

HORAS EXTRAS DE CELADOR A NIVEL TERRITORIAL – Aplicación del régimen de los empleados del orden nacional HORAS EXTRAS DE CELADORES A NIVEL TERRITORIAL – Reconocimiento por más de 44 horas semanales

La Sala en reiteradas oportunidades ha dicho que el ordenamiento regulador de las horas extras del personal perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público Central, se extiende a los empleados municipales como es el caso del actor, por tratarse de un tema de Administración de Personal. De lo anterior, se concluye que la jornada laboral de los celadores del Municipio de Itagüí, con anterioridad a la publicación de la sentencia C-1063 de 16 de agosto de 2000, correspondía a 12 horas de trabajo por 24 horas de descanso, asignadas por 5 turnos de trabajo, es decir, 60 horas semanales. Esta situación, como ha quedado expuesto, excede la jornada ordinaria prevista por el ordenamiento jurídico para dichos empleados públicos, la cual, se reitera, es de 44 horas semanales. Teniendo en cuenta lo anterior, se condenará al Municipio demandado a efectuar la liquidación por concepto de horas extras, por el lapso transcurrido entre el 7 de marzo de 1999 y el 16 de agosto de 2000, período que fue reconocido por el *A quo*, partiendo de la base que existen 16 horas extras semanales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “B”

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil once (2011).

Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04897-01(1380-10)

Actor: HERNANDO DE JESUS MEJIA ESTRADA

Demandado: MUNICIPIO DE ITAGUI, ANTIOQUIA

AUTORIDADES MUNICIPALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 12 de marzo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por Hernando de Jesús Mejía Estrada contra el Municipio de Itagüí - Antioquia.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 1020 SSAP de 30 de mayo y 1482 de 2 de agosto de 2002, proferidas por el Secretario de Servicios Administrativos y el Alcalde del Municipio de Itagüi (Antioquia), que negaron la solicitud del actor encaminada al reconocimiento y pago de compensatorios; horas extras diurnas y nocturnas; dotaciones de vestido y calzado y subsidio familiar.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el pago de los días compensatorios; horas extras diurnas y nocturnas; dotación y subsidio familiar doblado; dándose cumplimiento a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y condenando en costas y agencias en derecho.

Como hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones narró los siguientes:

El demandante prestó sus servicios al Municipio de Itagüi (Antioquia) desempeñando el cargo de Celador.

Su jornada laboral era de 12 horas de trabajo por 12 horas de descanso, de 6:00 a.m. a 6:00 p.m.

Cuando había cambio de turno nocturno a diurno, quien comenzaba a trabajar a las 6:00 de la tarde extendía su labor hasta las 10:00 o 12:00 M. del día siguiente, recibiendo nuevamente el turno de las 10:00 p.m. hasta las 6:00 a.m. normalizando el turno.

Mensualmente laboraba 360 horas, es decir, 90 horas en promedio semanal.

Los dominicales y festivos se pagaban como días ordinarios con un recargo dependiendo si era diurno o nocturno, siendo en todo caso inferior al pago doble que ordena la ley.

El trabajo en dominicales y festivos no otorgaba descanso compensatorio, sino que se acumulaba para el pago.

Para demostrar el tiempo suplementario laborado elaboró un cuadro que resume semana por semana y mes por mes los turnos que prestó durante el servicio, según la carpeta laboral suministrada por la entidad territorial demandada.

No se reconoció la dotación de vestido y calzado de labor, ni el subsidio familiar.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

Artículo 1 del Decreto 085 de 1986.

Artículos 33, 36, 37, 38 y 40 del Decreto 1042 de 1978.

Artículo 2 de la Ley 27 de 1992.

Artículo 87 inciso 2 de la Ley 443 de 1998.

Artículo 3 de la Ley 6ª de 1945.

Artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo.

Artículo 1 de la Ley 70 de 1988.

Artículos 18, 27, 28 y 86 de la Ley 21 de 1982.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Itagüí contestó la demanda según escrito que corre a folios 69 a 82.

Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: i) inepta demanda la que fundamento por una formulación inadecuada de la pretensión; ii) Falta de causa para pedir; iii) Presunción de legalidad; iv) inexistencia de la obligación; vi) Buena fe y vii) Prescripción.

Señaló que la jornada laboral para quienes desempeñaban labores de simple vigilancia tuvo dos etapas:

1. Una primera en la que se aplicó el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 y el Decreto Municipal 164 de 16 de febrero de 1995, por lo cual, la jornada laboral para los mencionados empleados era de 12 horas de trabajo por 24 horas de descanso, sin exceder las 60 horas semanales.

2. Y una segunda, que tuvo lugar como consecuencia de la publicación de la Sentencia C-1063 de 16 de agosto de 2000, mediante la cual se declaró inexecutable parcialmente el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, se puso en práctica lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, que estableció la jornada laboral de los celadores del orden Nacional en 44 horas semanales. Esta determinación se adoptó con base en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Indicó que el cuadro allegado con la demanda no se ajusta a la realidad, ya que al actor no se le entregó copia de su hoja de vida para que efectuara los cálculos de tiempo extra laborado, diurno nocturno y en dominicales y festivos.

Manifestó que hasta la publicación de la Sentencia C-1063 de 2000 el ente territorial dio aplicación, en cuanto a la jornada laboral de empleados con funciones de mera vigilancia, a lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 y en el Decreto 164 de 1995, tal como lo ha dicho el Consejo de Estado en sus providencias.

Señaló que si bien el Decreto 85 de 1986 dispuso una jornada laboral para los celadores de 44 horas a la semana, lo cierto es que se aplicó para empleados del orden nacional y sólo fue factible extenderlo, a partir de la Sentencia de la Corte Constitucional, al sector territorial por haberse generado un vacío normativo que fue interpretado conforme a lo establecido en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Considera no acertada la afirmación del demandante, en relación a que la aplicación del Decreto 1042 de 1978 se debe a lo establecido en el artículo 2º de la Ley 27 de 1992, pues dicho cuerpo normativo no quedó cobijado dentro de los Decretos que de conformidad con lo allí dispuesto regulaban la administración de personal.

Advierte que a través de la Resolución No. 882 de 15 de mayo de 2002, modificada por la Resolución No. 1756 de 9 de septiembre de 2002, se reconocieron y liquidaron al actor las horas extras correspondientes a los años 2000 al 2002. El demandante interpuso recurso de apelación contra la Resolución No. 882 pero no se refirió al valor reconocido por horas extras, y solo se limitó a cuestionar la jornada laboral semanal y la deuda por calzado y vestido de labor.

La liquidación de horas extras contenida en la Resolución No. 882 de 15 de mayo de 2002, se efectuó a partir del 16 de agosto de 2000, fecha en la que se publicó

la Sentencia C-1063 y tomando como base una jornada laboral de 44 horas semanales, en aplicación de las Leyes 85 de 1986 y 153 de 1887. En consecuencia considera que no es procedente la liquidación de horas extras con anterioridad a dicha fecha, por cuanto para la época, es decir, con anterioridad al 16 de agosto de 2000, se aplicaba el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 y el Decreto Municipal 164 de 1995, en el que se adoptó concretamente y por aplicación de la referida Ley, una jornada laboral de 12 horas por 24 horas de descanso para este personal del orden territorial.

En atención a lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945 el Municipio adoptó, mediante acto administrativo, una jornada laboral para los funcionarios con labores de vigilancia de 12 horas de trabajo por 24 horas de descanso, atendiendo a la naturaleza de las funciones desempeñadas así como a la disciplina que se exige., por tanto, quienes aceptaron este tipo de vinculación, no pueden entrar a reclamar ahora un reconocimiento diferente.

Los compensatorios se regularon por lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 6ª de 1945, por lo que el Municipio antes de la publicación de la sentencia C-1063 de 2000 optó por conceder un descanso compensatorio de acuerdo a la necesidad del servicio y previa solicitud del celador.

Recalca que mediante la Resolución No. 882 de 15 de mayo de 2002, se le reconocieron y liquidaron al actor las prestaciones sociales, que incluyó el pago por compensatorios, decisión que fue confirmada mediante la Resolución No. 1756 de 9 de septiembre de 2002.

Considera no le asiste razón a la parte actora de reclamar el reconocimiento de dotación de vestido y calzado de labor, en la medida en que la Ley 70 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1978 de 1989 no extienden dicho beneficio a los empleados del orden territorial.

En cuanto al reconocimiento y pago del subsidio familiar el ente territorial afirmó que se encuentra a paz y salvo con sus aportes a Comfama, razón por la cual, cualquier duda sobre el pago del mismo al actor ha de preguntarse directamente a dicha Caja.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (fls. 205 a 214), declaró no probada la excepción de inepta demanda y parcialmente probada la prescripción. Declaró la nulidad parcial de las resoluciones demandadas y ordenó el pago de las horas extras causadas entre el 7 de marzo de 1999 al 16 de agosto de 2000, con fundamento en las siguientes razones:

Determinó que el régimen aplicable en materia de jornada laboral es el previsto en el Decreto 1042 de 1978, por lo que la jornada de trabajo máxima para quienes cumplen funciones de simple vigilancia es de 44 horas semanales.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 1042, las horas extras diurnas o nocturnas se deben de pagar con un recargo del 35% sobre la remuneración básica, dado que la labor era ordinaria y no ocasional, sin que en ningún caso se puedan cancelar más de 50 horas extras mensuales.

Considera que la jornada de trabajo asignada al actor, supera la máxima legal en 16 horas a la semana, por lo que declara la nulidad de los actos acusados en lo que respecta a este elemento.

En cuanto al reconocimiento de compensatorios por trabajo en día dominical o festivo, declara que no hay lugar a ellos, por cuanto no obra en el proceso documento del cual se derive la realización de trabajo en domingos o festivos.

Respecto a la dotación de vestido y calzado de labor, de conformidad con lo señalado en el artículo 1 de la Ley 70 de 1988 y del Decreto 1919 de 2002, los empleados públicos del sector central en el nivel territorial (departamentos y municipios) tienen derecho al suministro de calzado y vestido de labor, a partir del 27 de agosto de 2002, fecha de la publicación del Decreto 1919. Como el actor prestó sus servicios a la entidad territorial hasta el 15 de marzo de 2002, no tiene derecho a este reconocimiento.

En relación con el subsidio familiar, determinó que no hay lugar al pago de dichos aportes, teniendo en cuenta la respuesta dada por la Caja de Compensación Familiar, en la que hace constar que no existen pagos pendientes a cargo del Municipio por dicho concepto.

Declara la nulidad parcial de los actos demandados y ordena reconocer al actor el tiempo suplementario, por el tiempo comprendido entre el 7 de marzo de 1999 y 16 de agosto de 2000. Declara prescritas las acreencias laborales anteriores al 7 de marzo de 1999, teniendo en cuenta que la petición de reconocimiento y pago de tiempo extra fue elevado el 7 de marzo de 2002.

A efectos de realizar la liquidación de las horas extras, determinó que se debería de tener en cuenta:

- Hora de ingreso y salida, de acuerdo con la documentación que reposara en la oficina de personal de la entidad, por el periodo comprendido entre el 7 de marzo de 1999 y 16 de agosto de 2000.
- Al mes deben ser canceladas 50 horas extras, y en caso de haber laborado más horas, deberán ser liquidadas a razón de 1 hábil por cada 8 horas extras trabajo.

EL RECURSO

El apoderado del Municipio de Itagüi, interpuso recurso de apelación (fs. 216 a 222) contra el anterior proveído, argumentando lo siguiente:

Está en desacuerdo con las normas aplicadas por el *A-quo* respecto del trabajo suplementario, la que difiere con la Jurisprudencia que ha venido aplicando analógicamente el Consejo de Estado.

Indica que el Consejo de Estado en situaciones como la estudiada por el *sub-lite* ha negado las súplicas de la demanda, por el incumplimiento de la carga probatoria que incumbe a la parte demandante demostrar las horas extras.

Dentro del plenario no obran las pruebas que demuestren específicamente las horas pretendidas, ni se acreditó el cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, esto es, que el trabajo suplementario haya sido autorizado previamente mediante comunicación escrita en la que se especifiquen

las actividades que deban desarrollarse; así como tampoco la autorización del Jefe del Organismo para laborar durante los días de descanso remunerado.

La primera instancia no analizó las pruebas aportadas al expediente careciendo de un soporte sólido para condenar a la entidad demandada, citando para ello sentencias del Consejo de Estado que indican la necesidad probatoria al momento de condenar al pago del trabajo suplementario. (Sentencia de 20 de septiembre de 2001, Exp. No. 98-5277-0434-2001, M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla – sentencia de 17 de agosto de 2006, Exp. No. 05001233100019980194101, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.).

La condena impuesta *in genere* invierte el principio de la carga de la prueba prevista en el artículo 177 del C. de P. C., por cuanto era obligación de la parte demandante acreditar los supuestos de hecho para obtener el reconocimiento y pago de las horas extras pretendidas.

Según el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos, las pretensiones y lo efectivamente probado por el actor, situación que no se presentó en el *sub-lite*.

La Jurisdicción Contenciosa Administrativa es eminentemente rogada, implicando que el interesado debe desvirtuar la presunción de legalidad de los actos impugnados a través de los diferentes medios probatorios.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en decidir si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las horas extras durante el período comprendido entre el 7 de marzo de 1999 y el 16 de agosto de 2000; o si por el contrario no se demostró el cumplimiento de la jornada suplementaria ameritando negar las súplicas de la demanda.

ACTOS ACUSADOS

Resoluciones Nos. 1020 de 30 de mayo y 1482 de 2 de agosto de 2002 (fls. 2 a 6 y 8 a 13l), proferidas por el Secretario de Servicios Administrativos y el Alcalde del Municipio de Itagüi (Antioquia), a través de las cuales se negó la solicitud del actor encaminada al reconocimiento y pago de compensatorios; horas extras diurnas y nocturnas; dotaciones de vestido y calzado y subsidio familiar.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Vinculación y Retiro de la entidad demandada.

A través de Decreto No. 248 de 14 de marzo de 2002, proferido por el Alcalde del Municipio de Itagüi, se suprimió el cargo de Celador, Grado 03, Código 615 desempeñado por el actor habiendo prestado servicios desde el 30 de diciembre de 1992 hasta el 15 de marzo de 2002 (fls. 255 y 256).

Por medio de la Resolución No. 620 de abril 2 de 2002, proferida por el Secretario de Servicios Administrativos y Personal del Municipio de Itagüi, se le reconoce al actor la suma de \$7.188.522, correspondiente a la indemnización por supresión del cargo (fls. 255 a 257).

A través de la Resolución No. 1020 SSAP de mayo 30 de 2002, proferida por la Secretaria de Servicios Administrativos y de Personal (e) del Municipio de Itagüi, se negó al actor el reconocimiento y pago de los derechos laborales reclamados (días compensatorios, horas extras, calzado y vestido de labor y subsidio familiar) fls. 2 a 6.

El 2 de agosto de 2002, mediante la Resolución No. 1482, el Alcalde Municipal de Itagüi desató el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 1020 S.S.A.P. de 30 de mayo de 2002 y la confirmó (fls. 8 a 13).

Jornada Laboral

El Decreto 164 de 16 de febrero de 1995, proferido por el Alcalde Municipal de Itagüi, adoptó como jornada de trabajo para los vigilantes vinculados, turnos de 12 horas con descanso de 24 horas sin que a la semana excedan de 60 horas. (fl. 101)

Según respuesta al Oficio No. 4540 de 3 de septiembre de 2011, (fls. 233 y 234), la Secretaría de Despacho de la Alcaldía de Itagüi informó que la jornada laboral señalada para los vigilantes era la siguiente:

“Doce (12) horas de trabajo por veinticuatro (24) horas de descanso, asignada por 5 turnos de trabajo.

Los 3 primeros turnos de trabajo tenían horarios Rotativos. Los turnos 4 y 5 son horarios fijos.

Explicación de la jornada Turnos 1, 2 y (disyuntivo) 3

Turno 1: 6 a.m. a 6 p.m.

Turno 2: 6 p.m. a 6 a.m.

Turno 3: DESCANSO

Explicación de la jornada Turnos 4 y 5:

Turno 4. El vigilante trabajaba de 6:00 a.m. a 6:00 p.m. fija diurna, sin rotación alguna.

El turno 5 correspondía a la jornada fija nocturna de 6:00 p.m. a 6:00 a.m. sin rotación alguna.

A partir del 16 de agosto de 2000, fecha de expedición de la sentencia C-1063 la jornada laboral de los vigilantes se redujo exclusivamente a 44 horas a la semana, razón por la cual se incorporó el pago de horas extras, sin perjuicio del porcentaje adicional por recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos laborados.”

ANÁLISIS DE LA SALA.

Cuestión Previa:

Los actos acusados dentro del presente asunto son las Resoluciones Nos. 1020 de 30 de mayo y 1482 de 2 de agosto de 2002, por medio de las cuales se negó al actor la solicitud de reconocimiento y pago de compensatorios; horas extras diurnas y nocturnas; dotaciones de vestido y calzado de labor, y subsidio familiar, como consecuencia de su vinculación laboral.

La entidad accionada, al contestar la demanda, argumenta dentro de las excepciones de fondo propuestas *“inepta demanda” por formulación inadecuada de la pretensión*, la que hace consistir en el hecho de que varias de las referidas pretensiones (compensatorios y horas extras) fueron resueltas a través de la

Resolución No. 882 de mayo 15 de 2002, la cual fue modificada mediante Resolución No. 1756 de 9 de septiembre de 2002, y mediante Resolución No. 1592 de agosto 13 de 2002, resuelve recurso de apelación, sin que fueran demandadas.

En casos como el que nos ocupa, en los cuales el acto administrativo que contiene una decisión particular no fue objeto de recursos en vía gubernativa o no fue demandado en tiempo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se entiende que una petición posterior que verse sobre los mismos puntos contenidos en tal acto constituye una pretensión de revocatoria directa y se ha afirmado que ni esta solicitud ni la respuesta de la administración tienen la fuerza de revivir los términos para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo prescribe el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo¹.

Dicha interpretación no es aplicable al *Sub lite*, ya que también esta Corporación ha señalado que existe una excepción a la imposibilidad de recurrir en instancia judicial el acto que resuelve por medio de revocatoria directa una petición, en los siguientes términos²:

“Contra las decisiones que ponen fin a una actuación administrativa el interesado tiene dos opciones: acudir a la vía jurisdiccional si en tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se dan los presupuestos para su ejercicio (artículo 85 en concordancia con el 135 del C.C.A.), o solicitar la revocatoria directa.

Si se acoge esta última, en principio, el acto que la resuelve no tiene control jurisdiccional, ya que sería un mecanismo para desconocer una decisión inicial ejecutoriada contra la que no se agotó la vía gubernativa y frente a la cual muy seguramente ya había operado el fenómeno de la caducidad. Por esta razón el artículo 72 *ibídem* previene que:

"Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo".

[1 Fallo de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 12 de julio de 2001, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Expediente No.3146-00, actor: Celmira González de Paz; Sentencia de 17 de mayo de 2007, Expediente No. 13001-23-31-000-2000-00124-01\(6533-05\), M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, actor: Rafael E. Mestre Yunes.](#)

[2 Auto de 4 de octubre de 2007, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta, Expediente No. 25000-23-24-000-2006-00474-01, Actor: Banco Andino Colombia S.A. en Liquidación; Auto de del 3 de diciembre de 1993, M.P. Miguel González Rodríguez, Sección primera, Expediente No. 2640.](#)

Sin embargo, bien puede acontecer, en casos excepcionales, que el acto que resuelva la solicitud de revocatoria directa modifique total o parcialmente el acto inicial y tal decisión se adopte en contravención a la ley, como cuando, por ejemplo, quien solicita la revocatoria directa es un tercero y al titular del derecho revocado no se le cita a la actuación administrativa que surge en el trámite de la revocatoria; o cuando el interesado hace la petición y no se tiene en cuenta a un tercero que podría resultar afectado; o cuando la modificación parcial o total que operó en el acto que resolvió la revocatoria reconoce el derecho que reclama el titular pero sin ajustarse a la ley en tal reconocimiento.

Ante estos eventos se está en presencia de un nuevo pronunciamiento, no contemplado en el acto revocado, y sería inconcebible sostener que derechos reconocidos a través de un recurso extraordinario de revocatoria directa escaparan del control contencioso administrativo”.

En esta misma línea, la Sección Cuarta, mediante sentencia de 26 de octubre de 2009, expresó³:

“En efecto, la jurisprudencia y la doctrina han aceptado que es viable demandar los actos que resuelven las solicitudes de revocatoria directa, cuando los mismos incluyan situaciones nuevas de carácter particular y concreto en relación con los actos objeto de dicho recurso extraordinario⁴.”. (El resaltado es del texto).

Teniendo en cuenta los anteriores pronunciamientos es posible afirmar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el actor ha sido debidamente encausada respecto de los actos señalados como demandados, pues se observa que se refieren a temas diversos a los decididos mediante la Resolución No. 882 de 15 de mayo de 2002, situación que hace posible su demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en orden a garantizar los derechos constitucionales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

Una vez revisada la Resolución No. 882 de 15 de mayo de 2002 (fls. 85 a 87), se observa que dentro de la liquidación de las prestaciones sociales se reconocieron las siguientes: “sueldo/01”, “salario/02”, “sub transporte/01”, “sub transporte/02”, “prima vida cara”, “prima navidad”, “aguinaldo”, “prima vacaciones”, “recargos

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, m.p. Dr. Héctor J. Romero Díaz, Sentencia de 26 de octubre de 2009, Radicación No.: 25000-23-27- 000-2000-00444-03 (15266), Actor: Incauca Refinería de Colombia S.A. - INCAUCA S.A.

⁴ Sección Cuarta, sentencias de 29 de junio de 2006 (Exp.14162) y de 1 de octubre de 2009 (Exp. 17218), C.P. Héctor J. Romero Díaz.

Nocturnos”, “Horas extras”, “cesantías”, “vacaciones”, “prima vacaciones”, “compensatorios”, “Horas extras/00”, “Horas extras/01”, “reajuste salarial” y “reajuste indemnización”.

Y mediante las Resoluciones acusadas se hizo alusión a compensatorios, horas extras diurnas y nocturnas y jornada laboral aplicable, durante todo el tiempo de la relación laboral, sin indicar los motivos que dieron lugar a la liquidación efectuada según la Resolución No. 882, calzado y vestido de labor y el subsidio familiar.

Normatividad aplicable.

El Decreto 0085 de 1986, establece la jornada de trabajo para los empleos de Celadores, el artículo 1 prevé el siguiente tenor literal:

“Artículo 1. A partir de la vigencia del presente decreto, a la asignación mensual fijada por la escala de remuneración para los empleos de celadores, corresponde una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro (44) horas semanales.”.

Por su parte, el artículo 2 previó el siguiente tenor literal:

“Artículo 2. El presente decreto se aplica a los empleos de celadores pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder público en lo Nacional, regulados por el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de cargos contemplado en el Decreto Extraordinario 1042 de 1978 y demás disposiciones que lo modifican y adicionan.”.

Por su parte, el artículo 2° de la Ley 27 de 1992, estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 2. DE LA COBERTURA. Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental; distrital diferentes al Distrito Capital, municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales. (...)”.

Entretanto, el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, indicó que:

“Artículo 87. Vigencia. Esta Ley rige a partir de su publicación, deroga las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992, el artículo 31 de la Ley 10 de 1990, y el Decreto Ley 1222 de 1993; modifica y deroga, en lo pertinente, los Títulos IV y V del Decreto Ley 2400 de 1968, el Decreto Ley 694 de 1975, la Ley 10 de 1990, los Decretos Leyes 1034 de 1991, el Decreto 2169 de 1992, el artículo 53 de la Ley 105 de 1994 en lo referente a los regímenes de carrera, salarial y prestacional, y las demás disposiciones que le sean contrarias.

Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente Ley y las contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3⁵ de la presente Ley.” (Negrillas)

En virtud de las normas precitadas, la Sala en reiteradas oportunidades ha dicho que el ordenamiento regulador de las horas extras del personal perteneciente a la Rama Ejecutiva del Poder Público Central, se extiende a los empleados municipales como es el caso del actor, por tratarse de un tema de Administración de Personal, así:

“De acuerdo con la tesis adoptada por la Sala de Sección, el régimen que gobierna la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial está contenido en el Decreto 1042 de 1978. Si bien el Decreto 1042 de 1978 en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, “el artículo 3^o” (sic) de la Ley 27 de 1992 hizo extensiva a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidos no solamente en la norma citada, sino en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, Ley 13 de 1984 y 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen. La extensión de dicha normatividad fue reiterada por el artículo 87, inciso segundo, de la Ley 443 de 1998. El Decreto 1042 de 1978 se aplica para los empleados de la rama ejecutiva en el orden territorial, en materia de jornada de trabajo y trabajo en días de descanso obligatorio, pues la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992 no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual, dentro de una interpretación amplia, comprende así mismo el concepto de jornada de trabajo. La Sala 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

⁵ **Artículo 3.-** “Campo de aplicación. Las disposiciones contenidas en la presente Ley son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles Nacional, Departamental, Distrital, **Municipal** y sus entes descentralizados; en las Corporaciones Autónomas Regionales; en las Personerías; en las Entidades Públicas que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud; al personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera; al personal administrativo de las instituciones de educación Primaria, Secundaria y Media vocacional de todos los niveles; a los empleados no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas militares y de la Policía Nacional, así como a los de las Entidades Descentralizadas adscritas o vinculadas a los anteriores. (...)” (Destacado)

jornada laboral y el trabajo en días de descanso obligatorio, pues además de lo expuesto, debe considerarse adicionalmente que partiendo de que el régimen de administración de personal civil contenido en el Decreto 2400 de 1968 se refiere a la clasificación de empleos, condiciones para el ejercicio del empleo (ingreso, deberes, derechos, prohibiciones, régimen disciplinario, calificación de servicios, situaciones administrativas, retiro del servicio), capacitación, carrera administrativa, organismos para la administración de personal, resulta válido afirmar que la jornada de trabajo es un concepto que hace parte de la noción genérica de "administración de personal". El Decreto 1042 de 1978 en sus artículos 33 y siguientes se ocupa de la jornada de trabajo, y en este sentido constituye una adición a los decretos 2400 y 3074 de 1968." ⁶

Conforme a lo expuesto, entonces, cualquier hora adicional que se haya laborado en exceso de las 44 horas semanales debe ser considerada como trabajo extra y, en consecuencia, se impone su remuneración conforme a las reglas de los artículos 36 a 38 del Decreto 1042 de 1978, tal como lo concluyó el *A quo*.

CASO CONCRETO.

La entidad demandada orientó el recurso de apelación fundamentando en la indebida aplicación de las normas jurídicas, argumento que la Sala despachará desfavorablemente, pues como se observó en la normativa precitada, la jornada laboral del personal del Orden Nacional de la Rama Ejecutiva se hace extensiva a los empleados públicos territoriales, siendo entonces de máximo 44 horas semanales.

Señala también como motivo de inconformidad el incumplimiento de la carga probatoria que incumbe al demandante frente a las horas extras pretendidas, ya que dentro del expediente no obran las pruebas que demuestren específicamente las horas extras reclamadas, ni la acreditación del cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 para su reconocimiento. Observa la Sala, que el material probatorio que reposa en el plenario es suficiente para demostrar con certeza que el actor laboró las horas extras que deprecia la demanda.

⁶ [Sentencia de 19 de julio de 2007 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp. No. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02175-01\(6183-05\), actora: Luz Angelica Mena Pineda.](#)

De la Resolución No. 1020 S.S.A.P. de 30 de mayo de 2002 (fls. 2 a 6), se constata que el demandante laboró en jornadas de 60 horas semanales, por el periodo comprendido entre el 11 de marzo de 1999 y 16 de agosto de 2000, la que señaló:

“En primer término debe precisarse la posición de la Administración Municipal respecto a la jornada laboral aplicable a los celadores que prestan o prestaron sus servicios al Municipio de Itagüí.

Antes de la publicación de la sentencia C-1063 de 2000, que declaró inexecutable de manera parcial el artículo 3° de la Ley 6ª de 1945, la jornada laboral de los celadores, caso particular Municipio de Itagüí, era de doce (12) horas por veinticuatro (24) de descanso, sin exceder sesenta (60) horas a la semana, jornada regulada por el Decreto Municipal nro. 164 del 16 de febrero de 1995.”.

El Secretario de Despacho, Secretaría de Servicios Administrativos, de la Alcaldía de Itagüí, en respuesta a lo ordenado por este Despacho en oficio No. 4540 del 3 de septiembre de 2011, *“remitir con destino al proceso copia de la totalidad de “las carpetas de control de tiempo de los turnos” efectivamente laborados por el señor Hernando de Jesús Mejía Estrada, entre enero de 1993 y mayo de 2001”*, informó (fls. 233 y 234):

“(…) no existe carpeta de tiempos efectivamente laborados por el demandante, y con respecto a la jornada laboral señala para los vigilantes era la siguiente:

Doce (12) horas de trabajo por veinticuatro (24) horas de descanso, asignadas por 5 turnos de trabajo.

Los 3 primeros turnos de trabajo tenían horarios ROTATIVOS. Los turnos 4 y 5 son horarios fijos.

Explicación de la jornada Turnos 1, 2 y (disyuntivo) 3

Turno 1: 6 a.m. a 6 p.m.

Turno 2: 6 p.m. a 6. a.m.

Turno 3: DESCANSO

Ejemplo: Hoy 11 de septiembre X está en turno 1 de 6 a.m. a 6 p.m. El Turno 2 por su parte, estaría de 6 p.m. a 6. a.m. y el turno 3 estaría en descanso.

Para el día 12 de septiembre X estaría en turno 2 de 6: p.m. a 6. a.m. y para el 13 de septiembre estaría en descanso; es decir, cada vigilante durante una misma semana rotaba en los 3 turnos, 1, 2 y 3.

Explicación de la Jornada. Turnos 4 y 5:

Turno 4. El vigilante trabajaba de 6 am a 6 p.m. fija diurna, sin rotación alguna.

El turno 5 correspondía a la jornada fija nocturna de 6 p.m. a 6. a.m. sin rotación alguna.

A partir del 16 de agosto de 2000, fecha de expedición de la Sentencia C-1063, la jornada laboral de los vigilantes se redujo exclusivamente a 44 horas a la semana, razón por la cual se incorporó el pago de horas extras, sin perjuicio del porcentaje adicional por recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos laborados.”.

De lo anterior, se concluye que la jornada laboral de los celadores del Municipio de Itagüí, con anterioridad a la publicación de la sentencia C-1063 de 16 de agosto de 2000, correspondía a 12 horas de trabajo por 24 horas de descanso, asignadas por 5 turnos de trabajo, es decir, 60 horas semanales. Esta situación, como ha quedado expuesto, excede la jornada ordinaria prevista por el ordenamiento jurídico para dichos empleados públicos, la cual, se reitera, es de 44 horas semanales.

Teniendo en cuenta lo anterior, se condenará al Municipio demandado a efectuar la liquidación por concepto de horas extras, por el lapso transcurrido entre el 7 de marzo de 1999 y el 16 de agosto de 2000, período que fue reconocido por el *A quo*, partiendo de la base que existen 16 horas extras semanales.

El reconocimiento de las horas extras corresponde al valor de horas extras diurnas, pues el demandante no aportó prueba siquiera sumaria en que permita determinar claramente la cantidad de horas en que estuvo laborando de noche, aplicando sobre dicho valor un recargo equivalente al 25% conforme a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978⁷.

⁷ Esta tesis ha sido sostenida en otras oportunidades, tal como puede verse en la sentencia de 15 de septiembre de 2011, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, EXPEDIENTE No. 700012331000200502243 01(2341-2010), Actor: Dairo Rafael Hernández Sierra.

Para efectos de su pago, se tendrá en cuenta el límite de reconocimiento que estatuye el artículo 36) literal d) del Decreto 1042 de 1978 modificado por el artículo 13 del Decreto 10 de 1989 en tanto estableció que no podrán pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales. Además, se atenderá la previsión contemplada en el literal e) ibídem, el cual indica que si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un (1) día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

Como la entidad accionada incumplió con el deber de pagar las horas extras en referencia y si bien el *A quo* accedió al reconocimiento de las mismas, no ordenó la indexación de las condenas, resulta procedente decretarla en esta instancia, por tanto, 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.

Así las cosas, el proveído impugnado, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda será confirmado, pero modificado en lo concerniente a la liquidación de la condena impuesta por concepto de horas extras, de conformidad con lo anteriormente expuesto.

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

FALLA

1°. CONFÍRMASE parcialmente la Sentencia de 12 de marzo de 2010, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró no probada la excepción de inepta demanda, probada parcialmente la excepción de prescripción y accedió parcialmente a las pretensiones formuladas por Hernando de Jesús Mejía Estrada contra el Municipio de Itagüí – Antioquia.

2°. MODIFÍCASE el numeral cuarto del proveído impugnado en el sentido de indicar que el pago de las horas extras a que tiene derecho el accionante se hará por el período comprendido entre el 7 de marzo de 1999 y el 16 de agosto de 2000, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Las sumas a que se condena al ente territorial demandado por medio de esta sentencia se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva.

3°. DÉSE cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

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

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA