

CUERPO DE BOMBEROS OFICIALES – Creación / CUERPO DE BOMBEROS OFICIALES – Naturaleza jurídica / JORNADA LABORAL - Mixta

Las instituciones organizadas para la prevención y atención de incendios y demás calamidades conexas se denominan Cuerpos de Bomberos Oficiales, los cuales son creados por los Concejos Distritales, Municipales y quien haga sus veces en las entidades territoriales indígenas, para el cumplimiento del servicio público en su respectiva jurisdicción. Para tal fin el Concejo Distrital de Bogotá expidió el Acuerdo 22 de 1998 mediante el cual organizó el Cuerpo Oficial de Bomberos de Santafé de Bogotá, D.C., como una institución adscrita a la Secretaría de Gobierno para la prestación del servicio público esencial de prevención y control de incendios y demás calamidades conexas a fin de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del Distrito Capital. El Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, se rige por el reglamento dispuesto en el Decreto 388 de 1951, expedido por el Alcalde de la Ciudad, que en el artículo 10 establece que el personal de la Institución debe estar siempre listo y con ánimo de marchar al lugar donde las necesidades del servicio lo exijan y el Comando lo disponga; no se aceptan ni se tienen en cuenta necesidades e inconvenientes de familia para efectos de traslados, comisiones y demás servicios, pues es obligatorio cumplir las órdenes del Comando.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1798 / DECRETO 388 DE 1951 / LEY 322 DE 1966

CUERPO DE BOMBEROS OFICIALES – Trabajo suplementario / TRABAJO ORDINARIO – Dominicales y festivos / REMUNERACION EN DOMINICALES Y FESTIVOS – Equivalente al doble del valor de un día de trabajo habitual / RECARGO – Ordinario nocturno y festivo nocturno

El artículo transcrito señala que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos corresponde a los empleados públicos que en razón de sus funciones deban laborar habitual y permanentemente los dominicales o festivos. En tales casos el trabajo se remunera con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo habitual por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado. En efecto, la jornada laboral del actor se desarrolla bajo el sistema de turnos, lo que implica una previa programación de su jornada laboral mensual, por lo que conocía de antemano los domingos del mes que debía prestar sus servicios, convirtiéndose en un hábito laborar, según la rotación de turnos prevista, lo que hace que su labor en días de descanso se convirtiera en algo habitual. De acuerdo con las pruebas arrojadas al expediente observa la Sala que la entidad demandada canceló el valor suplementario, el trabajo habitual de domingos y festivos diurno con el 100% y la remuneración ordinaria, para un total de 200%; el recargo ordinario nocturno con el 35%; y el recargo festivo nocturno con el 235%.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1798 / DECRETO 388 DE 1951 / LEY 322 DE 1966

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ (E)

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00515-01(1051-13)

Actor: ASDRUBAL LOZANO BALLESTEROS

**Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ - SECRETARÍA DE GOBIERNO
- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS
D.C.**

AUTORIDADES DISTRITALES.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la Sentencia de 21 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección E, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Asdrubal Lozano Ballesteros contra el Distrito Capital de Bogotá, Secretaría de Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.

LA DEMANDA

Estuvo orientada a obtener la nulidad de la Resolución No. 406 de 17 de noviembre de 2009, proferida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital y de los Oficios No. 20093330312411 de 31 de agosto de 2009 y OAJ – 2009 – 1620 de 13 de noviembre de 2009, expedidos por el mismo funcionario; y OAJ – 2009 – 1087 de 9 de septiembre de 2009, suscrito por la Jefe de la Oficina Jurídica de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, que negaron el reconocimiento y pago de las horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos ordinarios, festivos diurnos y nocturnos, y las diferencias generadas por la inclusión de los anteriores factores, respecto de las primas de servicios, vacaciones, navidad, sueldo de vacaciones y demás factores salariales y prestacionales percibidos por el demandante hasta el 31 de diciembre de 2006, como empleado público del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho

solicitó condenar a la entidad demandada a reconocerle y pagarle la liquidación del tiempo laborado entre el 20 de agosto y el 31 de diciembre de 2006, en total 50 horas extras mensuales diurnas en días ordinarios, laborados en exceso de la jornada máxima legal para empleados territoriales (44 horas semanales); 15 días de salario básico como tiempo compensatorio por cada mes laborado; descansos compensatorios por haber prestado servicios de manera ordinaria los domingos y festivos; los recargos nocturnos del 200% y 235%, y las diferencias generadas por la inclusión de los factores anteriores, en las primas de servicio, vacaciones y de navidad, sueldo de vacaciones y demás factores salariales y prestacionales percibidos por el demandante incluido el auxilio de cesantías.

La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la Sentencia conforme a lo dispuesto en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes **HECHOS**:

El Decreto No. 540 de 2006 por el cual se estableció la planta de cargos de la Secretaría Distrital de Gobierno, determinó que los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá serían incorporados sin solución de continuidad y conservarían los derechos consolidados y las garantías laborales protegidas por la ley.

Ante la transformación de la entidad, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo No. 257 de 2006 proferido por el Concejo Distrital y los Decretos Reglamentarios expedidos por el Alcalde Mayor del Distrito Capital, el demandante es empleado público territorial y presta sus servicios mediante relación legal y reglamentaria, en el Distrito Capital – Secretaría de Gobierno – Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá a partir del 1º de enero de 2007.

Durante la relación legal y reglamentaria como empleados públicos territoriales, el actor y sus compañeros se desempeñaron en cargos como Bomberos Tripulantes, Maquinistas, Cabos, Cabos Maquinistas, Sargentos y Tenientes del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., ahora Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., laborando en turnos alternativos y consecutivos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, de tal manera que mensualmente trabajan 15 turnos de 24 horas, lo cual equivale a 360 horas de trabajo mensuales. Como los turnos son sucesivos y el personal se encuentra

dividido en dos grupos, alternan una semana de 96 horas de trabajo y la siguiente de 72 horas.

Los cargos del personal operativo de la entidad demandada se encuentran en el nivel asistencial y técnico, de tal manera que el cargo de Bombero equivale a un Asistente Administrativo Grado 15, el de Cabo Bombero a un Asistente Administrativo Grado 17, el de Sargento Bombero a un Asistente Administrativo Grado 18, y el Teniente de Bombero a un Asistente Administrativo Grado 21; el personal de Asistentes Administrativos que laboran en diferentes entidades y dependencias del Distrito Capital cumplen horarios de 42.5 horas semanales y devengan el mismo salario básico que el personal operativo de bomberos.

El demandante en su calidad de empleado público territorial percibe salario mensual determinado por el Alcalde Mayor del Distrito Capital, teniendo como jornada máxima legal 44 horas laborales semanales, equivalentes a 190 horas mensuales, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1042 de 1978.

El ente demandado ha venido cancelando desde hace varios años recargos nocturnos ordinarios de 35% entre lunes y sábado de 6 p.m. a 6 a.m. del día siguiente, al personal operativo que labora en turnos de 24 horas, y para la liquidación de esos recargos se dividió el salario básico mensual por 240 horas y se multiplicó ese resultado por el 35% y luego por el número de horas, resultando así perjudicado el patrimonio del actor, toda vez que el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 establece que la asignación básica mensual corresponde a jornadas de 44 horas semanales, por lo tanto aplicar la pretendida fórmula viola la norma mencionada.

La misma operación matemática se utilizó para pagar los recargos festivos diurnos y nocturnos, pues las 240 horas mensuales se dividieron por el porcentaje aplicable y se multiplicaron por las horas laborales diurnas o nocturnas.

El actor ingresó al Distrito Capital mediante nombramiento en el cargo de Bombero, por Resolución No. 0942 de 21 de junio de 1989, proferida por el Secretario de Gobierno Distrital, y se posesionó el 4 de julio de 1989, actualmente desempeña el cargo de Subcomandante de Bomberos Código 336 Grado 22 en la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

La asignación mensual percibida entre el 1º de enero y el 8 de noviembre de 2007 fue de \$1.008.240, entre el 9 de noviembre y el 31 de diciembre de 2007 fue de \$1.192.351, del 1º de enero al 31 de diciembre de 2008 devengó \$1'263.893, y del 1º de enero de 2009 al 31 de marzo del mismo año, la suma de \$1.263.893 y de 1 de abril al momento de expedición del certificado, devengaba \$1'828.755.

La entidad demandada certificó que la jornada laboral del demandante establece el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, debido a que el servicio prestado es un servicio público esencial de conformidad con lo dispuesto en la Ley 322 de 1996.

El actor solicitó a la entidad demandada mediante escrito radicado el 21 de agosto de 2009, la liquidación y pago de las horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos adeudados, y la reliquidación de sus prestaciones.

El ente demandado negó la solicitud anterior fundamentada en la interpretación de los artículos 33 a 35 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, pues como los turnos del personal uniformado del Cuerpo Oficial de Bomberos correspondían a 24 horas de labor y 24 de descanso remunerado, es decir, como su jornada laboral ordinaria incluía horas diurnas y nocturnas, no generaban el reconocimiento y pago de horas extras.

Lo anterior sin considerar las 360 horas laboradas por el personal en relación con las 190 horas de jornada máxima legal para empleados públicos territoriales; respecto a los descansos compensatorios manifestó que son optativos o se cancelan con el recargo de 35%; los festivos fueron cancelados con una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo y el recargo del 35%.

