

TRABAJO SUPLEMENTARIO DE EMPLEADO DEL NIVEL TERRITORIAL – Aplica el régimen de empleados del orden nacional

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado de manera reiterada que el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978¹, pues si bien dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 3° 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 la norma precitada, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y leyes 13 de 1984 y 61 de 1987.

**FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1978 / LEY 27 DE 1992 – ARTICULO 3 /
DECRETO 2400 DE 1978 / DECRETO 3074 DE 1978 / LEY
13 DE 1984 / LEY 61 DE 1987**

TRABAJO SUPLEMENTARIO – Lo que excede de 44 horas semanales

De esta norma (Decreto 1042 de 1978, artículo 33) se deduce que la jornada ordinaria de trabajo del demandante, -concepto que implica el pago del salario ordinario pactado y sin recargos- es de 44 horas semanales, y en consecuencia, toda labor realizada con posterioridad a la hora 44 de cada semana, constituye TRABAJO SUPLEMENTARIO o de horas extras, que como tal, debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de ley.

TRABAJO EN DOMINICALES Y FESTIVO – Liquidación

El valor de la retribución total por un día festivo laborado se compone de tres factores, si se concede el descanso compensatorio; y de cuatro factores, si no se otorga tal descanso compensatorio así: a) El valor del trabajo efectivamente realizado en día festivo, que se remunera según el tiempo servido (número de horas); b) Un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado; c) El valor de un día ordinario de trabajo en el que el servidor descansará. (este valor se entiende incluido en la remuneración mensual o quincenal del servidor); d) Dependiendo del caso, el valor de un día ordinario de trabajo si no se otorgó el descanso compensatorio a que hace referencia el literal anterior. Con base en la fórmula, sobre la jornada legal que es de 44 horas semanales el pago debió ser sobre la base de \$2.693,56 la hora X 33 horas laboradas = \$88.887,48, por el doble = \$177.774.96, más el día ordinario que no descansó (\$19.663), operación que arroja un valor de \$197.437, que debió pagarse al actor. Se aclara que no se agrega a la sumatoria efectuada un día de salario ordinario como compensatorio no descansado porque, según se indicó en líneas anteriores, este se entiende contenido en el salario. Con el anterior ejemplo, es fácil inferir la errónea liquidación por parte del Hospital General de Medellín respecto de las horas laboradas en días domingos y festivos, porque se remuneraron sin incluir el día ordinario en que debió descansar, como lo dicta el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1978 – ARTICULO 34

CONSEJO DE ESTADO

¹ Ver sentencias 5622-05,5494-05,7854-05. Dra. Ana Margarita Olaya.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-31-000-1998-01841-01(0846-08)

Actor: EUDORO BOTERO BAYER

Demandado: HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 4 de diciembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

1. ANTECEDENTES

El señor Eudoro Botero Bayer, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. pretende la nulidad del Oficio No. 000864 de 12 de marzo de 1998, proferido por el Gerente del Hospital General de Medellín (en adelante HGM), en consecuencia, que se le condene al pago de los compensatorios por la totalidad de los dominicales y festivos laborados desde la fecha de ingreso a la Institución, al reajuste de estos valores que fueron pagados en valor inferior al consagrado en la ley, y al pago de horas extras por haber laborado jornadas superiores a las 44 horas semanales.

De otro lado, en vista de que el anterior reconocimiento modificaría la base salarial, se ordene el reajuste y pago de la totalidad de los salarios y prestaciones sociales, legales y extralegales causadas desde la fecha de vinculación; que las sumas en comento se indexen y actualicen conforme al artículo 178 del C.C.A., y el fallo se cumpla en los términos del artículo 176 ibídem.

Expone que se vinculó al HGM el 1° de noviembre de 1988 en el cargo de conductor, laborando bajo el sistema de turnos dado que el servicio de salud se presta las 24 horas del día, dominicales, festivos, jornada nocturna, extras nocturnas y diurnas.

Manifiesta que la entidad accionada no ha reconocido en forma debida el pago del tiempo laborado en dominicales y festivos, que corresponde al doble del valor de un día ordinario de trabajo y a un día de compensatorio remunerado (pago triple), bajo el argumento de que si con un dominical se cumple la jornada semanal de trabajo, no se genera el recargo de ley. Sin embargo, afirma, de febrero a octubre de 1997 efectuó adecuadamente los pagos.

Expresa que se le ha impuesto una jornada laboral de 48 horas semanales, cuando la ley indica que son 44; asimismo, que el pago indebido del tiempo extra genera un detrimento en la liquidación de las prestaciones causadas, como vacaciones y primas.

Cita como **disposiciones violadas** los artículos 25, 53, 125 y 209 de la Constitución Política, 195 de la Ley 100 de 1993, 30 de la Ley 10 de 1990, y 33 y 40 del Decreto 1042 de 1978. El **concepto de violación** lo desarrolla de folio 21 a 28.

2. SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante sentencia de 4 de diciembre de 2007, declaró probada la excepción de inepta demanda propuesta por la demandada, por no existir petición previa en cuanto a la pretensión de reliquidar los salarios y prestaciones sociales. En consecuencia, se declaró inhibido para pronunciarse sobre esta reclamación.

Asimismo, inaplicó la Ley 57 de 1926 y el Decreto 1278 de 1931 en lo relativo al pago de días dominicales y festivos; declaró la nulidad del Oficio No. 000864 de 12 de marzo de 1998 proferido por el Gerente del HGM, por tanto, condenó a esta Institución a reconocer y pagar al actor cuatro (4) horas extras por cada semana laborada desde el 17 de noviembre de 1988, las cuales deberán ser liquidadas como extras diurnas o nocturnas teniendo en consideración que al descontar las primeras 44 horas de la jornada laboral semanal, las cuatro siguientes se hayan laborado en jornada diurna o nocturna, con el salario de conductor. Finalmente, denegó el reconocimiento y pago de dominicales y festivos.

Determinó que dada la calidad de la Entidad demandada, Empresa Social del Estado con categoría de Entidad Pública descentralizada del orden municipal, su personal tiene calidad de servidores públicos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa y de trabajadores oficiales. Que el actor fue nombrado para ejercer un cargo asistencial en la institución, como conductor, cuya jornada laboral es gobernada por el Decreto 1042 de 1978, norma de carácter nacional también aplicable a empleados de carácter territorial, que indica que es de 44 horas semanales, por tanto, toda labor realizada con posterioridad a esta hora constituye trabajo suplementario o extra que debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de ley.

Precisó que el pago de las horas extras debe ser contabilizado desde la fecha de prescripción de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, la cual fue interrumpida el 19 de febrero de 1998, fecha en la que el actor solicitó el reconocimiento de los conceptos demandados, por lo que el pago se efectuaría desde el 19 de febrero de 1995.

Finalmente, concluyó que el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado en lo que atañe al trabajo realizado en días dominicales y festivos, toda vez que no se encuentran identificados cuales días festivos fueron objeto de descanso compensatorio y en cuales se retribuyó en dinero tal descanso, tampoco es clara la razón de los valores pagados por la entidad en los rubros dominicales y festivos de las nóminas; y el acto demandado indica en cuanto al tiempo de descanso compensatorio otorgado que en la modalidad de servicio por turnos de 12 horas de trabajo diario, con 48 horas de trabajo semanal, necesariamente se tienen jornadas de 24 horas de descanso en cada semana.

3. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Manifiesta que la parte actora no acreditó cual era la jornada de trabajo semanal que cumplía realmente para que el Tribunal concluyera que tenía derecho al pago de 4 horas extras semanales. Agregó que tampoco logró demostrar los días domingos y festivos en que efectivamente laboró.

Luego de hacer una crítica a la sentencia 4343-02, en la cual se basó el Tribunal para proferir la sentencia que se apela, y de analizar la naturaleza de la jornada de trabajo bajo las leyes 6ª de 1945 y 57 de 1926, así como del Decreto 1278 de 1931, concluyó que las jornadas de trabajo de los empleados públicos del Hospital General de Medellín que cumplan funciones de carácter asistencial fue, hasta la entrada en vigencia de la Ley 269 de 1996, de 48 horas semanales, y a partir de la vigencia de la misma de 66 horas semanales, por lo que solicita la revocatoria del aparte de la sentencia referente al reconocimiento y pago de 4 horas extras semanales desde la fecha de aplicación de la prescripción hasta el 1º de marzo de 1996.

Para resolver, se

4. CONSIDERA

4.1. Problema jurídico

De conformidad con el recurso de apelación, corresponde determinar en esta instancia la procedencia del pago a favor del actor del trabajo suplementario y de los dominicales y festivos laborados como conductor al servicio del Hospital General de Medellín.

4.2. Resolución del caso concreto

4.2.1. Del trabajo suplementario

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado de manera reiterada que el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978², pues si bien dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 3º 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

² Ver sentencias 5622-05,5494-05,7854-05. Dra. Ana Margarita Olaya.

la norma precitada, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y 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, que establece:

“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 1978 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 3 de la presente Ley.”

Dentro de los empleados a que hace referencia el artículo 3° de la Ley 443 de 1998 están los que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del nivel departamental, distrital, municipal y sus entes descentralizados.

A esta conclusión, según la cual el Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden territorial en materia de la jornada de trabajo y de 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.

Definida la aplicación del Decreto 1042 de 1978 a la situación del actor, la Sala considera pertinente hacer el siguiente análisis:

El artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, definió la jornada en 44 horas semanales en los siguientes términos:

“ARTICULO 33. *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.”

De esta norma se deduce que la jornada ordinaria de trabajo del demandante, - concepto que implica el pago del salario ordinario pactado y sin recargos- **es de 44 horas semanales**, y en consecuencia, toda labor realizada con posterioridad a la hora 44 de cada semana, constituye TRABAJO SUPLEMENTARIO o de horas extras, que como tal, debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de ley.

La Sala encuentra acreditado en el expediente, que el demandante laboró efectivamente en jornadas de 48 horas semanales. Ello se deduce, entre otras pruebas, del texto del acto acusado que en el numeral 3º afirma lo siguiente: “*Su jornada ordinaria de trabajo es de cuarenta y ocho (48) horas a la semana, razón por la cual no existe ninguna obligación de reconocerle horas extras a partir de una jornada ordinaria semanal de cuarenta y cuatro (44) horas semanales*” (Folio 5).

Ahora bien, según la relación de pagos que obra a folio 185 y s., el demandante laboró 240 horas al mes, tiempo que superó el tope mensual de 176 horas reglamentarias, teniendo como base una jornada semanal de 44 horas.

Por lo anterior, hizo bien el Tribunal de instancia en ordenar el pago del trabajo suplementario laborado por el petente. Sin embargo, sobre la forma como indicó debía liquidarse, la Sala encuentra que debe realizarse una precisión. En efecto, en la relación de pagos atrás citada se indica que el actor laboró en jornadas ordinaria diurna, ordinaria nocturna, dominical nocturna y festivo (Fl. 58), y al no haber una certificación de la jornada que habitualmente desempeñó, es evidente que las horas extras reconocidas deben liquidarse como “**extras nocturnas**”, por ser esta situación más favorable para el actor, y no como diurnas o de forma

“mixta”, pues seguramente podrían desconocerse horas extras laboradas en horario nocturno, lo que resultaría a todas luces injusto³.

Asimismo, para determinar el número de **horas extras** que el demandado deberá liquidar por los meses dejados de pagar, debe tenerse en cuenta que según el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, en concordancia con el artículo 37 ídem, en ningún caso podrán pagarse **más de 50 horas extras mensuales**; y si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada 8 horas extras de trabajo.

Finalmente, el Tribunal determinó en la parte considerativa lo que atañe a la prescripción, indicando que esta operaba tres años atrás contados desde el 19 de febrero de 1998 (fecha de presentación de la reclamación administrativa) es decir, desde el 19 de febrero de 1995, no obstante, en la parte resolutive del fallo, se encuentra que no se delimitó expresamente este término para efectuar el pago de la condena, al decirse que este debía realizarse desde el 17 de noviembre de 1988 (numeral 5°).

Por lo anterior, referente al trabajo suplementario, se confirmará la sentencia en lo que tiene que ver con su reconocimiento, pero se adicionará frente a que las horas extras se liquidarán como nocturnas, que no pueden reconocerse más de 50 horas extras mensuales, y que el pago, por haber operado la prescripción, se realizará a partir del 17 de febrero de 1995.

4.2.2. Trabajo en días dominicales y festivos

Como ya se advirtió, la Sala se acoge, para suplir el vacío jurídico que se presenta respecto de la normatividad rectora de esta materia, a las previsiones del **Decreto 1042 de 1978**, artículo 39, de la cual se infiere que el reconocimiento del trabajo que se cumpla “**ordinariamente**” en dominicales y festivos comprende el doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo y, adicionalmente, el

³ Este criterio para liquidar el trabajo suplementario fue incluido también en la sentencia de diecinueve (19) de julio de dos mil siete (2007), Exp. 23001-23-31-000-2003-00515-01, No. Interno: 8586-05, Actor: Carmelo Espitia García, Magistrado Ponente: Jaime Moreno García (Sección Segunda del Consejo de Estado).

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.

Así pues, el valor de la retribución total por un día festivo laborado se compone de tres factores, si se concede el descanso compensatorio; y de cuatro factores, si no se otorga tal descanso compensatorio así:

- a) El valor del trabajo efectivamente realizado en día festivo, que se remunera según el tiempo servido (número de horas).
- b) Un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado.
- c) El valor de un día ordinario de trabajo en el que el servidor descansará. (este valor se entiende incluido en la remuneración mensual o quincenal del servidor).
- d) Dependiendo del caso, el valor de un día ordinario de trabajo si no se otorgó el descanso compensatorio a que hace referencia el literal anterior.

En el caso concreto, el Tribunal de instancia denegó la pretensión atinente al pago de dominicales y festivos en vista de que no se habían identificado los días festivos laborados, los compensatorios y aquellos que fueron retribuidos en dinero; no obstante, vista la relación de pagos a favor del petente leíble a folio 190, la Sala encuentra **demostrado** el trabajo en días domingos y festivos efectuado por el señor Botero Bayer, bajo el nombre de DOMINGO DIURNO, DOMINGO NOCTURNO, FESTIVO DIURNO SIN COMPENSATORIO, DOMINICALES BÁSICO, FESTIVOS BÁSICO, entre otros, por consiguiente, la Sala considera que tiene derecho a la retribución que la norma establece en estos casos.

A manera de ilustración se tiene que para el año de **1998** el solicitante devengaba un salario básico de **\$589.919**, según consta en la certificación expedida por el Hospital General de Medellín obrante a folio 185. Esta suma sobre una jornada de 48 horas semanales, equivale a **\$2.457** pesos la hora, pero como ya se estableció en esta providencia, al demandante le rige una jornada de trabajo de 44 horas semanales por lo que su hora diaria debió ser liquidada en la suma de **\$2.693,56**. Siendo ello así, veamos entonces qué sucede con las horas dominicales y festivas laboradas para esa fecha:

A folios 129 a 176, reposan las constancias de pagos efectuados por el Hospital al actor, de las que se infiere que para el mes de agosto de 1998, trabajó **33** horas en día “FESTIVO DIURNO SIN COMPENSATORIO”, con una retribución pagada de **\$162.225**.

De multiplicar el salario hora por las realmente trabajadas, se demuestra cómo el Hospital aunque pagó el trabajo en día festivo de manera doble, lo hizo sobre la base de 48 horas mensuales como jornada reglamentaria y no incluyó adecuadamente los demás rubros pagaderos cuando se labore en día festivo sin compensatorio.

En efecto, la operación realizada por el HGM arroja que por el valor hora de \$2.457 (48 hrs. sem.) X 33 horas laboradas en día festivo, le correspondía al actor la suma de \$ 81.081, por el doble, un total de \$162.162. Se tiene entonces que el Hospital pagó el valor doble.

Ahora bien, con base en la fórmula, sobre la jornada legal que es de 44 horas semanales el pago debió ser sobre la base de **\$2.693,56 la hora X 33 horas laboradas = \$88.887,48**, por el doble = **\$177.774.96**, más el día ordinario que no descansó (**\$19.663**), operación que arroja un valor de **\$197.437**, que debió pagarse al actor. Se aclara que no se agrega a la sumatoria efectuada un día de salario ordinario como compensatorio no descansado porque, según se indicó en líneas anteriores, este se entiende contenido en el salario.

Con el anterior ejemplo, es fácil inferir la errónea liquidación por parte del Hospital General de Medellín respecto de las horas laboradas en días domingos y festivos, porque se remuneraron sin incluir el día ordinario en que debió descansar, como lo dicta el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

No obstante lo anterior, la Sala se ve compelida a **confirmar** la decisión del Tribunal en virtud del principio de la “*no reformatio in pejus*”, según el cual el Juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del apelante único, en cuyo caso, la facultad del *ad quem* se debe limitar exclusivamente al punto sobre el cual se le perjudicó, por lo que en estricto rigor, no puede el Juez de segunda instancia desbordar su competencia yendo más allá de lo decidido por el a quo, agravando la decisión tomada respecto de él.

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

5. FALLA

CONFÍRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 4 de diciembre de 2007.

ACLÁRASE el numeral 5° de la providencia en cuanto a que el pago del trabajo suplementario ordenado, por haber operado la prescripción, se realizará a partir del 17 de febrero de 1995, se liquidará como realizado en tiempo nocturno, y no podrán reconocerse más de 50 horas extras mensuales.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN