trabajo suplementario por actividades respecto de las cuales no está autorizado dicho reconocimiento resulta contrario a las exigencias impuestas legalmente y ello implicaría un abuso del derecho.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que el trabajo de horas extras, dominicales y festivos, debe ser previamente autorizado por el Jefe del organismo y dicha exigencia se encuentra prevista para quienes en los niveles de empleos respectivos ejercen o desempeñan funciones médico legales/forenses, de manera que el trabajo suplementario bajo supuestos no autorizados no puede configurarse de forma automática en tanto dicha autorización imprescindiblemente debe ser previa y oficializada por escrito y, además, debe cumplir las exigencias señaladas impuestas en el Decreto Ley 1042 de 1978, para su autorización y reconocimiento.

En conclusión, la nulidad de los apartes acusados del artículo 20 del Decreto 4669 de 2006, no resulta procedente por cuanto no se logra desvirtuar la presunción de legalidad del mismo por vulneración de las normas superiores.

4. Petición

Por lo anteriormente expuesto, este Ministerio solicita respetuosamente al H. Consejo de Estado DECLARAR AJUSTADOS A DERECHO los apartes demandados del artículo 20 del Decreto 4669 de 2006 y, en consecuencia, NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

5. Anexos

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

5.1 Copia de la parte pertinente del Decreto 2897 de 2011, en cuyo artículo 15, numeral 6 asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, la
Bogotá D.C., Colombia

función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.

5.2 Copia de la Resolución 0641 de 2012, por la cual se delega la representación judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho, en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, para intervenir en los procesos ante el Consejo de Estado.

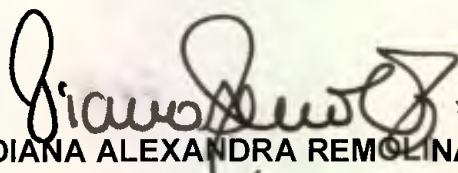
5.3. Copia de la Resolución 0647 del 29 de agosto de 2016, por la cual se nombra a la suscrita en el cargo de Directora Técnica en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, del Ministerio de Justicia y del Derecho.

5.4. Copia del Acta de Posesión de la suscrita en el cargo de Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, del Ministerio de Justicia y del Derecho.

6. Notificaciones

Las recibiré en la Calle 53 No. 13-27 de esta ciudad y en el buzón de correo electrónico del Ministerio para recibir notificaciones notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

De la Honorable Consejera,



DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA

C.C. 52.055.352 de Bogotá
T.P. No. 77.589 del C. S. de J.

Anexos: Lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez ,
Revisó y aprobó: Diana Alexandra Remolina Botía

EXT16-0028047, EXT16-0028361, MEM16-0007568, MEM16-0007334

T.R.D. 2300 540 10

CONSEJO DE ESTADO
EL ANTERIOR MEMORIAL FUE PRESENTADO
EN ESTA SECRETARÍA HOY

11 OCT 2016

SECCIÓN SEGUNDA

3
6
ANEXOS

BabM

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co