

EMPLEADOS PUBLICOS TERRITORIALES – Jornada laboral / JORNADA ORDINARIA LABORAL DE EMPLEADOS PUBLICOS – 44 horas semanales / EXCEPCION JORNADA LABORAL – Empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia

Como se desprende de la norma, la jornada ordinaria de trabajo corresponde a 44 horas semanales, pero se contempla una excepción para aquellos empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, a los que podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas. Dentro de esos límites fijados en el artículo, podrá el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; hace la advertencia que el trabajo realizado el día sábado, no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras. La regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales y por excepción la Ley 909 de 2004, creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial. La jornada laboral se encuentra íntimamente ligada al salario, así pues, éste puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en se deben ejercer, se encuentra por ejemplo el trabajo nocturno comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m, que tiene una sobre remuneración del 35%, o el trabajo suplementario por dominicales y festivos, así como el ordinario o habitual y el ocasional, que tiene una regulación específica.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1978 / LEY 6 DE 1945 – ARTICULO 3 / LEY 13 DE 1984 / LEY 27 DE 1992 – ARTICULO 2 / DECRETO LEY 2400 DE 1978 / LEY 61 DE 1987 / DECRETO LEY 3074 DE 1978 / LEY 443 DE 1998 / LEY 909 DE 2004

RECARGO NOCTURNO – Sobre remuneración / TRABAJO ORDINARIO EN DIAS DOMINICALES Y FESTIVOS –Remuneración con recargo del 100%

El artículo 35 del Decreto 1042 citado, regula que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo laborado durante éstas últimas se remunerará con recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso. (...) Conforme a la disposición trascrita, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual. Contempla igualmente la norma el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

JORNADA EXTRAORDINARIA – Regulación legal / JORNADA EXTRAORDINARIA – Reconocimiento y pago, requisitos

Se encuentra regulada en los artículos 36, 37 Y 38 del Decreto Ley 1042 de 1978 y en las normas que anualmente establecen las escalas de asignación básica mensual para los empleados públicos. i) Para su reconocimiento y pago deben

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

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1042 DE 1978 – ARTICULO 36 / DECRETO LEY 1042 DE 1978 – ARTICULO 37 / DECRETO LEY 1042 DE 1978 – ARTICULO 38

CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTA – Jornada laboral / JORNADA LABORAL – Recuento jurisprudencial / PERSONAL DE BOMBEROS – Aplicación del Decreto 1042 de 1978 / JORNADA LABORAL EN LEL SECTOR OFICIAL – De origen legal / JORNADA ESPECIAL – Empelados sometidos a una jornada máxima legal excepcional

Porque al expedirse el Decreto 1042 de 1978, la norma de carácter territorial contenida en el Decreto 388 de 1951 que establecía 24 horas de labor para el personal de bomberos quedó tácitamente derogada por contravenir la jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 y también el límite máximo legal de 66 horas semanales, que valga la pena aclarar, sólo fue previsto para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la cual no participa la actividad bomberil. En este orden de ideas, es claro para la Sala que la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite inquebrantable del cual no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo al tenor de la referida disposición. Aunado a ello, la Sala destaca que para la fecha de vinculación del actor -15 de mayo de 2000- se encontraba vigente el Decreto 1042 de 1978 por lo tanto le era aplicable la jornada laboral allí prevista, en consideración a su calidad de empleado público del Cuerpo de Bomberos de Bogotá. Insiste la Sala en que el establecimiento de una jornada especial de trabajo por el jefe del respectivo organismo implica la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción dada la naturaleza y características en que debe desarrollarse determinada labor, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a una jornada máxima legal excepcional, la cual, en todo caso, debe atender los parámetros de remuneración establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales, es decir, dentro de los límites allí previstos, y teniendo en cuenta la forma de remunerar el trabajo desarrollado en jornadas mixtas, el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno y en días de descanso, no obstante, como se dejó expuesto, el Decreto 388 de 1951 no se ocupó de regular la jornada especial del cuerpo de bomberos en las condiciones indicadas.

HORA EXTRA – Cuerpo oficial de bomberos / PAGO DE HORA EXTRA – Solo se puede pagar 50 horas extra al mes de conformidad con el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 / HORA EXTRA QUE SUPEREN EL LIMITE DEL

DECRETO 1042 DE 1978 – Se deben pagar en día compensatorio / DIA COMPENSATORIO – 1 día de descanso por cada 8 horas extras trabajadas

De lo anterior se tiene que si el actor trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y si la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces el actor laboró 170 horas adicionales a la jornada ordinaria, es decir, tiempo extra, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero 50 horas extras al mes, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. Dicha norma establece que no se pagarán más de 50 horas extras al mes y que las horas extras laboradas que excedan el tope señalado, se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un (1) día hábil por cada 8 horas de trabajo. (...) Así las cosas, el actor tiene derecho al reconocimiento de cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en el mes, tal y como se desprende de los turnos registrados en las planillas, a partir del 29 de octubre de 2006, conforme lo solicitó en las pretensiones de su demanda y lo ordenó la sentencia de primera instancia la cual habrá de confirmarse en tal sentido. (...) Reitera la Sala que en ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales porque habrá de tenerse en cuenta el límite previsto en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, y respecto de las horas extras excedidas (120 mensuales), la Sala no ordenará el reconocimiento del tiempo compensatorio, toda vez que como se anotó, las mismas fueron compensadas con tiempo de descanso, de acuerdo con el sistema de turnos que desarrolló el actor.

RELIQUIDACION – Recargos nocturnos y trabajo dominical y festivos / HORA BASE DE LIQUIDACION – Recargo nocturno / TRABAJO ORDINARIO DOMINICAL Y FESTIVO – Equivalente al doble del valor de un día de trabajo ordinario

Respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que la misma debe ser 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, lo cual equivale a una sobre remuneración del 200% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00780-01(3594-13)

Actor: WILMAR BERNARDO CRISTANCHO MORALES

Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA – SECRETARIA DE GOBIERNO DISTRITAL – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL – CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS

Ha venido el proceso de la referencia el día 14 de marzo de 2014¹, a efectos de dictar Sentencia de Segunda Instancia. En consecuencia, le corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia de 9 de octubre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”, que accedió a las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA

El señor WILMAR BERNARDO CRISTANCHO MORALES, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó la declaratoria de nulidad del Oficio No. 20093330427941 de 18 de noviembre de 2009 y de la Resolución No.068 de 21 de enero de 2010, proferidos por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital; Oficio de 3 de diciembre de 2009 radicación 2009-EE9536 en lo pertinente que afectó al actor, y Oficio OAJ-2010-312 de 8 de febrero de 2010 suscritos por el Director de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por medio de los cuales se le negó la remuneración de las horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos laborales en el Cuerpo de Bomberos del Distrito Capital con sujeción al Decreto 1042 de 1978.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene al Distrito de Bogotá – Secretaría de Gobierno- Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, a reconocer y pagar los siguientes conceptos:

- a) El valor de 50 horas extras diurnas en días ordinarios, laboradas en exceso de la jornada máxima laboral de 44 horas semanales, conforme a lo previsto en los artículos 33 y 36 del Decreto 1042 de 1978, a partir del 26

¹ Informe visto a folio 556.

de noviembre de 2006 en adelante.

- b) Quince (15) días de descanso compensatorio al mes por cada 8 horas extras laboradas en exceso al tope legal, conforme lo consagra el literal d) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.
- c) Los descansos compensatorios previstos en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, en concordancia con el literal e) del artículo 36 ibídem por haber laborado habitualmente en días dominicales y festivos.
- d) La reliquidación de los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos atendiendo la jornada máxima legal establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.
- e) La reliquidación de la prima de servicio, vacaciones, prima de navidad y cesantías con la inclusión de las horas extras, recargos y compensatorios que se reconozcan.

Igualmente, solicitó la indexación de la condena, el pago de los intereses y el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

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

El actor ingresó al Distrito Capital el 10 de julio de 1989 y a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos el día 1º de enero de 2007, se desempeña en el cargo de Bombero Código 475 Grado 15.

La asignación mensual percibida entre el 1º de enero y el 8 de noviembre de 2007 fue de \$897.649, del 9 de noviembre y al 31 de diciembre de 2007 fue de \$977.552, del 1º de enero al 31 de diciembre de 2008 devengó \$1.036.206 y del 1º de enero de 2009 a noviembre de 2009 \$1.119.828.

Relata que laboró por 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, sin recibir el pago de horas extras.

Afirma que el ente demandado ha venido cancelando los recargos nocturnos ordinarios de 35% entre lunes y sábado de 6 p.m. a 6 a.m. del día siguiente, con un sistema de cálculo que involucra la asignación básica mensual sobre 240 horas por el valor del recargo y el número de horas laboradas, resultando perjudicado en su patrimonio, 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.

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.

Informa que el 29 de octubre de 2009 solicitó el reconocimiento de las diferencias salariales por concepto de horas extras laboradas correspondientes al año de 2006, el cual fue negado por la entidad demandada, y una vez interpuestos los recursos en sede gubernativa la entidad confirmó la decisión quedando en firme.

El ente demandado, mediante los actos acusados, negó la solicitud anterior fundamentada en la interpretación de los artículos 33 a 35 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, por considerar que los turnos del personal uniformado del Cuerpo Oficial de Bomberos, de 24 horas de labor por 24 de descanso remunerado, incluían horas diurnas y nocturnas, correspondiendo a una jornada mixta por turnos que no generaba el reconocimiento y pago de horas extras, respecto a los compensatorios, sostuvo que eran optativos y se remuneraban con el recargo y en el caso de los festivos, manifestó que fueron debidamente remunerados.

Indica el actor que hasta la fecha no se ha expedido una reglamentación legal sobre el sistema de trabajo por turnos para los empleados públicos, razón por la cual se debe reconocer al personal uniformado de bomberos lo consagrado en los artículos 33, 34, 36, 37 y 39 del Decreto 1042 de 1978, como lo ha venido estableciendo la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Afirma que tiene la condición de empleado público territorial y presta sus servicios mediante una relación legal y reglamentaria con en el Distrito Capital – Secretaría de Gobierno – Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, laborando en turnos alternativos y consecutivos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, de tal manera que mensualmente trabaja 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.

Expresa que en calidad de empleado público territorial tiene derecho a recibir la remuneración salarial correspondiente, 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, por lo tanto, como ha laborado por el sistema de turnos superando la jornada legal, le asiste el derecho a la remuneración proporcional del tiempo suplementario laborado.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

De la Constitución Nacional, artículos 1, 2, 13, 25, 39, 48 y 53.

De orden Legal: Decreto 1042 de 1978, artículos 33, 34, 36, 37 y 39; Decreto 1045 de 1978.

Al explicar el concepto de violación, en síntesis se afirma en la demanda que la realización de jornadas de trabajo de 24 horas de labor por 24 horas de descanso viola de manera flagrante la normativa internacional sobre las jornadas de trabajo de 8 horas y 16 de descanso contenida en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual Colombia es signatario y por lo tanto, hace parte del bloque de constitucionalidad.

Argumenta el actor que el descanso por turnos de 24 horas de labor debería ser de 48 horas y no de 24, para garantizar la reparación justa del tiempo de trabajo y un disfrute adecuado del tiempo libre. Sostiene que la jornada de 360 horas

mensuales cuando los demás empleados públicos Distritales laboran máximo 190 horas al mes, constituye una diferencia que desconoce los derechos laborales de los bomberos, máxime si no se remunera el tiempo extra y el descanso compensatorio con la excusa de que es un servicio público esencial y los empleados deben laborar sin limitación de horario y sin pago de tiempo suplementario.

Expresa que las entidades demandadas niegan el reconocimiento y pago de las reclamaciones, desconociendo la realidad fáctica y las directrices legales contenidas en el Decreto Ley 1042 de 1978, artículos 33, 34, 36, 37 y 39 porque en el Distrito no existe regulación de la jornada especial para los bomberos y además, las disposiciones del sistema de turnos previstas en los artículos 165 y 166 del C.S.T. no son aplicables a empleados públicos.

Indica que si los bomberos del Distrito han laborado mensualmente 15 turnos de 24 horas, ello implica 360 horas por mes, y si el salario básico que han percibido cubre 190 horas, entonces es claro que la administración les adeuda 170 horas extras mensuales conforme a lo previsto en el artículo 13 del Decreto 10 de 1989 que modificó el literal d) del artículo 36 del decreto extraordinario 1042 de 1978.

Expresó que la negativa para el reconocimiento de la reclamación laboral aducida por la Dirección de Gestión Humana de la Secretaria de Gobierno con base en el Decreto 338 de 1951, por los turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, no tiene justificación hoy en día, ante el cambio normativo generado por el Decreto 1042 de 1978 y la Constitución Nacional. Fundó sus argumentos en la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección "B" de 2 de abril de 2009, radicación: 66001-23-31-000-2003-0039-01 (9258-05).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos D.C., UAECOBDB contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones con los siguientes argumentos (fls. 119 y siguientes):

Afirmó que el Distrito Capital si cuenta con una reglamentación de turnos para la prestación personal del servicio bomberil para los empleados del nivel operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos, la cual fue establecida por el Decreto 388 de 1951 que dispone que el tiempo de servicio de dicho personal será de 24 horas.

Destacó que con posterioridad a la expedición de dicho decreto no se ha expedido norma de la misma naturaleza que lo haya modificado o derogado, bien sea tácita o expresamente, manteniendo así la norma su plena vigencia, ya que si bien el Alcalde de Bogotá mediante Decreto 991 de 1974 expidió el estatuto de personal para el Distrito y en el artículo 131 reglamentó la jornada laboral para los empleados distritales, expresamente excluyó a los empleados del Cuerpo de Bomberos al establecer que estos no están sujetos a los horarios fijados en el artículo 131 del citado decreto.

Indicó que con posterioridad al Decreto 991 de 1974, en materia de jornada laboral en el Distrito capital se han expedido los siguientes decretos: el Decreto 891 de 1995 “por el cual se modifica el horario de trabajo de los servidores públicos del sector central de la Administración Distrital”, el cual fue derogado por el Decreto 133 de 2001, que a su vez fue derogado expresamente por el artículo 69 del Decreto 854 de 2001, quedando claramente vigente la normatividad anterior, esto es, el Decreto 991 de 1974, sin embargo, pese a la naturaleza especial del Decreto 388 de 1951 no es viable que se tenga esta clase de derogatoria como modificatoria de una norma especial. En este orden, concluyó que el servicio público de bomberos se presta durante todos los días de la semana, en forma continua e ininterrumpida y su jornada se encuentra regulada por el Decreto 388 de 1951.

Expresó que si bien el Decreto 1042 de 1978, en su artículo 33 reguló la jornada de trabajo en el sector público, ello no implica que se desconozca lo establecido en el Decreto 388 de 1951 pues su objeto es distinto, así, sostuvo que el artículo 33 reguló la jornada de trabajo de los servidores públicos en general en cambio el Decreto 388 de 1951 reguló el horario del personal de bomberos como una jornada especial en razón a la naturaleza de la función.

Concluyó que el personal operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por la naturaleza de sus funciones, no tiene límite en su jornada laboral, la cual es de 24 horas.

De otra parte, manifestó que el Distrito Capital si ha cancelado el trabajo adicional por el sistema de recargos hecho que se evidencia en las liquidaciones de nómina que permiten evidenciar un ingreso mayor al trabajador, aún mayor que el que se podría obtener en caso de horas extras, pues el sublímite(sic) previsto en el Acuerdo No. 03 de 1999, afecta los ingresos básicos de los trabajadores, en cambio el concepto de recargos nocturnos y diurnos no tiene límite, situación más beneficiosa para el empleado al tenor del artículo 53 de la C.N.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F", mediante Sentencia de 9 de octubre de 2012, accedió a las súplicas de la demanda con los siguientes argumentos (fls. 452 y siguientes):

Sostuvo que el demandante laboró turnos de 24 horas de servicio por 24 horas de descanso remunerado, según lo dispuesto en el Decreto 388 de 1951, superando la jornada ordinaria de trabajo, por lo cual tiene derecho al reconocimiento del trabajo suplementario.

Consideró que no le asiste razón a la entidad demandada al afirmar que la liquidación del tiempo suplementario que venía realizando a favor del actor es más beneficiosa porque el Decreto 1042 de 1978 establece el derecho a recibir el pago de horas extras, y compensatorios por el trabajo habitual en domingos y festivos, sin perjuicio de la remuneración básica por laborar el mes completo, lo que evidencia un mayor valor en la liquidación, además el hecho de que el Decreto 2090 de 2003 previera un régimen especial de pensiones para el referido personal, atendiendo la actividad de riesgo que desarrollan, en forma alguna constituye un argumento para afectar el principio de no regresividad respecto de las conquistas laborales en relación a las demás prestaciones que gozan los

servidores públicos.

Concluyó que los recargos recibidos por el actor no se ajustan a los parámetros del Decreto 1042 de 1978, lo cual incide en la liquidación de las demás prestaciones, razón por la cual declaró la nulidad de los actos demandados y ordenó el restablecimiento del derecho, ordenando el reconocimiento de las horas extras, los recargos nocturnos, compensatorios, trabajo en dominicales y festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales, con fundamento en los artículos 33, 35, 36 y 39 del referido decreto, deduciendo los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador, y el pago de la diferencia que surja entre los valores cancelados por el sistema que venía aplicando la entidad demandada y la orden impartida.

EL RECURSO

La entidad demandada mediante apoderado, interpuso recurso de apelación, con los siguientes argumentos (fls. 448 a 457):

La “UAECOBB” 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...”. Por lo que 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 y dependiendo de la naturaleza de la función, 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 prestación del servicio bomberil debe ser permanente, y por ende, el servicio se presta en forma especial.

Por lo anterior, la “UAECOBB” 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.

Con posterioridad a la expedición del Decreto No. 991 de 1974, en materia de jornada laboral, en el Distrito Capital se ha expedido el Decreto No. 891 de 1995, el cual fue derogado en forma expresa por el Decreto No. 133 de 2001 y éste a su vez derogó el artículo 69 del Decreto No. 854 de la misma anualidad. En consecuencia es evidente que no ha existido una derogación expresa ni tácita del Decreto No. 388 de 1951, ni, tampoco se ha dado la derogación orgánica, por cuanto no existe en el Distrito Capital norma posterior a ésta última disposición.

En conclusión, al dar aplicación a la Sentencia, se afectan los derechos de los trabajadores, pues en este caso se le ha pagado al actor más con la actual forma de liquidación, toda vez que el número de horas extras tiene un límite de 50 horas según el Decreto 1042 de 1978, o del 50% de la asignación básica mensual según el Acuerdo 3 de 1999, y al establecer ese límite se pagarían compensatorios al valor de 100%, por consiguiente no existe suma a reconocer, al contrario existe un saldo en contra del funcionario, vulnerando así el principio de favorabilidad a la demandante.

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

CONSIDERACIONES

Cuestión Previa.-

Esta Subsección en reciente pronunciamiento² al dirimir un problema jurídico similar, unificó el criterio de la Corporación frente a las prestaciones sociales de los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos, e hizo un estudio sobre el marco jurídico y jurisprudencial en el siguiente sentido:

² Sentencia de 12 de febrero de 2015, Exp. No. 0162-12- Actor: Nelson de Jesús Cifuentes Suárez Vs Municipio de Medellín – Magistrado Ponente : Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Problema jurídico.-

Siendo el marco de juzgamiento en esta instancia, los argumentos del recurso de apelación interpuestos por las partes, debe la Sala precisar si el señor WILMAR BERNARDO CRISTANCHO MORALES tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, descansos compensatorios, y el reajuste de sus prestaciones con sujeción al Decreto 1042 de 1978, por laborar en turnos de 24 horas de labor por 24 de descanso como Bombero del Distrito Capital de Bogotá.

Marco Jurídico y Jurisprudencial.-

De la Jornada laboral de los empleados públicos territoriales.

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

De acuerdo con la tesis adoptada de antaño por la Sección³, el régimen que gobierna la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial es el contenido en el Decreto 1042 de 1978. Lo anterior, con apoyo en los siguientes argumentos:

"Si bien el Decreto 1042 de 1978 en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, "el artículo 3"⁴ (sic) de la Ley 27 de 1992 hizo extensiva a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidos no solamente en la norma citada, sino en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, Ley 13 de 1984 y 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y

³ Sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006). Exp. No. 05001-23-31-000-1998-01941- 01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

⁴ Debe entenderse que se trata del artículo 2° de la Ley 27 de 1992 en cuyo texto se leía: "ARTICULO 20. DE LA COBERTURA. Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicione son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental; distrital diferentes al Distrito Capital, municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales ... "

las normas que las modifiquen o adicionen. La extensión de dicha normatividad fue reiterada por el artículo 87, inciso segundo, de la Ley 443 de 1998.

El Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados de la rama ejecutiva en el orden territorial, en materia de jornada de trabajo y trabajo en días de descanso obligatorio, pues la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992 no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual, dentro de una interpretación amplia, comprende así mismo el concepto de jornada de trabajo.

La Sala prohíja una vez más, en esta oportunidad, la tesis ya definida por la jurisprudencia sobre la normatividad aplicable a los empleados territoriales en materia de jornada laboral y el trabajo en días de descanso obligatorio, pues además de lo expuesto, debe considerarse adicionalmente que partiendo de que el régimen de administración de personal civil contenido en el Decreto 2400 de 1968 se refiere a la clasificación de empleos, condiciones para el ejercicio del empleo (ingreso, deberes, derechos, prohibiciones, régimen disciplinario, calificación de servicios, situaciones administrativas, retiro del servicio), capacitación, carrera administrativa, organismos para la administración de personal, resulta válido afirmar que la jornada de trabajo es un concepto que hace parte de la noción genérica de "administración de personal".

A esta conclusión, según la cual el Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden territorial en lo concerniente a jornada laboral y trabajo en días de descanso obligatorio, llega la Sala, pues la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992, no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual bien puede comprender, dentro de una interpretación amplia, el concepto de jornada de trabajo, tal como lo ha definido reiteradamente esta Corporación.

Para abundar en razones, se tiene el contenido de la sentencia C-1063 de 2000 mediante la cual se declaró la exequibilidad de la parte inicial del artículo 3° de la Ley 6ª de 1945, que contempla una jornada de trabajo de 8 horas diarias y 48 horas semanales. En dicha providencia la Corte Constitucional precisó que tal norma cobijaría únicamente a los trabajadores oficiales de cualquier orden, pues respecto de los empleados públicos, y de los trabajadores del sector privado, otras disposiciones regularon el tema de la jornada de trabajo máxima legal:

"En sentir del demandante, dicha norma, en cuanto adiciona el Decreto 2400 de 1968 que regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama Ejecutiva del poder público, resulta aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel territorial, pues el artículo segundo de la Ley 27 de 1992 así como el inciso segundo del artículo 87 de la Ley 443 de 1998, hicieron extensivas a este clase de servidores las normas del referido Decreto 2400 de 1968, incluidas las disposiciones que lo modifican o complementan.

A juicio de la Corte, coincidiendo en ello con el concepto del señor procurador, tal aplicación extensiva no cabe en relación con los trabajadores oficiales del sector territorial, toda vez que las normas que disponen esta aplicación gobiernan al personal de carrera administrativa exclusivamente, dentro del cual no se encuentran los referidos trabajadores, quienes, por consiguiente, continúan rigiéndose en lo concerniente a jornada de trabajo máxima legal, por la norma contenida en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, ahora bajo examen.

Conforme con lo expuesto, la disposición acusada se encuentra vigente pero cobija únicamente a los trabajadores oficiales de cualquier orden, pues respecto de los empleados públicos, así como de los trabajadores del sector privado, otras disposiciones han venido a regular el tema de la jornada de trabajo máxima legal. "

De lo anterior, es claro entonces, que el régimen que gobierna a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien, dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 2º de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas no solamente en él, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las leyes 13 de 1984 y 61 de 1987. La extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el artículo 3º de esta misma ley y posteriormente por la Ley 909 de 2004.

De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, **la jornada ordinaria** laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, no obstante, la mencionada disposición prevé la existencia de una **jornada especial** de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas. intermitentes o de simple vigilancia.

"ARTICULO 33. De la jornada de Trabajo. La asignación mensual

fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

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

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras⁵ "

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

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

La regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales⁶ y por excepción la Ley 909 de 2004⁷, creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

La jornada laboral se encuentra íntimamente ligada al salario, así pues, éste puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en se deben ejercer, se encuentra por ejemplo **el trabajo nocturno** comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m, que tiene una sobre remuneración

⁵ Modificado en lo pertinente por los artículos 1 al 13 del Decreto 85 de 1986.

⁶ Decreto 1042 de 1978, artículo 33.

⁷ Artículo 22.

del 35%, o el **trabajo suplementario por dominicales** y festivos, así como el ordinario o habitual y el ocasional, que tiene una regulación específica.

Recargo Nocturno. -

El artículo 35 del Decreto 1042 citado, regula que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo laborado durante éstas últimas se remunerará con recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso.

Trabajo ordinario en días dominicales y festivos.-

Por su parte, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, y la forma en que se debe remunerar, de la siguiente manera:

"ARTICULO 39. DEL TRABAJO ORDINARIO EN DIAS DOMINICALES Y FESTIVOS. 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 deben 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. "

Conforme a la disposición trascrita, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual.

Contempla igualmente la norma el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

Jornada Extraordinaria.-

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

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

Para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos.

- Que el empleado pertenezca a los niveles técnico asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente.

- Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita.

- Su remuneración se hará: con un recargo del 25% si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas.

- No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales.

- Las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras

trabajadas.

- Si el empleado se encuentra en comisión de servicios, y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago.

- Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.

De la Jornada Laboral de los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá a falta de regulación del ente empleador se aplica la jornada ordinario laboral.-

Con la expedición del Acuerdo Distrital No. 257 de 2006, la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. se estableció como una **Unidad Administrativa Especial** del orden distrital, del sector central, sin personería jurídica.

En desarrollo del párrafo 1 del artículo 52 del referido acuerdo, el Alcalde Mayor de Bogotá, a través del Decreto 541 de 29 de diciembre de 2006⁸, determinó el objeto, la estructura organizacional y las funciones de la referida Unidad, cuyo objeto es dirigir, coordinar y atender en forma oportuna las distintas emergencias relacionadas con incendios, explosiones y calamidades conexas, y mediante Decreto 542 de 29 de diciembre de 2006⁹, estableció la planta global, de conformidad con las necesidades del servicio, los planes, programas y proyectos, la naturaleza de las funciones, los niveles de responsabilidad y el perfil de los cargos, la que fue modificada mediante Decretos 105 de 14 de marzo de 2007¹⁰ y 189 de 18 de junio de 2008¹¹.

En este orden, es claro que quienes prestan sus servicios en la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo de Bomberos del Distrito Bogotá son servidores públicos, por lo que al tenor del artículo 150 numeral 19 literal e) de la

⁸ Folios 1 a 7 C. 2.

⁹ Folios 7 y 8 C. 2.

¹⁰ Folios 9 y 10 C.2.

¹¹ Folios 69 a 72 C.2.

Constitución Nacional, su régimen salarial y prestacional es de creación legal.

Sobre la **jornada laboral** de los bomberos, la Corporación¹², en pronunciamientos de antaño, venía sosteniendo que dichos servidores públicos estaban obligados a una disponibilidad permanente para atender eficiente y eficazmente el servicio público asignado, por lo cual, quien ingresaba a la administración pública en esta clase de labor, se entendía que aceptaba las reglamentaciones que sobre el particular tuvieran las entidades, de manera que no existía la posibilidad de reclamar el pago de tiempo suplementario de trabajo como horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos o compensatorios, porque dicho personal no estaba sujeto a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial regulada por el ente empleador. En consecuencia, se consideraba que la jornada de veinticuatro (24) horas desarrollada por los servidores del cuerpo de bomberos, se ajustada a las previsiones de la Ley 6° de 1945 en su artículo 3°, parágrafo 1°, ya que era una jornada de trabajo máxima, especial y excepcional, que comprendía un lapso de trabajo diurno y otro nocturno y con fundamento en ello no resultaba procedente el reconocimiento del trabajo suplementario.

Sin embargo, en sentencia de 17 de abril de 2008¹³, la Sección Segunda-Subsección "A" introdujo un cambio en la anterior postura jurisprudencial para señalar que, si bien el trabajo desarrollado por el personal de bomberos cuya jornada es excepcional por la actividad ejercida puede ser regulado en 24 horas diarias, tal situación debía generar el reconocimiento del trabajo suplementario, pues de lo contrario, la situación de tales servidores, resultaría inequitativa y desigual respecto de otros empleados que realizan funciones que son menos riesgosas. Así las cosas, se consideró que ante la falta de existencia de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, debía aplicarse el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que implica que toda labor realizada en exceso de las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras, las cuales deben ser remuneradas en las condiciones previstas en el artículo 35 y siguientes del referido decreto,

¹² Sentencias de 4 de mayo de 1990. N.I. 4420, C. P: Dr. Alvaro Lecompte Luna; sentencia de 9 de octubre de 1979, N.I. 1765, C.P: Dr. Ignacio Reyes Posada, confirmada por la Sala Plena de la Corporación mediante sentencia del 19 de octubre de 1982, Consejero Ponente: Dr. Jorge Dangond Flórez; sentencia de 3 de marzo de 2005. Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06), Actor: JOSE ARLES PULGARIN GALVEZ, Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA.

deduciendo para dicho efecto los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador.

En este orden, se concluyó que el vacío normativo respecto a la jornada laboral para esta clase de labor debía suplirse con el Decreto 1042 de 1978.

La Sala reiteró la tesis anterior en la sentencia de 2 de abril de 2009¹⁴ al señalar lo siguiente:

“... 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, sino 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

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO , ARDILA, sentencia del 2 de abril de 2009, Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05), Actor: JOSE DADNER RANGEL HOYOS Y OTROS, Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA

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...” (Subraya la Sala).

Y recientemente, en sentencia de 31 de octubre de 2013¹⁵, expresó:

“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 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.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P: Bertha Lucía Ramírez de Páez (E). Sentencia de 31 de octubre de 2013. Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00515-01(1051-13). Actor: Asdrúbal Lozano Ballesteros. Demandado: Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Gobierno – Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.

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

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

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”.

(...)

*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.”
(Subraya la Sala)*

Dicha postura no desconoce que las labores realizadas por los bomberos implican una disponibilidad permanente por lo que es razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una **jornada especial**. Sin embargo, precisa la Sala que tal jornada especial ha de ser regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a dicha jornada máxima legal excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales¹⁶, es decir, dentro de los límites allí previstos¹⁷, y observando la forma de remuneración establecida para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno, en dominicales y festivos.

¹⁶ Disposición aplicable a las relaciones legales y reglamentarias del orden territorial en virtud de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 27 de 1992, y posteriormente el artículo 87 inciso 2 de la Ley 443 de 1998 y artículo 55 de la Ley 909 de 2004.

¹⁷ Del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, transcrito en párrafos anteriores se deduce que la jornada ordinaria de trabajo - concepto que implica el pago de salario ordinario pactado y sin recargos - es de 44 horas semanales, así mismo el límite máximo fijado en este artículo corresponde a jornadas de doce horas diarias de trabajo y sesenta y seis horas semanales.

Lo anterior, toda vez que un régimen especial tendiente a excluir o disminuir los beneficios laborales mínimos correspondientes a la jornada ordinaria previstos en el Decreto 1042 de 1978, en detrimento del personal que desarrolla dicha función, no consultaría principios constitucionales como la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53), y resultaría violatorio del artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, así como del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y políticos, artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador "...d) *el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos*".

A falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los bomberos y su remuneración, reitera la Sala que regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se desprende del referido Decreto 1042 de 1978, **debiéndose remunerar el trabajo suplementario** para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, del personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá.

En este orden de ideas, para la Sala no cabe duda que 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, y no el **Decreto 388 de 1951** por el cual se estableció el reglamento del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por las siguientes razones:

(i) Porque la norma de carácter territorial no se ocupó de regular lo pertinente a la forma de remuneración de la jornada laboral especial para los miembros del Cuerpo de Bomberos de Bogotá y en esos casos la jurisprudencia de la Corporación ha establecido que ante la ausencia de una regulación sobre la jornada especial debe darse aplicación al Decreto 1042 de 1978.

(ii) Porque al expedirse el Decreto 1042 de 1978, la norma de carácter territorial contenida en el Decreto 388 de 1951 que establecía 24 horas de labor para el personal de bomberos quedó tácitamente derogada¹⁸ por contravenir la jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 y también el límite máximo legal de 66 horas semanales, que valga la pena aclarar, sólo fue previsto para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la cual no participa la actividad bomberil. En este orden de ideas, es claro para la Sala que la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite inquebrantable del cual no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo al tenor de la referida disposición.

Aunado a ello, la Sala destaca que para la fecha de vinculación del actor -15 de mayo de 2000- se encontraba vigente el Decreto 1042 de 1978 por lo tanto le era aplicable la jornada laboral allí prevista, en consideración a su calidad de empleado público del Cuerpo de Bomberos de Bogotá.

Insiste la Sala en que el establecimiento de una **jornada especial** de trabajo por el jefe del respectivo organismo implica la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción dada la naturaleza y características en que debe desarrollarse determinada labor, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a una jornada máxima legal excepcional, la cual, en todo caso, debe atender los parámetros de remuneración establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales¹⁹, es decir, dentro de

¹⁸ Hay derogación tácita, cuando las disposiciones de la ley que deroga no pueden concertarse con las de la ley anterior, es decir que van en contravía con lo establecido en la ley esta, de conformidad con lo establecido en la parte final del artículo 71 del código civil, el cual establece lo siguiente:

“La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial”.

¹⁹ Disposición aplicable a las relaciones legales y reglamentarias del orden territorial en virtud de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 27 de 1992, y posteriormente el artículo 87 inciso 2 de la Ley 443 de 1998 y artículo 55 de la Ley 909 de 2004.

los límites allí previstos²⁰, y teniendo en cuenta la forma de remunerar el trabajo desarrollado en jornadas mixtas, el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno y en días de descanso, no obstante, como se dejó expuesto, el Decreto 388 de 1951 no se ocupó de regular la jornada especial del cuerpo de bomberos en las condiciones indicadas.

Actos acusados.-

Oficio No. 20093330427941 de 18 de noviembre de 2009, suscrito por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital, por medio del cual se le negó el reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, descanso compensatorio y reliquidación de factores salariales y prestacionales (fls. 33 y 34 vto).

Resolución No. 068 de 21 de enero de 2010, proferida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital, por medio de la cual al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión la confirmó (fls. 51 a 53 vto).

Oficio de 3 de diciembre de 2009 radicación 2009-EE9536 en lo pertinente que afectó al actor, y Oficio OAJ-2010-312 de 8 de febrero de 2010 suscritos por el Director de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (fls. 79 a 84).

De lo probado en el proceso.-

El Secretario de Gobierno de Bogotá mediante Resolución No. 215 de 25 de enero de 2006 nombró provisionalmente en un empleo de Carrera Administrativa al actor en el cargo de Bombero Código 635 Grado 10 con asignación mensual de \$788.458.00 (fl. 27).

²⁰ Del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, transcrito en párrafos anteriores se deduce que la jornada ordinaria de trabajo - concepto que implica el pago de salario ordinario pactado y sin recargos - es de 44 horas semanales, así mismo el límite máximo fijado en este artículo corresponde a jornadas de doce horas diarias de trabajo y sesenta y seis horas semanales.

La Subdirectora de Gestión Corporativa de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, informó sobre los recargos generados a favor del señor WILMAR BERNARDO CRISTANCHO MORALES para los años 2007, 2008 y 2009, en los siguientes términos (fl. 60):

AÑO	Recargo Ordinario Nocturnos 35%		Recargos Festivos Diurnos 200%		Recargos Festivos Nocturnos 235%	
	No. Horas	Valor	No. Horas	Valor	No. Horas	Valor
2007	1636	\$214177 5	403	\$3007341	384	\$336349 2
2008	1426	\$214307 2	370	\$3182748	354	\$357107 5
2009	1207	\$187137 7	328	\$2890133	330	\$342193 4

La Subdirectora de Gestión Corporativa de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos certificó que el demandante trabajó en jornada laboral de 24 horas de labor por 24 horas de descanso; así mismo los factores devengados por el actor (fls. 86 a 88).

El Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno de Bogotá, certificó el número de horas y pago de los turnos y emolumentos percibidos en el período de diciembre de 2006, así (fls. 90):

AÑO	Recargo Ordinario Nocturnos 35%	Recargos Festivos Diurnos 200%	Recargos Festivos Nocturnos 235%
-----	---------------------------------------	--------------------------------------	--

Meses/Horas	No. Horas	Valor	No. Horas	Valor	No. Horas	Valor
Noviembre	18	\$ 22.125	2	\$14.048	6	\$49518
Diciembre	144	\$177.001	36	\$252.859	36	\$297.109

Así mismo, a folio 91 le certificaron los salarios devengados durante el 28 de octubre al 31 de diciembre de 2006, así:

CONCEPTOS/MESES	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	TOTAL
Asignación Básica	84.286	842.862	842.862	1.770.010
Alimentación	3.398	33.982	33.982	71.362
Prima de Antigüedad	0	0	0	0
Prima de Riesgo	0	0	0	0
Prima de Navidad	0	0	906.312	906.312
TOTAL INGRESOS	87.684	876.844	1.783.156	2.747.684

Análisis de la Sala.-

Como motivo de censura, expresa la entidad demandada que el Distrito de Bogotá, mediante los Decretos 388 de 1951 y parágrafo 131 del Decreto 991 de 1974, reguló la jornada especial del personal del cuerpo oficial de bomberos, por lo que la sentencia apelada incurre en un error conceptual al considerar que la norma a aplicar es el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978. Sostuvo que por tener una jornada especial, el personal del cuerpo de bomberos no tiene derecho a horas extras. Respecto a los recargos nocturnos y trabajo en dominicales y festivos, afirmó que fueron liquidados con sujeción al Decreto 1042 de 1978. Indicó que no existe violación al principio de igualdad porque existen situaciones especiales del personal de bomberos que justifican un trato diferente, como el riesgo especial de la actividad y la disponibilidad permanente que requiere el servicio, así las cosas, concluye que no es aplicable el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

Para resolver considera la Sala lo siguiente:

Del reconocimiento de horas extras:

Pretende el actor, el reconocimiento de cincuenta (50) horas extras diurnas en días ordinarios, laboradas en exceso de la jornada máxima legal para los empleados públicos territoriales, conforme a lo consagrado en los artículos 33 y 36 del Decreto Ley 1042 de 1978, a partir del 26 de noviembre de 2006.

En el presente caso, si bien los artículos 85, 102 y 134 del Decreto Distrital 388 de 1951 establecieron el tiempo de servicio del personal del cuerpo de bomberos en 24 horas, tal disposición no se ocupó de señalar la consecuente remuneración salarial, por lo que no se acreditó el sustento normativo de la jornada especial conforme se expuso en el acápite del marco jurídico, y en tal sentido habrá de acudirse a las disposiciones del Decreto 1042 de 1978 que regulan la jornada laboral en el sector público.

De otra parte, el Acuerdo 3 de 8 de diciembre de 1999, proferido por el Concejo Distrital de Bogotá, tampoco se ocupó de regular la jornada especial para el cuerpo de bomberos, y respecto a las horas extras de los funcionarios distritales fijó un límite máximo del cincuenta (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario²¹, el cual no será considerado por la Sala toda vez que por disposición del artículo 150 numeral 19 literal e) de la C.N., el régimen salarial de los empleados públicos es de creación legal.

En cuanto al Decreto 991 de 31 de julio de 1974, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, por el cual se expide el Estatuto de Personal para el Distrito Especial

²¹ **ARTICULO CUARTO.-** [Modificado por el art. 3, Acuerdo Distrital 9 de 1999](#), así: Horas extras dominicales y festivos: para que se proceda al reconocimiento de descansos compensatorios o a la remuneración por horas extras trabajadas de conformidad las disposiciones legales vigentes, el empleado debe pertenecer al nivel técnico, administrativo y operativo.

En ningún caso las horas extras tienen carácter permanente, salvo excepción justificada por el ordenador del gasto.

En ningún caso se pagará, mensualmente, por concepto de horas extras, dominicales o festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario.

de Bogotá, igualmente no reguló lo atinente a la jornada especial para el Cuerpo de Bomberos, veamos:

“JORNADA DE TRABAJO

ARTICULO CIENTO TREINTA Y UNO.- Los empleados distritales laborarán conforme a los horarios que deberán ser establecidos mediante Resolución interna de cada una de las dependencias de la Administración Distrital teniendo en cuenta las siguientes normas generales:

1. La jornada ordinaria no podrá exceder de 8 horas diarias o de 48 a la semana
2. La jornada diurna será la desarrollada entre las 6 de la mañana y las 6 de la tarde del mismo día. La jornada nocturna estará comprendida entre las 6 de la tarde y las 6 de la mañana del día siguiente.
3. Los jefes de las dependencias podrán ampliar las jornadas de los empleados que considere conveniente teniendo en cuenta las necesidades del servicio y no podrá exceder en ningún caso de 12 horas.
4. La jornada continua que se establezca en las diferentes dependencias cubrirá las horas laborales del sábado. El empleado que labore los sábados tendrá incluido en su asignación el pago por el trabajo en esos días.

PARÁGRAFO PRIMERO: Los empleados del Cuerpo de Bomberos, y los vigilantes de la Cárcel Distrital y los Agentes de Vigilancia no estarán sujetos a estos horarios.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El trabajo nocturno dentro de la jornada ordinaria se remunerará con un recargo del 35% sobre el valor del trabajo ordinario diurno.

ARTICULO CIENTO TREINTA Y DOS.- Cuando el trabajo implique la rotación sucesiva de turnos diurnos y nocturnos, como vigilantes y celadores, se estipularán salarios uniformes, en los cuales queda incluido el recargo del 35% para los empleados que laboren jornadas nocturnas.

PARÁGRAFO: En estos casos, la jornada ordinaria puede ser hasta de 12 horas diarias o 72 semanales, de acuerdo con la reglamentación que expida cada dependencia según las necesidades del servicio.

ARTICULO CIENTO TREINTA Y TRES.- Los empleados distritales tendrán derecho al descanso los domingos y demás días que señale la ley laboral. Dicho descanso será remunerado conforme al salario y tendrá una duración de 24 horas. No obstante, cuando las necesidades lo aconsejen, los jefes de las dependencias distritales podrán autorizar el trabajo en los días de descanso, el empleado que labore en esos días tendrá derecho a un descanso compensatorio por un tiempo igual al del trabajo, o pago del día

laborado, conforme a las leyes.

PARÁGRAFO: *La compensación en dinero deberá ser autorizada previamente por el Consejo Asesor de Relaciones Laborales con base a la liquidación elaborada por el Departamento de Relaciones Laborales del Distrito”.*

La anterior disposición estableció que los empleados del Cuerpo de Bomberos no están sujetos a la jornada ordinaria de 8 horas diarias, sin embargo, no se ocupó de establecer la jornada especial de dichos empleados, ni su forma de remuneración.

En estas condiciones, la Sala reitera el criterio jurisprudencial expresado por la Sección²² al señalar que a falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los bomberos, regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se desprende del referido Decreto 1042 de 1978, **debiéndose remunerar el trabajo suplementario** para no lesionar derechos del empleado expuesto a dicha actividad como la justa remuneración de su labor por trabajar en jornadas que superan la ordinaria.

Lo anterior, es apenas razonable por criterios de igualdad²³ y proporcionalidad, ya que si la jornada ordinaria máxima legal -de 44 horas-, aumenta por necesidades del servicio, es consecuente que el salario también lo haga, ya que no sería justo para quien cumple una jornada excepcional que supera la ordinaria, que su salario sea igual al de un empleado que labora 44 horas a la semana.

Por la circunstancia anterior, la determinación de una jornada laboral superior a la máxima legal debe asegurar la justa y proporcional remuneración salarial del tiempo suplementario, es decir, de la labor desarrollada en exceso de la jornada legal de 44 horas semanales.

²² Proceso: 66001-23-31-000-2003-00039-01 (9258-2005). C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; proceso: 66001-23-31-000-2003-00041-01 (1022-06), Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 17 de abril de 2008, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En el mismo sentido también puede consultarse la sentencia del 28 de enero de 2010, Radicación 2003-00042-01 (1018-06), C.P. doctor Luis Rafael Vergara Quintero.

²³ Artículo 53 de la C.P.

Una posición en contrario, resulta inequitativa 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 también requieren disponibilidad y permanencia. Destaca la Sala que, tratándose de empleados públicos es la Ley, la que fija el régimen salarial y prestacional en el sector oficial. 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.

Al proceso se allegó la certificación de los turnos laborados por el actor, expedida por la Subdirectora de Gestión Corporativa de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos²⁴ de la que se desprende que trabajó en una jornada de 24 horas de labor por 24 horas de descanso (24 x 24), que incluye horas diurnas y nocturnas, alternando en una semana 4 días de trabajo y 3 de descanso y en la siguiente, 3 días de labor y 4 de descanso, por lo que en una semana laboraba 72 horas y en la otra 96, lo que arroja un promedio de 360 horas laboradas en el mes, superando de esta forma la jornada ordinaria legal de 44 horas semanales que equivalen a 190 horas mensuales²⁵.

De lo anterior se tiene que si el actor trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y si la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces el actor laboró **170 horas adicionales** a la jornada ordinaria²⁶, es decir, tiempo extra, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero **50 horas extras al mes**, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. Dicha norma establece que no se pagarán más de 50 horas extras al mes y que las horas extras laboradas que excedan el tope señalado, se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un (1) día hábil por cada 8 horas de trabajo.

Bajo tal entendimiento, como en el presente caso el actor laboró 170 horas extras,

²⁴ Folios 84 a 86.

²⁵ Cantidad que resulta de multiplicar el número de horas semanales (44) por el factor 4,33 que corresponde al número de semanas en el mes.

²⁶ Cantidad que resulta de la diferencia entre el número de horas laboradas (360) y el número de horas de la jornada ordinaria al mes (190).

de las que sólo se pueden pagar en dinero 50 horas extras y las que superen dicho tope se pagarán con tiempo compensatorio, se deduce que el actor tenía derecho a que le fueran compensadas 120 horas extras al mes, a razón de un (1) día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo, es decir, 15 días de descanso.

Ahora bien, como se demostró que el actor, en atención a los turnos desarrollados, disfrutaba de 15 días de descanso al mes, concluye la Sala que el tiempo extra que superó el tope legalmente permitido, fue debidamente compensado al actor por la entidad demandada, con los 15 días de descanso que disfrutaba mensualmente.

Así las cosas, el actor tiene derecho al reconocimiento de **cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en el mes**, tal y como se desprende de los turnos registrados en las planillas, a partir del 29 de octubre de 2006²⁷, conforme lo solicitó en las pretensiones de su demanda y lo ordenó la sentencia de primera instancia la cual habrá de confirmarse en tal sentido.

No le asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que la liquidación que se venía realizando es más favorable al actor, pues como quedó demostrado, la misma no incluyó el reconocimiento de las horas extras laboradas.

Para respaldar el número de las horas extras laboradas y su clasificación en diurnas y nocturnas, la Sala tiene en cuenta la prueba documental allegada correspondiente a las planillas de turnos laborados por el actor, la cual no fue controvertida por la parte actora, y por tal razón se le otorga pleno valor probatorio, teniendo como tiempo extra aquel que excedió 44 horas semanales, equivalentes a 190 horas mensuales.

Reitera la Sala que en ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales porque habrá de tenerse en cuenta el límite previsto en el

²⁷ Lo anterior, teniendo en cuenta que el actor elevó la reclamación en sede administrativa el 29 de octubre de 2009 (fls. 28 -30), interrumpiendo de esta forma la prescripción prevista en el Decreto 102 del Decreto 1848 de 1969.

artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, y respecto de las horas extras excedidas (120 mensuales), la Sala no ordenará el reconocimiento del tiempo compensatorio, toda vez que como se anotó, las mismas fueron compensadas con tiempo de descanso, de acuerdo con el sistema de turnos que desarrolló el actor.

Sobre la reliquidación de los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos:

Advierte la Sala que la administración ha venido cancelando al actor dicho trabajo teniendo en cuenta el porcentaje del 35% indicado en el Decreto 1042 de 1978, así como la asignación básica mensual, sin embargo, viene empleado para el cálculo del valor, un común denominador de 240 horas mensuales.

Al contestar la demanda, el Distrito de Bogotá informa que paga los recargos ordinarios nocturnos así:

Asignación Básica Mensual /240 x 35% x No. Horas laboradas

Afirma la entidad que para dividir por 240 horas se ha tenido en cuenta el manual de liquidación de nómina del Distrito Capital en el cual el denominador es una constante de 240 y no un factor variable.

Al respecto, la Sala aclara que al tenor del artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, el recargo nocturno equivale a un 35% del valor de la hora ordinaria la cual se determina con sujeción a la asignación básica que corresponde a la jornada de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 ibídem, jornada que equivale a 190 horas mensuales y no 240.

Así las cosas, el sistema de cálculo empleado por el Distrito de Bogotá, sobre 240 horas como denominador constante, resulta errado y va en detrimento de los intereses del actor, toda vez que reduce el valor del recargo, teniendo en cuenta

que el mismo debe partir de la asignación básica mensual sobre una jornada de 190 horas mensuales.

En ese orden, hay lugar a ordenar el reajuste de los recargos nocturnos laborados por el actor, teniendo en cuenta que se debe emplear para el cálculo de los mismos, el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral en el sector público (190) y no la constante de 240, por lo tanto, la fórmula correcta que deberá emplear la administración para la liquidación de los recargos nocturnos es la siguiente:

Asignación Básica Mensual * 35% * Número horas laboradas con recargo

190

De donde el **primer paso** es calcular el **valor de la hora ordinaria** que resulta de dividir la asignación básica mensual (la asignada para la categoría del empleo) en el número de horas establecidas en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 para el sector oficial (44 horas semanales) que ascienden a 190 horas mensuales.

Establecido el factor hora, **el segundo paso** es liquidar las horas laboradas con recargo, para lo cual se multiplica el factor hora por el porcentaje del recargo nocturno establecido en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 en 35%, por el número de horas laboradas entre las 6:00 p.m y las 6:00 am., es decir, el tiempo en jornada ordinaria nocturna sujeta al recargo que se hubieren trabajado al mes.

Respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que la misma debe ser 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, lo cual equivale a una sobre remuneración del 200% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

De las pruebas allegadas al proceso se desprende que el actor laboró dominicales y festivos en forma permanente por el sistema de turnos empleado por la entidad demandada en razón al servicio público de bomberos que presupone la habitualidad y permanencia. Del mismo modo se desprende que la administración distrital pagó al actor los recargos nocturnos, y el trabajo habitual en dominicales y festivos, en los porcentajes indicados en los artículos 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, sobre la asignación básica mensual, a razón de 35% por recargo nocturno, 200% por trabajo habitual en dominicales y festivos y 235% por recargo festivo nocturno, tal y como se desprende de las certificaciones de la Dirección de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno, y de la Subdirectora de Gestión Corporativa de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos.

Sin embargo, en la contestación de la demanda, la entidad demandada manifiesta que para dividir por 240 horas se ha tenido en cuenta el manual de liquidación de nómina del Distrito Capital, en el cual, el denominador 240 es una constante y no un factor variable.

En criterio de la Sala, dicho parámetro no se ajusta al Decreto 1042 de 1978, toda vez que para el cálculo del tiempo suplementario el Distrito de Bogotá debió tener en cuenta la asignación básica mensual sobre el número de horas de la jornada ordinaria mensual equivalente a 190 horas y no 240, al no ser así, se afectó el cálculo del valor del recargo en detrimento del actor.

Por lo anterior, la Sala procederá a ordenar el reajuste de los dominicales y festivos laborados por el actor, para lo cual, la entidad deberá tener en cuenta los parámetros indicados por los artículos 33, 35, 36 y 39 del Decreto 1042 de 1978, es decir el factor hora será calculado con base en la asignación básica mensual dividida por el número de horas de la jornada ordinaria mensual (190) y no 240.

Sobre el reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos.

Ciertamente al tenor del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deben laborar habitual o permanentemente los domingos y festivos tienen derecho, además de la remuneración allí prevista, al **disfrute de un día compensatorio**, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber laborado el mes completo.

En el presente caso quedó demostrado que el actor laboró en forma habitual y permanente en domingos y festivos en razón a la jornada que debía atender según el Decreto Distrital No. 388 de 1951.

En la sentencia impugnada, el Tribunal ordenó el reconocimiento del descanso compensatorio por trabajo en dominicales y festivos.

La Sala revocará la anterior decisión y en su lugar negará el reconocimiento del descanso compensatorio por trabajo habitual en dominicales y festivos, justamente porque en consideración a la jornada desarrollada por el actor, por cada turno de 24 horas laboradas gozaba de un descanso de 24 horas lo cual equivale a un día de descanso compensatorio, con lo cual se satisface el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que consagra el derecho a disfrutar un día de descanso compensatorio (cuya duración mínima debe ser de 24 horas) por trabajo habitual en domingos y festivos, es decir, en cuanto al descanso compensatorio, concluye la Sala que éste si fue consagrado en el sistema de turnos.

En este sentido, la Sala en sentencia de 2 de abril de 2009²⁸, expresó lo siguiente:

“Advierte la Sala que el descanso compensatorio surge del trabajo realizado en días que no son hábiles y como quedó demostrado en el plenario que los actores laboraban 24 horas pero descansaba otras 24, no hay lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio”. (Subraya la Sala).

Así pues, en criterio de la Sala, las 24 horas de descanso por cada turno de 24

²⁸ Sentencia de 2 de abril de 2009. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05). Actor: JOSE DADNER RANGEL HOYOS Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA.

horas laboradas, otorgadas por la administración al actor, garantizaban plenamente su derecho fundamental al descanso, el cual sin lugar a dudas, resultaba necesario para permitirle “recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona”²⁹.

La anterior situación, torna improcedente el reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, pues en criterio de la Sala, los mismos fueron disfrutados por el actor dada la jornada especial que desempeñó al laborar 24 horas diarias y descansar 24; proceder al reconocimiento de los compensatorios solicitados implicaría otorgar unos descansos adicionales que exceden los autorizados por la ley, razón por la cual, la sentencia, en cuanto reconoció el descanso compensatorio amerita ser revocada.

Las sumas resultantes de la condena a favor del demandante se actualizarán, aplicando para ello la fórmula que se indicará en la parte resolutive

En estas condiciones, la Sala confirmará parcialmente la decisión impugnada en cuanto accedió al reconocimiento de las horas extras laboradas por el actor, el reajuste de los recargos nocturnos, dominicales, festivos y la reliquidación de las cesantías por las razones expuestas. Se revocará la condena al pago de los descansos compensatorios, por encontrarse debidamente acreditado su disfrute conforme a las pruebas allegadas al proceso y lo concerniente a la reliquidación de la prima de servicios, vacaciones y navidad, por cuanto el trabajo suplementario no constituye factor salarial para su liquidación.

Reliquidación de factores salariales y prestaciones sociales:

El reconocimiento del trabajo suplementario a que tiene derecho el actor con fundamento en las directrices señaladas en el Decreto 1042 de 1978, conlleva el reajuste o reliquidación de las cesantías, de conformidad con lo previsto en el

²⁹ Sentencia C-710 de 1996. Corte Constitucional.

artículo 45³⁰ del Decreto Ley 1045 de 1978, respecto a los periodos que no se encuentren afectados por el fenómeno de la prescripción.

En cuanto a la reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, tales como la prima de servicios, vacaciones y prima de navidad, precisa la Sala que las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, al tenor de lo previsto en el artículo 59³¹ del Decreto 1042 de 1978, y artículos 17³² y 33³³ del Decreto 1045 de 1978, razón por la cual la Sala

³⁰ **Artículo 45º.-** De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. **Modificado posteriormente.**

³¹ **Artículo 59º.-** De la base para liquidar la prima de servicio. La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:

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

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

³² **Artículo 17º.-** De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

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

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

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

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

procederá a revocar la decisión apelada que ordenó tal reconocimiento.

Se confirmará lo relativo a la ausencia de condena en costas, al tenor del artículo 171 del C.C.A.

De la prescripción.

Ahora bien, conforme lo consideró el Tribunal, el reconocimiento ordenado a favor del actor deberá tener en cuenta la prescripción trienal de los derechos salariales establecida en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.

A su vez, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, preceptúa:

“1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual”.

De dichas disposiciones se desprende que los derechos laborales de los empleados públicos prescriben al cabo de tres (3) años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hizo exigible.

f) La prima de servicios y la de vacaciones;
g) La bonificación por servicios prestados.

La Sala ha señalado en anteriores oportunidades que *“la prescripción a la que se refiere el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 comprende, además de los derechos prestacionales, los derivados del sueldo”*³⁴.

En este orden, por efectos de la prescripción trienal, dado que la reclamación fue elevada el 29 de octubre de 2009, el derecho le asiste al demandante partir del 29 de octubre de 2006, encontrándose afectados por la prescripción, los derechos causados con anterioridad a dicha fecha.

Por último, atendiendo el escrito de sustitución de poder allegado a folio 667 del expediente, procederá la Sala a reconocer personería al apoderado de la Unidad Administrativa especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por reunir los requisitos del artículo 65 del C.P.C.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de 9 de octubre de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto accedió al reconocimiento de las horas extras, a la reliquidación de las cesantías, y al reajuste del valor de los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos, con la **aclaración** que la entidad demandada deberá pagar al señor WILMAR BERNARDO CRISTANCHO MORALES identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.023.864.776 los anteriores derechos laborales, así:

a). El valor correspondiente a cincuenta horas (50) extras diurnas al mes, desde el 29 de octubre de 2006, con fundamento en los artículos 36 a 38 del Decreto 1042 de 1978, acorde con la prueba documental allegada al proceso, liquidadas con base en el factor hora que resulte de dividir la asignación básica

³⁴ Sentencia de 12 de junio de 2003 Exp. No. 4868-2002 Actor: JULIO RAFAEL DEL CASTILLO CASTRO. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante, en la que se cita la sentencia de 2 de octubre de 1996, Consejero Ponente: Carlos Orjuela Góngora, Exp. No. 8092.

mensual sobre el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral (190).

b) Reajustar los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos laborados por el actor desde el 29 de octubre de 2006, empleando para el cálculo de los mismos el factor de 190 horas mensuales, que corresponden a la jornada ordinaria laboral, y no 240, y pagar las diferencias que resulten a favor del demandante, entre lo pagado por el Distrito y lo que debió pagarse por tales conceptos como resultado del reajuste.

c). Reliquidar el valor de las cesantías reconocidas y pagadas al actor a partir del 29 de octubre de 2006 con el valor que surja por concepto de las horas extras cuyo reconocimiento se ordena.

d) No se reconocen los descansos compensatorios, por encontrarse debidamente acreditado su pago y disfrute conforme a las pruebas allegadas al proceso y tampoco la reliquidación de las prima de servicios, vacaciones y navidad, por cuanto el trabajo suplementario no constituye factor salarial para su liquidación.

Las sumas resultantes de la condena a favor del demandante se actualizarán, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en la cual se causó el derecho.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente

mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

NIÉGASE en lo demás la providencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

ALFONSO VARGAS RINCON

GERARDO ARENAS MONSALVE