El 27 de agosto de 2009 el demandante radicó reclamación laboral dirigida a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, para solicitar la liquidación y pago de las horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos adeudados, y la reliquidación de sus prestaciones, la cual fue negada por la entidad.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, preámbulo, artículos 1, 2, 13, 25, 39, 48 y 53; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos, artículo 7; Decreto 1042 de 1978, artículos 33, 34, 36, 37 y 39; Decreto 85 de 1986, artículos 1, 2 y 3.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la entidad contestó la demanda (fls. 214 a 243 vto), oponiéndose a las pretensiones con los siguientes argumentos:

La Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos no desconoce el derecho al reconocimiento de horas extras del personal de bomberos, el cual se evidenció a partir del cambio jurisprudencial del Consejo de Estado mediante Sentencia de 17 de abril de 2008. Exp. 1022-2006, ratificada en la Sentencia de 2 de abril de 2009. Exp. 2003-0039, por lo tanto puede afirmarse que frente al pago de horas extras, no hay discrepancia, sin embargo sí la hay en la forma en que el demandante pretende que le sean liquidadas y en los demás derechos laborales.

De acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado proferida hasta el año 2008, los Bomberos no tienen jornada de trabajo, así como tampoco la tienen los empleados de dirección confianza o manejo, pues cumplen una especialísima función en beneficio de la seguridad ciudadana, que no puede ser suspendida ni sometida a jornada laboral.

Con fundamento en lo anterior y con apoyo en la seguridad jurídica que brinda la historia jurisprudencial respecto al tema, la entidad demandada le ha pagado a sus servidores los recargos nocturnos, diurnos, dominicales y festivos.

Sin embargo, de acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado a partir del 2008¹, el personal de bomberos está sujeto a una jornada de trabajo especial, la cual debe estar regulada por el ente empleador y cuando éste omite expedir tal regulación debe entenderse que la jornada de trabajo aplicable a estos servidores es la correspondiente a 44 horas semanales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

La entidad demandada se ha regido por el principio de favorabilidad laboral al

¹ Consejo de Estado, sentencia de 2 de abril de 2009, expediente 9258-2005, actor: José Dadner Rangel Hoyos y otros, Consejero Ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila.

sostener que aplicar la normatividad relacionada con el pago de horas extras, genera un detrimento patrimonial a los empleados del nivel operativo.

Los valores que se han pagado a los empleados de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos, son mayores a los límites que dispone el artículo 4º del Acuerdo No. 3 de 1999, que indica que en ningún caso se pagará mensualmente por concepto de horas extras, dominicales o festivos, más del 50% de la remuneración básica mensual de cada funcionario.

La nueva Jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que aún atendiendo a la labor que ejercen las personas vinculadas al Cuerpo de Bomberos, éstos no están sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial, regulada por el ente empleador, y de no existir dicha reglamentación, se debe sujetar a la jornada prevista en el Decreto No. 1042 de 1978.

En el caso bajo examen existe regulación por parte del empleador en el Decreto No. 991 de 1974, el cual tuvo en cuenta la naturaleza de la función permanente de los Bomberos y sus características en el campo de aplicación.

Existe un trato diferente para el personal de Bomberos, en relación con otra clase de empleados Distritales, ya que su labor es especialísima y única por la actividad de seguridad que desempeñan, pues no es concebible a la luz de la Ley 322 de 1996, que se preste un servicio interrumpido de Bomberos.

El Distrito Capital cuenta con reglamentación de turnos para la prestación personal del servicio de Bomberos, para los empleados del nivel operativo del Cuerpo Oficial, la cual se encuentra señalada en los artículos 85, 102 y 134 del Decreto 388 de 1951.

Con posterioridad a la expedición del Decreto en mención, no se ha proferido ninguna norma de la misma naturaleza que lo haya modificado o derogado de manera expresa o tácita, por lo que conserva su vigencia. Mediante Decreto No. 991 de 1974 la Alcaldía Mayor de Bogotá expidió el Estatuto de Personal para el Distrito Especial de Bogotá y en el artículo 131 reglamentó la jornada laboral para los empleados distritales, excluyendo expresamente a los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante Sentencia de 21 de junio de 2012, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (fls. 505 a 544), y señaló:

Los artículos 85, 102 y 134 del Decreto Distrital No. 338 de 1951, señalan que el personal de Bomberos debía cumplir un horario de 24 horas de servicios, sin especificar los descansos ni el reconocimiento de ese tiempo, por tanto, la Entidad no logró probar la existencia de una jornada especial, y por ello habrá de acudirse a las normas de carácter general aplicable a los empleados públicos.

En su contestación, la entidad demandada afirmó que reconoció los recargos nocturnos y festivos, y festivos diurnos y nocturnos, con fundamento en los artículos 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, norma que se debió aplicar en su integridad, en virtud del principio de inescindibilidad.

La jornada laboral de esos empleados es de 44 horas semanales, 190 mensuales, las horas nocturnas tendrán un recargo del 35% o periodos de descanso, y en el caso en que se exceda el límite de hora semanal, habrá lugar al reconocimiento de horas extra (diurna – nocturna), si se trabajan dominicales y/o festivos en forma habitual, éstos se pagarán en forma equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada día dominical o festivo remunerado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio. Además, las horas extras y los dominicales y festivos, no podrán superar el 50% del salario devengado mensualmente por un empleado.

El demandante prestó sus servicios como Miembro del Personal Operativo de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos a partir del 4 de julio de 1989. Así mismo, desde el 1 de enero al 8 de noviembre de 2007, ocupó el cargo de Sargento de Bomberos Grado 16; de 9 de noviembre de 2007 a 31 de enero de 2009, laboró como Teniente de Bomberos Grado 21 (Estos último dos cargos pertenecen al nivel asistencial); y de 1 de febrero de 2009, a la fecha, se desempeñó como Subcomandante de Bomberos, Grado 22 Perteneciente al nivel técnico).

El reconocimiento de horas extras y compensatorios, se encuentra limitado a los

niveles administrativo, operativo, y técnico, estos últimos hasta los grados 19 y 09, respectivamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Acuerdo No. 3 de 1999, en concordancia con el artículo 36 del Decreto No. 1042 de 1978.

A partir del 9 de noviembre de 2007, el señor Lozano Ballesteros ocupó cargos del Nivel Asistencial Grados 21 y 22, que no tienen establecido ese beneficio.

El actor ha laborado turnos de 24 horas por 24 de descanso remunerado, según lo dispuesto en el Decreto No. 388 de 1951, por tanto, en una semana trabajó 72 horas y en la siguiente, 96, en consecuencia, trabajó 360 horas cada mes, de éstas, en agosto de 2008, 2 dominicales y un festivo, y en septiembre, 2 dominicales.

La entidad demandada ha pagado el recargo nocturno de 35% todos los días (sean ordinarios o no); y los domingos y festivos, una remuneración doble, que se ha tenido en cuenta como factor salarial.

La Entidad afirmó que con fundamento en los artículos 34 y 39 del Decreto No. 1042 de 1978, le pagó al actor los recargos nocturnos y festivos diurnos y nocturnos, sobre la base de 240 horas.

Aunque el Distrito ha reconocido algunos factores por los turnos que presta el personal de Bomberos, los cuales han implicado un sobresueldo del 80% al 100%, tal actuación carece de sustento legal y rompe con el principio de inescindibilidad, pues liquida los conceptos conforme al Decreto No. 1042 de 1978, pero no lo acata en lo demás.

La Jurisprudencia actual del Consejo de Estado, señala que es incompatible reconocer recargos nocturnos, horas extras, compensatorios, festivos, y dominicales, y además, otorgar descansos remunerados.

El inciso 4 del artículo 4 del Acuerdo No. 3 de 1999 que rige para el Ente territorial demandado, determina que la sumatoria de la liquidación que prevén los artículos 36 y 39 del Decreto No. 1042 de 1978 – horas extras y dominicales- no podrá superar el 50%, respecto de la asignación básica.

El demandante efectuó turnos sin una reglamentación especial, pues el Distrito carece de normas que regulen el pago de los mismos, empero, limitar éste a un

50% genera un trato discriminatorio, pues esa restricción no está prevista en una disposición de carácter nacional, por tanto, atendiendo a la jerarquía de la Constitución y el rango del derecho positivo, esa normativa habrá de inaplicarse.

Según la Jurisprudencia que rige el asunto, mientras no exista un régimen especial que reglamente la jornada máxima de trabajo el personal de Bomberos, se debe encuadrar dentro del límite máximo de trabajo fijado para el resto de los empleados públicos, que no es otro que 44 horas semanales o 190 horas mensuales, por tanto, toda labor que exceda ese tiempo, se entiende como trabajo suplementario, que debe ser reconocido en pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de ley.

No le asiste razón al Distrito al señalar que la liquidación que venía aplicando al actor, es la más favorable, pues el Decreto 1042 de 1978, señala una jornada ordinaria de 190 horas, y prevé las horas extras, compensatorios a quienes laboren en forma habitual los domingos y festivos, y un recargo equivalente al doble de la asignación básica, sin perjuicios de la remuneración básica por laborar el mes completo.

Por lo anterior, ordenó liquidar mes por mes las mesadas que no se encuentren prescritas, esto es, a partir de 27 de agosto de 2006, con los factores previstos en el Decreto No. 1042 de 1978, deduciendo los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador, y pagar las diferencias generadas entre los valores ya reconocidos y los que surjan. Para el efecto, la administración municipal deberá liquidar las horas extras previstas en el mencionado decreto, teniendo en cuenta que el reconocimiento se causó el 8 de noviembre de 2007.

Negó el reconocimiento de los compensatorios por los días dominicales laborados, por cuanto la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que el descanso compensatorio surge del trabajo realizado en los días que no son hábiles.

El artículo 45 del Decreto No. 1045 de 1978 prevé que las horas extras, el valor del trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso constituyen factor de salario para la liquidación de prestaciones sociales, incluyendo las cesantías e intereses de éstas, por tanto, es deber del liquidador incluir aquellos conceptos en la liquidación, al igual que los descansos

compensatorios, pues como ya lo ha indicado el Consejo de Estado, la relación contenida en esa norma, no es taxativa, pues constituyen salario todas aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé.

Indicó, que debe aplicarse el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A., pues para el asunto, el reconocimiento de valores ya cancelados y los descansos remunerados que tendrían que descontarse, conlleva a un cruce de cuentas, que podría generar un remanente a favor de la entidad demandada.

No encontró mérito para imponer condena en costas, pues aunque la tesis de la entidad demandada fue vencida, se enmarcó en argumentos razonables, sin que se advierta temeridad o mala fe.

Ordenó que las sumas reconocidas sean indexadas, de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.

EL RECURSO

La parte demandada, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación cuya sustentación corre a folios 627 a 638 del expediente en el siguiente sentido:

La “*UAESCOBB*” se debe regir por un sistema especial mixto, por turnos, situación que ha sido prevista en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, que señala “... *De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente para el sistema de turno, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en la jornada que incluyan horas diurnas y extras nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo de treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con periodos de descanso...*”

El legislador extraordinario planteó esa salvedad, pues en los eventos en que exista un sistema diferente al de las 44 horas semanales, es posible, mediante el sistema de turnos, contar con una forma distinta de liquidación de recargos y trabajo adicional. Para el caso, las normas especiales son los Decretos Nos. 388 de 1951 y el párrafo del artículo 131 del Decreto No. 991 de 1974, en los que se

reguló que la actividad bomberil debe ser permanente, y por ende, el servicio se presta en forma especial.

El artículo 33 del Decreto No. 1042 de 1978 hace referencia al personal de oficina u otra clase de empleados, pero no rige a quienes cumplen funciones especiales, por tanto, a los Bomberos no les aplica el sistema relacionado con la jornada de 44 horas semanales, tal como se indicó en Sentencia de 2 de abril de 2009, proferida por el Consejo de Estado, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado. En esa Providencia se le dio validez al Decreto No. 388 de 1951, en los que se indicó que la jornada especial se encuentra vigente.

Por lo anterior, la "UAESCOOB" no aplica la jornada ordinaria citada, ya que cuenta con una jornada especial de 24 horas de labor por 24 de descanso, según se expresó en los artículos 85, 102 y 134 del Decreto No. 388 de 1951, pero liquida los recargos que se generan en ese sistema, con los porcentajes del Decreto No. 1042 de 1978.

No existe violación del derecho a la igualdad, porque éste se predica entre iguales y no entre personas con situaciones jurídicas diferentes, pues el personal de Bomberos cuenta con un régimen de aportes especiales para riesgos profesionales, que asciende al porcentaje del 6.96%, el cual es asumido por la entidad. Además, tiene una prima de riesgo especial, en razón a la actividad que desarrolla.

Al personal Operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos no le es aplicable el artículo 33 del Decreto No. 1042 de 1978, toda vez que esa función es esencial y los Bomberos en comparación con otros empleados del nivel asistencial y técnico cuentan con prerrogativas que les generan una situación beneficiosa.

La Ley 322 de 1996 señala que la función bomberil es una labor continua e ininterrumpida, tal como se expresó en la Sentencia de 24 de julio de 2008. M.P. Rad. 3465-2003. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, en la que se indicó que la labor de los Bomberos, se encuadra dentro de las actividades de alto riesgo y grave peligro y requiere de normas especiales.

El Alcalde Distrital, a través del Decreto 991 de 1974, reglamentó que el personal de Bomberos de Bogotá no tiene horario. Además, en virtud de las facultades

concedidas por el Gobierno Nacional a través del artículo 1 transitorio de la Constitución Política, el Distrito Capital de Bogotá, tiene un régimen especial en materia fiscal, administrativa y política. Por lo anterior, el Concejo de Bogotá, mediante el Acuerdo 3 de 1999, reguló las horas extras. Lo anterior, implica la inaplicación del Decreto No. 1042 de 1978, pues el régimen de empleados públicos de Bogotá, goza de plena autonomía.

El Decreto No. 388 de 1951, por medio del cual se estableció el reglamento de Bomberos, en sus artículos 85, 102 y 104, reglamentó en forma especial la actividad del Cuerpo de Bomberos del Distrito Capital. Con posterioridad a este Decreto, no se ha expedido norma de la misma naturaleza (especial), que lo haya modificado o derogado, expresa o tácitamente, por lo cual, mantiene su vigencia, pues aunque posteriormente se expidió el Decreto No. 991 de 1974, por medio del cual se efectuó el Estatuto de Personal para el Distrito Especial de Bogotá, que en su artículo 131 reglamentó la jornada laboral para los empleados distritales, expresamente excluyó a los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos.

Como no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Debe la Sala determinar si el señor Asdrubal Lozano Ballesteros tiene derecho a que la entidad demandada reliquide y pague las horas extras, días compensatorios, recargos nocturnos ordinarios y extraordinarios causados con ocasión de su labor como Bombero del Distrito Capital, conforme al Decreto 1042 de 1978.

Actos acusados

1. Oficio No. 20093330312411 de 31 de agosto de 2009, proferido por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá, que negó el reconocimiento y pago de las horas extras y compensatorios solicitados, teniendo en cuenta que se le reconoció y pagó el salario al personal uniformado del Cuerpo Oficial de Bomberos, de

conformidad con las disposiciones vigentes, en especial las del sistema de turnos, correspondiente a 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso remunerado; y los descansos compensatorios se liquidaron de acuerdo con el artículo 35 del Decreto No. 1042 de 1978 (fl. 14 a 17).

2. Resolución No. 406 de 17 de noviembre de 2009, proferida por el Director de Gestión Humana (E) de la Secretaría Distrital de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá, que confirmó la Decisión anterior considerando que jurídicamente no es viable reconocer las prestaciones solicitadas, teniendo en cuenta que el reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y los compensatorios, se cancelaron de acuerdo a la jornada mixta por turnos que señala el mencionado Decreto (fls. 33 a 36).
3. Oficio No. OAJ-2009-1087 de 9 de septiembre de 2009, expedido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, que negó la solicitud del demandante, manifestando que liquidó los recargos ordinarios nocturnos en un 35%, recargos festivos diurnos en 200% y recargos festivos nocturnos en 235% (fls. 42 y 43).
4. Oficio OAJ-2009-1620 de 13 de noviembre de 2009, proferido por el Director (E) de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, que confirmó la negativa del reconocimiento y pago de horas extras y compensatorios argumentando que la liquidación se efectuó de conformidad con las normas que regulan las jornadas mixtas y el trabajo ordinario en días dominicales y festivos (fls. 61 a 66).

De lo probado en el proceso

Por medio de Oficio de UAECOB de 28 de septiembre de 2009, la Subdirectora de Gestión Corporativa del Cuerpo de Bomberos – Alcaldía Mayor de Bogotá, dio respuesta a la Petición Rad. 2009ER10587 de 21 de septiembre de 2007, y señaló que el señor Asdrubal Lozano Ballesteros, ingresó al Distrito el 4 de julio de 1989 y a la Unidad Administrativa Especial – Cuerpo Oficial de Bomberos el 1º de enero de 2007. Indicó que desempeña el cargo de Subcomandante Bomberos Código 336 Grado 22.

Agregó que en el periodo comprendido desde el 1º de enero de 2007 hasta la fecha de la Certificación, se liquidó con los recargos festivos diurnos en un 200%, los recargos festivos nocturnos en un 235% y los recargos nocturnos ordinarios en un 35%. (fl. 6 y 7).

Mediante Petición radicada el 27 de agosto de 2009, el demandante le solicitó a la Secretaria de Gobierno del Distrito Capital la liquidación y pago de las horas extras diurnas y nocturnas en los días ordinarios, dominicales y festivos; los descansos compensatorios del año 2006; los recargos nocturnos del 35% en los días ordinarios y festivos, con base en el 200% y 235%, así como el pago de las diferencias salariales y prestacionales percibidas, entre éstas, las primas de servicio, vacaciones y navidad del año 2006, así como el sueldo de vacaciones (fl. 9 a 11).

En la misma fecha, el demandante elevó petición ante el Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, en iguales términos (fl. 4-5).

El 17 de septiembre de 2009, el actor interpuso recurso de reposición contra el Oficio No. 20093330312411 de 31 de agosto de 2009, por considerar que el artículo 33 del Decreto Extraordinario No. 1042 de 1978 es aplicable a todos los empleados públicos del orden territorial. Además, laboró domingos y festivos, por tanto se le debió reconocer un periodo compensatorio de 48 y 72 horas, respectivamente (fl. 191-204).

El 15 de septiembre de 2009, el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, contra el Oficio No. OAJ - 2009 – 1087 Radicación 2009 EE7252, ante la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, con el argumento de que le es aplicable el Decreto No. 1042 de 1978, con base en el cual se le deben liquidar los descansos compensatorios, los recargos nocturnos del 35% en días ordinarios, y del 200% y 235% en días domingos y festivos, y cancelar las diferencias salariales y prestacionales generadas (fl. 44 a 58).

La Subdirectora de Gestión Corporativa del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, mediante respuesta a una petición de información de 31 de agosto de

2009 (fls. 68 a 70 vto.), certificó que desde el 1º de enero de 2007 hasta el 30 de junio de 2009 el actor trabajó en una jornada laboral de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, distribuidos en dos secciones de acuerdo con las necesidades del servicio.

El 23 de septiembre de 2009, el Director de Gestión Humana de la Secretaría Distrital de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá, informó sobre los recargos generados a favor del señor Asdrubal Lozano Ballesteros entre septiembre y diciembre de 2006, en los siguientes términos (fl. 72):

<i>MESES/ HORAS</i>	<i>Recargos Nocturnos 35%</i>	<i>Valor</i>	<i>Recargos Festivos Diurnos 200%</i>	<i>Valor</i>	<i>Recargos Festivos Nocturnos 235%</i>	<i>Valor</i>	<i>Suma</i>
Septiembre	30	\$45.470	2	\$17.425	6	\$61.422	\$124.587
Octubre	156	\$237.849	24	\$209.098	24	\$245.690	\$692.636
Noviembre	84	\$128.072	24	\$209.098	24	\$245.690	\$582.860
Diciembre	120	\$182.961	34	\$296.222	30	\$307.112	\$786.295

Mediante Certificación expedida por la Subdirectora de Gestión Corporativa del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (fl. 68), quedó demostrado que el demandante trabaja en jornada laboral de 24 horas de labor por 24 horas de descanso.

Análisis de la Sala

Los Cuerpos de Bomberos Voluntarios eran Asociaciones Cívicas, sin ánimo de lucro, de utilidad común y con personería jurídica, reconocidos como tales por la autoridad competente, organizadas para la prestación del servicio público de prevención y atención de incendios y calamidades conexas, en cada Distrito, Municipio y territorio indígena.

Con la expedición de la Ley 322 de 1996² se creó el Sistema Nacional de Bomberos de Colombia, estableciendo que la prevención y control de incendios y demás calamidades conexas a cargo de las instituciones bomberiles, es un servicio público esencial a cargo del Estado, por lo tanto es su deber asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, en forma directa o por medio de los Cuerpos de Bomberos Voluntarios.

Las instituciones organizadas para la prevención y atención de incendios y demás calamidades conexas se denominan Cuerpos de Bomberos Oficiales, los cuales son creados por los Concejos Distritales, Municipales y quien haga sus veces en las entidades territoriales indígenas, para el cumplimiento del servicio público en su respectiva jurisdicción.

Para tal fin el Concejo Distrital de Bogotá expidió el Acuerdo 22 de 1998 mediante el cual organizó el Cuerpo Oficial de Bomberos de Santafé de Bogotá, D.C., como una institución adscrita a la Secretaría de Gobierno para la prestación del servicio público esencial de prevención y control de incendios y demás calamidades conexas a fin de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del Distrito Capital.

El Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, se rige por el reglamento dispuesto en el Decreto 388 de 1951, expedido por el Alcalde de la Ciudad, que en el artículo 10 establece que el personal de la Institución debe estar siempre listo y con ánimo de marchar al lugar donde las necesidades del servicio lo exijan y el Comando lo disponga; no se aceptan ni se tienen en cuenta necesidades e inconvenientes de familia para efectos de traslados, comisiones y demás servicios, pues es obligatorio cumplir las órdenes del Comando.

La Unidad Administrativa Especial del Cuerpo de Bomberos mediante Resolución No. 656 de 29 de diciembre de 2009 estableció que la jornada máxima especial laboral de los servidores públicos uniformados que pertenecen a esa Unidad Administrativa es de 66 horas semanales, pero no reguló específicamente la jornada laboral de los Bomberos.

Como la actividad del Cuerpo de Bomberos Distrital es de carácter permanente y se presta de forma continua e ininterrumpida, la Unidad Administrativa estableció como jornada de trabajo un sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, teniendo en cuenta la jornada ordinaria que incluye

² Derogada por el artículo 53 de la Ley 1575 de 2012

horas diurnas y nocturnas, dominicales y festivos de manera continua, es decir que en una semana se trabajan 3 días y descansan 4 y la siguiente semana viceversa.

Este tipo de jornadas llamadas *mixtas* se encuentran reguladas en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 de la siguiente manera:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.”.

Respecto de la jornada de trabajo el artículo 33 del mismo estatuto dispuso lo siguiente:

“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 la horas extras.”.

Para los miembros de los Cuerpos Oficiales de Bomberos la jornada laboral es considerada como mixta por el sistema de turnos ya referido, el cual debe ser liquidado teniendo en cuenta las horas extras ordinarias y de los días festivos, sean diurnas o nocturnas.

La Sección Segunda de esta Corporación mediante Sentencia de 2 de abril de 2009 Número Interno: 9258-2005, actor: Jose Dadner Rangel Hoyos y otros, Consejero ponente Doctor Víctor Hernando Alvarado, respecto de la jornada laboral de los servidores que desarrollan la actividad Bomberil manifestó:

“... Dadas las singulares labores que cumplían los demandantes en su

condición de miembros del cuerpo de bomberos, dirigidas a evitar que la comunidad se viera expuesta a situaciones de "grave peligro", o a conjurar el riesgo que se pudiera presentar para responder de una manera eficaz y eficiente a la protección de la sociedad y así ampararla de un daño grave originado en un fenómeno natural o por la acción del hombre, el horario de trabajo especial para éstos servidores tiene sólida fundamentación en la naturaleza misma de la actividad que desarrollan, la cual requería la prestación del servicio en forma continua y permanente, por consiguiente, el Municipio debió reglamentar el horario, tanto para garantizar la prestación efectiva del servicio bomberil, como para garantizar los derechos del empleado expuesto a dicha actividad, porque no consultaría los principios constitucionales de la dignidad y de la igualdad, la exclusión de esos servidores del goce de las garantías correspondiente a los beneficios de la jornada ordinaria para someterlos a un régimen especial que va en detrimento de sus derechos laborales.

La Jurisprudencia de la Corporación ha señalado que por la labor que ejercen las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, no están sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, si no a una jornada especial, que es la regulada por el ente empleador; y como en el sub lite, el ente demandado omitió expedir tal regulación, se debe entender que la jornada de trabajo aplicable a esos servidores es la correspondiente a 44 horas semanales fijada en el Decreto No. 1042 de 1978.

Aplicar la tesis según la cual el trabajo desarrollado por el personal de bomberos cuya jornada es excepcional por la actividad ejercida y que puede ser de 24 horas diarias, lo que a su vez no genera el reconocimiento de trabajo suplementario, resulta inequitativo y desigual con disposiciones que sobre esta misma materia existen en el orden nacional y territorial para empleados que realizan otro tipo de funciones que son menos riesgosas que la desarrollada por ese personal del cual formaban parte los actores; por ende, el vacío normativo respecto a esta labor se suplirá con el Decreto No. 1042 de 1978, porque tratándose de empleados públicos es la Ley y no el convenio la facultada para fijar el régimen salarial de los empleados. Así mismo se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que la controversia debe resolverse respetando la situación más beneficiosa al empleado. ..."

Atendiendo la normativa y jurisprudencia citadas, resulta evidente que en el caso concreto debe aplicarse lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la jornada laboral y la liquidación del tiempo trabajado en jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo, según la naturaleza de la función.

Del Trabajo Suplementario

Es considerado como trabajo en horas extras, el que se presta en horas distintas de la jornada ordinaria de trabajo, las cuales deben ser autorizadas por el Jefe del respectivo organismo, o por las personas en quien hubiere delegado tal atribución.

El reconocimiento y pago de horas extras o el descanso compensatorio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, se sujeta a los siguientes requisitos:

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

La voluntad de la administración tendiente a permitir a los miembros del Cuerpo de Bomberos trabajar más del tiempo establecido para la jornada ordinaria se traduce y evidencia en los turnos establecidos que permiten contar con personal disponible de manera permanente y evita que el trabajador disponga arbitrariamente del horario.

De las pruebas enunciadas se concluye que el demandante desarrollaba jornadas mixtas de trabajo, correspondientes a 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso remunerado, en consideración a que las labores se prestaban por el sistema de turnos que incluían horas diurnas y nocturnas.

Respecto del trabajo en días de descanso obligatorio, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 reguló el asunto en los siguientes términos:

"Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual.

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

El artículo transcrito señala que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos corresponde a los empleados públicos que en razón de sus funciones deban laborar habitual y permanentemente los dominicales o festivos.

En tales casos el trabajo se remunera con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo habitual por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado.

En efecto, la jornada laboral del actor se desarrolla bajo el sistema de turnos, lo que implica una previa programación de su jornada laboral mensual, por lo que conocía de antemano los domingos del mes que debía prestar sus servicios, convirtiéndose en un hábito laborar, según la rotación de turnos prevista, lo que hace que su labor en días de descanso se convirtiera en algo habitual³.

De acuerdo con las pruebas arrimadas al expediente observa la Sala que la entidad demandada canceló el valor suplementario, el trabajo habitual de domingos y festivos diurno con el 100% y la remuneración ordinaria, para un total de 200%; el recargo ordinario nocturno con el 35%; y el recargo festivo nocturno con el 235%, de la siguiente manera:

Desde de septiembre hasta diciembre de 2006 (fl. 72):

<i>MESES/ HORAS</i>	<i>Recargos Nocturnos 35%</i>	<i>Valor</i>	<i>Recargos Festivos Diurnos 200%</i>	<i>Valor</i>	<i>Recargos Festivos Nocturnos 235%</i>	<i>Valor</i>	<i>Suma</i>
Septiembre	30	\$45.470	2	\$17.425	6	\$61.422	\$124.587
Octubre	156	\$237.84	24	\$209.09	24	\$245.69	\$692.63

³ Consejo de Estado, Sentencia 268-06 de 28 de febrero de 2008, actor: Claudia Posada Aguilar, M. P. doctor Jaime Moreno García.

		9		8		0	6
Noviembre	84	\$128.07	24	\$209.09	24	\$245.69	\$582.86
e		2		8		0	0
Diciembre	120	\$182.96	34	\$296.22	30	\$307.11	\$786.29
e		1		2		2	5

De lo anterior, concluye la Sala que la entidad demandada liquidó el tiempo suplementario trabajado por el demandante de conformidad con lo establecido para el efecto en el Decreto No. 1042 de 1978.

La liquidación realizada por la entidad demandada a partir de 2006 demuestra que el demandante laboró más de 170 horas mensuales de trabajo suplementario el cual fue cancelado de acuerdo con los porcentajes establecidos para el efecto.

Por lo anterior es del caso revocar la Sentencia apelada que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, para en su lugar, negar las mismas.

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

FALLA

REVÓCASE la Sentencia 21 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda – Subsección E, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada por Asdrubal Lozano Ballesteros contra el Distrito Capital de Bogotá, Secretaría de Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C., y en su lugar.

NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE