

CONCEJO MUNICIPAL - Competencia para determinar la estructura de la administración y las funciones de sus dependencias / INSTITUTO DE TRANSITO Y TRANSPORTE MUNICIPAL - Entidad municipal descentralizada / JUNTAS DIRECTIVAS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS - Funciones

El numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política dispone que corresponde a los Concejos Municipales determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. El artículo 288 del decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, establece que corresponde a los Concejos, a iniciativa del Alcalde respectivo, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleos de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y dependencias y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos. Estas mismas funciones serán cumplidas por los Concejos respecto de los empleados de las Contralorías, Auditorías, Revisorías, Personerías y Tesorerías. En relación a las entidades municipales descentralizadas, como lo es, el Instituto de Transito y Transporte Municipal, el título 9° artículo 156 del Decreto 1333 de 1986, dispone que estas deben someterse a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los Concejos y demás autoridades locales en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales. Dentro de las facultades de las juntas directivas de las entidades descentralizadas municipales, además de aprobar los presupuestos de tales entidades, tiene la facultad de fijar las escalas salariales y demás derechos y prebendas laborales a excepción de todas aquellas que sean facultades del Congreso de la República.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 313 NUMERAL 6 / DECRETO 1333 DE 1986 - ARTICULO 156 / DECRETO 1333 DE 1986 - ARTICULO 288

REGIMEN SALARIAL DE EMPLEADOS TERRITORIALES - Competencia / REGIMEN SALARIAL DE EMPLEADOS PUBLICOS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS - Competencia. Fijación. Límites / REGIMEN SALARIAL DE ENTIDADES TERRITORIALES - Competencia concurrente. Congreso de la República, Gobierno Nacional, Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, gobernadores y alcaldes

Es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes; emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos

determinados por el Gobierno Nacional. En este orden de ideas deben hacerse las siguientes precisiones:-El Congreso de la República está facultado para expedir la ley marco a la cual debe sujetarse el gobierno nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.-El gobierno fija el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes- nacional, seccional o local-, bien que pertenezcan al nivel central de la administración, ora al nivel descentralizado función que en todo caso, es indelegable en las corporaciones públicas territoriales, las cuales no podrán arrogárselas.-El régimen salarial de los empleados públicos de las entidades descentralizadas se fija de manera concurrente, con la intervención del Congreso, el Gobierno Nacional, y las Juntas Directivas y Directores y Gerentes de tales entes.-El límite salarial de todos los servidores públicos de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados por servicios, es establecido por el gobierno guardando equivalencias con cargos similares del orden nacional, de manera que aquellas no pueden desbordar ese marco.

ESCALA DE REMUNERACION - Fijación por el Concejo Municipal / SISTEMA SALARIAL - Elementos que la integran / SALARIO - Definición / ASIGNACION BASICA - Determinación / FACTORES SALARIALES - Definición. Elementos / ESCALA DE REMUNERACION - Definición

El numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política dispone que corresponde a los Concejos Municipales determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. - El artículo 3° de la ley 4ª de 1992 establece que el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos y el artículo 2. j) dispone que para la fijación del régimen salarial - y prestacional también - se tendrá en cuenta el nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño. - El artículo 42 del decreto 1042 de 1978, establece que además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. - El artículo 13 de la norma mencionada señala que la asignación básica correspondiente a cada empleo, está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimiento y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecidos en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel. - El artículo 42 ibídem indica que son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión. - Por escala de remuneración, o tabla salarial se ha entendido que consiste en un ordenamiento numérico contentivo de los diferentes grados de remuneración que pueden existir, ubicados desde el inferior hasta el superior, para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas

consecuencias económicas, las que se reconocen por unidad de tiempo de servicio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 313 NUMERAL 6 / LEY 4 DE 1992 - ARTICULO 3 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 13 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 42

JUNTA DIRECTIVA DE ENTE DE ENTE DESCENTRALIZADO MUNICIPAL - Incompetencia para crear bonificación por trabajo suplementario / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Aplicación en relación con bonificación creada por Junta Directiva de ente descentralizado

En el presente caso, si bien es cierto, el acuerdo N° 002 de 1999, proferido por la Junta Directiva del Instituto de Tránsito y Transporte Municipal de Neiva, en principio, estableció el sistema de nomenclatura, clasificación y fijó la escala de remuneración para las distintas categorías de empleos de Instituto de Tránsito y Transporte Municipal de Neiva (ver folios 107 y s.s.), también lo es, que creó, respecto de las horas extras, para los cargos de agente de tránsito, operario, conductor, auxiliar de servicios generales, ayudante que ejerza las funciones de auxiliar de grúa, una bonificación mensual equivalente a cero punto treinta y cinco (0.35) salarios mínimos mensuales por el desempeño de sus funciones en horas extras diurnas, nocturnas y días feriados. (ver artículo 33 literal b).-De las precisiones anteriormente realizadas y ante los límites que propone la existencia de la competencia concurrente, es evidente que en el sub exámine mal podía la Junta Directiva del Instituto de Tránsito y Transporte Municipal crear una bonificación mensual por el desempeño de las funciones en horas extras diurnas, nocturnas y días festivos, cuando como es bien sabido, factores como éste sólo podían ser fijados por el Congreso de la República, o por el Presidente, en ejercicio de las facultades extraordinarias, quien debe actuar con sujeción a la ley marco que para el efecto expida el Congreso.-En consecuencia dado que, se repite, el acuerdo N° 002 de 1999, excedió sus facultades creando una bonificación que no se encuentra consagrada en la ley, es claro que en aplicación del artículo 4to de la Constitución Política debe inaplicarse por inconstitucional el acto administrativo anteriormente mencionado tal como lo solicitó el actor en la demanda y lo ratificó en el recurso ahora formulado.

JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO - Aplicación en ámbito territorial del régimen del orden nacional / REGIMEN DE EMPLEADOS DEL ORDEN NACIONAL - Aplicación a empleados del orden territorial / JORNADA DE TRABAJO DE EMPLEADOS PUBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL - Regulación legal / TRABAJO SUPLEMENTARIO DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL - Regulación legal

Previo a analizar si efectivamente existe prueba sobre el trabajo realizado en exceso a la jornada ordinaria, es necesario señalar que el régimen que gobierna en este aspecto 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 3 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 precitada, sino en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, Ley 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 del 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. De lo anterior, es claro entonces, se repite, 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 2° 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 3° de esta misma ley. Así las cosas, es del caso precisar que la entidad no puede negociar la legalidad del trabajo suplementario realizado por el empleado para negociar pagando una bonificación que se aleja de la concepción legal y la convierte en un factor nuevo y extraño ajeno a la legislación.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1978 / LEY 27 DE 1992 - ARTICULO 3 / DECRETO 2400 DE 1968 / LEY 13 DE 1984 / LEY 61 DE 1987

JORNADA DE TRABAJO DE EMPLEADOS DEL ORDEN TERRITORIAL - Se aplican normas de los empleados del orden nacional / JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO DE EMPLEADOS PUBLICOS - cuarenta y cuatro horas semanales. En actividades intermitentes o de simple vigilancia 66 horas / JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO - Límites / TRABAJO NOCTURNO - Recargo del 35 por ciento, autorización del jefe del organismo o su delegado / TRABAJO EN DIAS DOMINICALES Y FESTIVO - Regulación legal

Respecto de la JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO para los empleados públicos se tiene el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, que la estableció en 44 horas semanales. Así las cosas, la anterior norma es aplicable a los empleos indicados en el Decreto 1042 de 1978 sometidos a jornada ordinaria, ya sea del orden nacional o territorial. De ésta norma se deduce que la jornada ordinaria de trabajo semanal corresponde a 48 horas semanales, pero hace la observación de que aquellos 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 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. 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. Cuando por razones especiales de servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, condiciona el artículo 36 del decreto 1042, que el Jefe del organismo o la persona en quien este hubiere delegado tal atribución, autorizará descanso compensatorio o pago de horas extras. Limita el artículo 36 referido al pago de las horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio. 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.

FUENTE FORMAL: LEY 1042 DE 1978 - ARTICULO 33 / LEY 1042 DE 1978 - ARTICULO 36 / LEY 1042 DE 1978 - ARTICULO 39

TRABAJO SUPLEMENTARIO - Orden de determinar, reconocer y liquidar según decreto 1042 de 1978 / PRINCIPIO DE BUENA FE - Aplicación en caso de excedentes recibidos por el trabajador

Es del caso precisar que se encuentra probado en el expediente que el actor al desempeñar su función como conductor de grúa del Instituto de Tránsito y Transporte Municipal de Neiva, laboró horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos, pues de conformidad con el informe expedido por la Unidad de Talento Humano de la Secretaria General de la Alcaldía de Neiva percibió una bonificación mensual y permanente por éste concepto. Ahora bien, a pesar de lo anterior y dado que no obra en el plenario certificación detallada del número de horas extras diurnas, nocturnas, dominicales ni festivos, laborados por el actor, en el periodo de tiempo que reclama, es del caso ordenar a la entidad demandada que una vez haga la verificación correspondiente proceda a determinar, reconocer, liquidar y pagar al actor el trabajo suplementario a que tiene derecho, con fundamento en las directrices señaladas en el decreto 1042 de 1978. Finalmente, debe precisar esta Corporación que en el evento de que al momento de efectuar la liquidación se observe la existencia de remanente a favor de la entidad demandada se de aplicación a lo consagrado en el numeral 2do del artículo 136 del C.C.A, pues estas sumas deben entenderse percibidas de buena fe por el actor.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARTICULO 136

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 41001-23-31-000-2001-01486-01(1070-08)

Actor: MILLER VARGAS MEDINA

Demandado: MUNICIPIO DE NEIVA - HUILA

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 17 de enero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila dentro del proceso promovido por el señor MILLER VARGAS MEDINA contra el MUNICIPIO DE NEIVA - HUILA.

2. PRETENSIONES

El señor Miller Vargas Medina, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, instaura demanda contra el Municipio de Neiva, para que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones Nos 1708 de 17 de noviembre de 2000; 0093 del 15 de agosto de 2001 y 533 de 29 de octubre de 2001, expedidos por el Secretario Administrativo del Municipio de Neiva, el Secretario General y el Alcalde Municipal de Neiva, por medio de los cuales se niega el pago de unas acreencias laborales.

A título de restablecimiento del derecho pidió se ordene a la Alcaldía Municipal de Neiva cancelar al actor las horas extras, recargos diurnos y nocturnos, festivos, dominicales y compensatorios desde el 1° de julio de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1999, atendiendo el salario básico devengado en cada año y conforme a las normas aplicables, descontando los valores cancelados en las correspondientes bonificaciones; al pago del equivalente de 1000 gramos oro por los perjuicios morales ocasionados; a reconocer y pagar un día de salario por cada día de mora en el pago de los emolumentos salariales pretendidos, al pago de las costas de conformidad con el artículo 55 de la ley 446 de 1998; a que de cumplimiento a la providencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177

del C.C.A y a que ajuste su valor atendiendo lo dispuesto en el artículo 178 ibídem.

3. FUNDAMENTOS FACTICOS

Como hechos de la demanda el señor Miller Vargas Medina, trae a colación, entre otros, los siguientes:

Que se vinculo al Municipio de Neiva, desde el 5 de marzo de 1997, en Carrera Administrativa como conductor de grúa del Instituto de Transito y Transporte Municipal de Neiva, nivel 6 grado 6; con una última asignación básica de \$765.500 pesos.

Que laboraba de lunes a viernes en horario de 7:00 a.m. a 12:30 p.m. y 2:00 p.m. a 7:00 p.m., y que de igual manera laboraba los días sábados y domingos de 7:00 a.m, a 7:00 p.m., sin el correspondiente descanso o compensatorio; turnos que también cumplía en las temporadas de junio y diciembre.

Que para 1997 tenía una asignación básica mensual de \$320.000 pesos, un auxilio de transporte de \$17.750 pesos y una bonificación \$86.003 por concepto de horas extras, recargos nocturnos, domingos y festivos. Que para el año 1998 su asignación básica fue de \$384.000 pesos mensuales, auxilio de transporte \$20.100 pesos y la bonificación \$101.913 pesos mensuales; valores que fueron aumentados en 1999 para un básico de \$534.000 pesos mensuales y una bonificación de \$118.230 pesos, cantidades que no cubrían el mínimo legal a cancelar.

Que en razón de lo anterior, el actor solicitó el pago de los excedentes produciéndose conceptos favorables para su pago según se observa en la nota de la oficina del Instituto de Transito Municipal de 30 de diciembre de 1999 y el Oficio DAF 44 de 3 de febrero de 2000.

Que ante los escritos de 4 y 16 de mayo, nuevamente peticiono y la Secretaria Administrativa del Municipio de Neiva, profirió la resolución de 1708 de 2000 negando el pago de lo solicitado, con fundamento en la ley 6 de 1945.

Señaló que de conformidad con la norma anteriormente relacionada, el trabajo no puede exceder de 8 horas al día y 48 a la semana, sin tener en cuenta los diferentes oficios existentes y que no es valida la decisión de no pagar las acreencias laborales con fundamento en la aplicación del artículo 33 del Acuerdo N°. 002 de 1999, que exceptúa a los agentes de transito, conductores y operarios, de la posibilidad de reliquidación o pago de horas extras cuando se les ha pagado la bonificación, pues en su parecer tal acuerdo debe inaplicarse como quiera que se profirió por una autoridad incompetente.

Que mediante la resolución N°. 093 de 2001, se resolvió el recurso de reposición elevado confundiendo el pago del excedente del salario básico legal irrenunciable, con el cobro dos veces de lo mismo.

Que por la Resolución 0533 de 29 de octubre de 2001, se decidió el recurso subsidiario de apelación, negando nuevamente el pago de las acreencias laborales y manifestando que los Consejeros pueden fijar las escalas de remuneración de las diferentes categorías de empleos.

4. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Citó como normas infringidas el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 53, 121, 313 numeral 6to de la Constitución Política; artículos 43 y 64 del Código Contencioso Administrativo y artículos 33, 34, 36, 37, 38, 39 y 40 del decreto 1042 de 1978.

En sentir de la parte actora, se vulneró el artículo 53 de la Constitución Política con la expedición de las resoluciones demandadas, por

cuanto si se toma el salario básico devengado para cada año, es decir 1997 a 1999, confrontándolo con las horas extras, festivos y dominicales laborados, se puede ver fácilmente frente a la bonificación cancelada, que ésta no cubre ni siquiera el 50% del valor mínimo a pagar, conforme los beneficios establecidos en las normas laborales.

Que de conformidad con los artículos 36 y s.s. del decreto 1042 de 1978, al actor se le deben liquidar las horas extras dominicales, festivos y días de descanso compensatorio que no se le pagaron conforme a los valores, proporciones y cantidades ordenadas en las normas de este decreto, las cuales son transgredidas con el acuerdo 002 de 1999 y con los valores cancelados en las bonificaciones por debajo de las cantidades que por ley le corresponde.

Que según el artículo 90 de la Constitución, los funcionarios dolosamente y con conocimiento de causa han insistido en no dar cumplimiento a la ley en consecuencia causarle mayores erogaciones al erario del municipio, por tanto deben llamarse en garantía para que respondan por sus hechos u omisiones.

Que es evidente que el acuerdo N°. 002 de 1999, es un acto administrativo viciado de nulidad por incompetencia en razón de la materia, pues la competencia para fijar los emolumentos territoriales es del Consejo Municipal y por lo tanto los actos acusados no han nacido a la vida jurídica, ni son oponibles a terceros, porque no tienen el requisito de validez y eficacia como es la correspondiente constancia de publicación y ejecutoria, conforme a los artículos 46 y 64 del C.C.A., y no pueden ser objeto de aplicación por excepción de ilegalidad e inconstitucionalidad como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Neiva se opuso a las pretensiones de la demanda. Manifestó que en el cargo que desempeñaba el actor no era necesario el descanso por cuanto el servicio de grúa no es permanente; que las bonificaciones por horas extras, son emolumentos salariales reconocidos en algunos casos para

servidores públicos que deban laborar horarios adicionales a los establecidos en el Municipio de Neiva para sus empleados, que estos son factores salariales que se pagan mes a mes trabajen o no, se encuentren en incapacidad médica, vacaciones u otra situación administrativa laboral, lo que indica que se le reconocen cifras mayores a las laboradas, ahora bien las horas extras tienen un límite en su cantidad mensual, las cuales casi nunca agotaba, ya que el funcionario compensaba la mayoría del tiempo sus horas laboradas y que por tanto ya se le realizaron los pagos de los valores que ahora reclama.

Que una vez creado el Instituto de Tránsito y Transporte Municipal, la Junta Directiva retomando los acuerdos municipales fija los acuerdos de los salarios de los empleados, quedando incluidas las bonificaciones de horas extras, por lo que en su sentir en ningún momento se ha pretendido desconocer o desmejorar los factores salariales de sus empleados y si se analizan las normas municipales existentes desde 1992, se encuentra que dichas bonificaciones son benéficas para los empleados públicos, pues como ya se señaló estas se devengan laborándolas o no, como el caso del demandante.

Que a pesar que desde el año 2000 el actor no viene prestando servicios de horas extras, se le han seguido cancelando las bonificaciones correspondientes lo que demuestra que la administración en su actuar siempre procuro el beneficio constitucional proteccionista a los trabajadores por sus servicios de horas extras.

6. LA SENTENCIA

El Tribunal Contencioso Administrativo de Huila declaró probada la excepción propuesta por el Municipio de Neiva denominada “cobro de lo no debido”; declaró no probada la excepción de “compensación” y negó las pretensiones de la demanda.

Manifestó que de los elementos de prueba se puede deducir que no es cierta la afirmación realizada en la demanda, respecto a que el tiempo de disponibilidad que se les imponía a los conductores de las grúas era de 24 horas,

sino que existía la eventualidad de ocupar sus servicios cuando se requería conducir algún vehículo automotor, automóvil, motocicleta o bicicleta a los patios de tránsito y transporte del municipio, es decir, que no era cierta la afirmación de que debían permanecer en las instalaciones del municipio.

Que se debe tener en cuenta que el horario de trabajo del actor estaba establecido de las 7.00 am a las 12.30 pm y de las 2.00 pm a las 19.00 p.m, con un total de 10.30 horas diarias de lunes a viernes para 51.50 horas semanales, para realizar un trabajo intermitente como el manejo de la grúa el cual consistía en levantar los carros, motocicletas y bicicletas de la vía y conducirlos hasta los patios o parqueadero del Instituto de Tránsito Municipal.

Que es un hecho notorio que la ciudad de Neiva es intermedia, con buenas vías de comunicación y con buen servicio de transporte, lo que conlleva a que cualquier desplazamiento de uno u otro sitio no tarda más de 10 minutos, que por tal motivo las horas extras diurnas, nocturnas o de trabajo en días domingos o festivos aportada al proceso, debían aparecer demostradas dentro del plenario.

Que de conformidad con la liquidación de mes por mes en la modalidad de horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos prestados por el actor se tiene que el Instituto de Tránsito y Transporte de Neiva, con la bonificación cancelada mes por mes por horas extras y trabajo suplementario en días domingos y festivos, se encontraba cubriendo en exceso el valor de ese trabajo prestado, quedando todos los meses un remanente a favor del municipio, es decir, que siempre se le cancelaron al actor mayores valores que los que le correspondían por las horas extras y el trabajo suplementario.

Afirmó respecto de la excepción de cobro de lo no debido que esta debe tenerse por probada, como quiera que con los valores dispuestos a favor del actor en la bonificación de horas extras, se le canceló en tiempo y con suficiencia el trabajo suplementario que el actor prestó al Instituto de Tránsito y Transporte de la ciudad y respecto de la excepción de compensación, que no se da por probada ya que los periodos laborados y cuyo trabajo suplementario se reclama hace relación a otra entidad diferente al municipio, fuera de que se prestó en otros periodos de tiempo.

Concluyó que en el sub examine se encuentra probado que el peticionario sí prestó sus servicios en horas extras diurnas y nocturnas, además de laborar trabajo suplementario en días domingos y festivos, pero que de igual manera, el Instituto de Tránsito y Transporte de Neiva le canceló en forma oportuna el valor de la remuneración por dicho trabajo con suficiencia, a través del reconocimiento de la bonificación por horas extras; por tanto, en la medida en que la parte demandante no ha logrado desvirtuar la presunción de legalidad que pesa a favor de los actos administrativos demandados deben negarse las pretensiones de la demanda.

7. LA APELACIÓN

La parte actora impugna oportunamente la providencia del a quo y solicita su revocatoria. Manifiesta que con una lectura juiciosa de la demanda, se puede observar que dichos actos administrativos están investidos de arbitrariedad e ilegalidad, por cuanto fueron proferidos sin tener competencia para ello, que por tal motivo debe dársele aplicación a la excepción de ilegalidad, respecto de la cual omitió pronunciarse el a quo.

Que la simple lógica permite tener claro que un acto administrativo inexistente por falta de competencia no puede vulnerar y menoscabar derechos laborales amparados en la Constitución y la Ley y con ello pretender insólitamente pagar trabajo suplementario por debajo de los topes mínimos permitidos en la ley.

Que las pruebas allegadas al expediente demuestran que el actor debía tener absoluta disponibilidad con el demandado los días viernes, sábados, domingos y festivos en jornadas de 24 horas, más aún cuando los 10 minutos de los que habla el a quo son absolutamente irreales sobre todo en festividades tales como San Pedro y Navidad.

Que la providencia atacada confunde en una sola decisión el trabajo dominical y festivo que supera el número de horas obligatoria por semana, con las horas extras que en los mismos dominicales y festivos se laboraron, para pretender que con una inexistente resolución de bonificación, se cancelen unos valores que no cubre el valor ni las horas extras laboradas ni el trabajo en

dominical y festivo, sin perjuicio que se tuvieran en cuenta los valores allí cancelados.

Que se desconocen los criterios legales que se tuvieron en cuenta para no dar recibo a las horas y fechas laboradas, así como los criterios fácticos y jurídicos que soportan la relación de horas extras y trabajos dominical y festivo liquidado en la demanda para llegar a la conclusión que es menor que el cancelado por el Municipio.

Finalmente, considera que estuvo errada la decisión de tener como probada la excepción de cobro de lo no debido, por haberse cancelado posteriormente a los actos administrativos, sumas de dinero con la bonificación, sin haber trabajado horas extras, por cuanto esto sería tanto como decir que se está incurriendo en un pago de lo no debido y a la postre en un evidente detrimento al erario público.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a establecer, si le asiste al demandante el derecho al reconocimiento y pago de las horas extras diurnas, nocturnas domingos y días festivos a las que considera tener derecho con ocasión de haber prestado sus servicios como conductor de grúa del Instituto de Tránsito y Transporte Municipal de Neiva.

Los actos administrativos acusados están contenidos en las resoluciones Números 1708 de 17 de noviembre de 2000, 0093 de 15 de agosto de 2001 y 533 de 29 de octubre de 2001, expedidos por el Secretario Administrativo del Municipio de Neiva, por medio de los cuales se negó el pago de las horas extras diurnas y nocturnas, domingos y festivos solicitados a partir del 1° de junio de 1997 y hasta el año 1999, como quiera que mediante el acuerdo N° 002 de 1999, la Junta Directiva del Instituto de Tránsito y Transporte del Municipio

de Neiva, estableció una bonificación por el pago de horas extras, domingos y festivos a favor del actor, bonificación esta que efectivamente se pagó.

El actor impugna la providencia proferida por el a quo, de una parte, porque en su sentir los actos administrativos demandados están investidos de arbitrariedad e ilegalidad por su inoponibilidad e inclusive inexistencia por falta de competencia por parte de quien los expidió y de otra, porque mal pueden menoscabarse derechos laborales amparados por la constitución y la ley y con ello pretender insólitamente pagar el trabajo suplementario por debajo de los topes mínimos permitidos en la ley.

Planteados así los puntos de inconformidad la Sala entrará a resolver en primer lugar, la inaplicación del Acuerdo 002 de 1999 proferido por la Junta Directiva del Instituto de Tránsito y Transporte que excepcionó y creó una bonificación mensual para liquidar el trabajo en horas extras y días feriados de ciertos cargos, punto sobre el cual no se pronunció el a quo.

A folio 115 se observa el acuerdo N° 002 de 1999, proferido por la Junta Directiva del Instituto de Tránsito y Transporte Municipal de Neiva, que establece el sistema de nomenclatura clasificación y fija la escala de remuneración para las distintas categorías de empleos del Instituto de Tránsito y Transporte Municipal de Neiva.

El artículo 33 del mencionado acuerdo dispone:

“El trabajo en horas extras y días feriados se liquidará de acuerdo a las disposiciones legales vigentes cada vez que se ocasione, con excepción de:

a) Quien esté ejerciendo las funciones de conductor de la dirección tendrá derecho a una bonificación mensual de uno punto cero (1.0) salarios mínimos mensuales, por este concepto.

b) Los agentes de tránsito, el operario, el conductor, la auxiliar de servicios generales, el ayudante que ejerza las funciones de auxiliar de grúa, tendrán derecho a una bonificación mensual equivalente a cero punto treinta y cinco (0.35) salarios mínimos mensuales por el desempeño de sus funciones en horas extras diurnas, nocturnas y días feriados.” (Negrillas de la Sala)

El numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política dispone que corresponde a los Concejos Municipales determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

El artículo 288 del decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, establece que corresponde a los Concejos, a iniciativa del Alcalde respectivo, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleos de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y dependencias y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos. Estas mismas funciones serán cumplidas por los Concejos respecto de los empleados de las Contralorías, Auditorías, Revisorías, Personerías y Tesorerías.

En relación a las entidades municipales descentralizadas, como lo es, el Instituto de Tránsito y Transporte Municipal, el título 9° artículo 156 del Decreto 1333 de 1986, dispone que estas deben someterse a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan los Concejos y demás autoridades locales en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales.

Dentro de las facultades de las juntas directivas de las entidades descentralizadas municipales, además de aprobar los presupuestos de tales entidades, tiene la facultad de fijar las escalas salariales y demás derechos y prebendas laborales a excepción de todas aquellas que sean facultades del Congreso de la República.

Entonces la competencia para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, en el marco de la Constitución de 1991, requiere una interpretación sistemática y coherente de sus mandatos, a efectos de hacer compatible la autonomía que se reconoce a los entes territoriales, en

especial la que hace referencia a la facultad de gobernarse por autoridades propias (artículo 287, numeral 1), con el esquema del Estado Colombiano definido como una república unitaria, para lograr que las atribuciones de los distintos órganos a nivel central y territorial no resulte anulada. En otros términos, que la forma como llegue a ejercer uno cualquiera de estos órganos su función, no niegue o invalide la de los otros.

Así las cosas, es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes; emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.

En este orden de ideas deben hacerse las siguientes precisiones:

- El Congreso de la República está facultado para expedir la ley marco a la cual debe sujetarse el gobierno nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

- El gobierno fija el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes - nacional, seccional o local-, bien que pertenezcan al nivel central de la administración, ora al nivel descentralizado función que en todo caso, es indelegable en las corporaciones públicas territoriales, las cuales no podrán arrogárselas.

- El régimen salarial de los empleados públicos de las entidades descentralizadas se fija de manera concurrente, con la intervención del Congreso, el Gobierno Nacional, y las Juntas Directivas y Directores y Gerentes de tales entes.

- El límite salarial de todos los servidores públicos de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados por servicios, es establecido por el gobierno guardando equivalencias con cargos similares del orden nacional, de manera que aquellas no pueden desbordar ese marco.

- En sentir del recurrente el acuerdo 002 de 1999, suscrito por la Junta Directiva del Instituto de Tránsito Municipal, no tiene fuerza de ley, por cuanto los funcionarios que lo emitieron no pueden proferir acuerdos y menos reglamentar o determinar las asignaciones salariales de los empleados públicos, pues ello contraviene la facultad constitucional del artículo 313 de la Constitución.

- El numeral 6° del artículo 313 de la Constitución Política dispone que corresponde a los Concejos Municipales determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

- El artículo 3° de la ley 4ª de 1992 establece que el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos y el artículo 2. j) dispone que para la fijación del régimen salarial - y prestacional también - se tendrá en cuenta el nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.

- El artículo 42 del decreto 1042 de 1978, establece que además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso

obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

- El artículo 13 de la norma mencionada señala que la asignación básica correspondiente a cada empleo, está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimiento y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecidos en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel.

- El artículo 42 ibídem indica que son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

- Por escala de remuneración, o tabla salarial se ha entendido que consiste en un ordenamiento numérico contentivo de los diferentes grados de remuneración que pueden existir, ubicados desde el inferior hasta el superior, para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas consecuencias económicas, las que se reconocen por unidad de tiempo de servicio.

- En el presente caso, si bien es cierto, el acuerdo N° 002 de 1999, proferido por la Junta Directiva del Instituto de Tránsito y Transporte Municipal de Neiva, en principio, estableció el sistema de nomenclatura, clasificación y fijó la escala de remuneración para las distintas categorías de empleos de Instituto de Tránsito y Transporte Municipal de Neiva (ver folios 107 y s.s.), también lo es, que creó, respecto de las horas extras, para los cargos de agente de tránsito, operario, conductor, auxiliar de servicios generales, ayudante que ejerza las funciones de auxiliar de grúa, una **bonificación mensual** equivalente a cero punto treinta y cinco (0.35) salarios mínimos mensuales **por el desempeño de sus funciones en horas extras diurnas, nocturnas y días feriados.** (ver artículo 33 literal b).

- De las precisiones anteriormente realizadas y ante los límites que propone la existencia de la competencia concurrente, es evidente que en el subexámine mal podía la Junta Directiva del Instituto de Tránsito y Transporte Municipal crear una bonificación mensual por el desempeño de las funciones en horas extras diurnas, nocturnas y días festivos, cuando como es bien sabido, factores como éste sólo podían ser fijados por el Congreso de la República, o por el Presidente, en ejercicio de las facultades extraordinarias, quien debe actuar con sujeción a la ley marco que para el efecto expida el Congreso.

- En consecuencia dado que, se repite, el acuerdo N° 002 de 1999, excedió sus facultades creando una bonificación que no se encuentra consagrada en la ley, es claro que en aplicación del artículo 4to de la Constitución Política debe inaplicarse por inconstitucional el acto administrativo anteriormente mencionado tal como lo solicitó el actor en la demanda y lo ratificó en el recurso ahora formulado.

Ahora bien, establecido lo anterior y previó a analizar si efectivamente existe prueba sobre el trabajo realizado en exceso a la jornada ordinaria, es necesario señalar que el régimen que gobierna en este aspecto 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 3 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 precitada, sino en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, Ley 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 del 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 las norma contenida en el artículo 3° 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. “ (SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL).

De lo anterior, es claro entonces, se repite, 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 2° 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 3° de esta misma ley.

Así las cosas, es del caso precisar que la entidad no puede negociar la legalidad del trabajo suplementario realizado por el empleado para negociar pagando una bonificación que se aleja de la concepción legal y la convierte en un factor nuevo y extraño ajeno a la legislación.

La segunda parte de la providencia resolverá la pretensión del actor sobre el derecho que le asiste para que le sean reconocidas y pagadas tanto las horas extras como el trabajo complementario que ahora reclama.

El actor argumenta como motivo de su inconformidad, que tiene derecho a que le paguen las horas extras tanto diurnas como nocturnas, los dominicales y los festivos por él laborados, pues si bien es cierto le fue cancelada una bonificación por horas extras, también lo es que, en su sentir, una cosa es la bonificación, la cual es un reconocimiento a una labor permanente y habitual y otra cosa, son las horas extras, toda vez que a pesar de que el municipio de Neiva quiere hacer ver que la bonificación esta cancelando las horas extras laboradas, dicho valor no alcanza a cubrir el mínimo legal establecido para el trabajo suplementario, de horas extras, dominicales y festivos.

Establecido lo anterior, se revisará el marco legal correspondiente a la jornada laboral, horas extras, dominicales y festivos.

Respecto de la JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO para los empleados públicos se tiene el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, que la estableció en 44 horas semanales en los siguientes términos:

“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 extras¹.”

Así las cosas, la anterior norma es aplicable a los empleos indicados en el Decreto 1042 de 1978 sometidos a jornada ordinaria, ya sea del orden nacional o territorial.

De ésta norma se deduce que la jornada ordinaria de trabajo semanal corresponde a 48 horas semanales, pero hace la observación de que aquellos 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 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

¹ Modificado en lo pertinente por los artículos 1° al 3° del Decreto 85de 1986.

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.

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.

Cuando por razones especiales de servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, condiciona el artículo 36 del decreto 1042, que el Jefe del organismo o la persona en quien este hubiere delegado tal atribución, autorizará descanso compensatorio o pago de horas extras.

Limita el artículo 36 referido al pago de las horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio, a los siguientes requisitos:

“a) (literal modificado por el artículo 12 del Decreto 660 de 2000) Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al nivel técnico hasta el grado 09 o el nivel asistencial hasta el grado 19. (...)

En los despachos antes señalados sólo se podrán reconocer horas extras máximo a dos (2) Secretarios a los que se refiere el inciso anterior.

PARÁGRAFO 1°. (...)

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

PARAGRAFO 2°. Amplíese el límite para el pago de horas extras mensuales a los empleados públicos que desempeñen el cargo de Conductor mecánico en las entidades a que se refiere el presente decreto, a ochenta (80) horas extras mensuales.

En todo caso la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.

b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifican las actividades que hayan de desarrollarse.

c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo de veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d) (Modificado por el artículo 13 del Decreto 10 de 1989). (...) En ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales.

e) Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superar dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras.”

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.”

CASO CONCRETO

El señor Miller Vargas Medina solicita se ordene a la Alcaldía Municipal de Neiva, cancelarle las horas extras, recargos diurnos, nocturnos, festivos, dominicales y compensatorios desde el 1° de julio de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1999, atendiendo el salario básico devengado en cada año y conforme a los topes y cantidades mínimas expresadas en las normas aplicables, y descontando los valores cancelados en las correspondientes bonificaciones; igualmente a reconocer y pagar al actor o quien represente sus derechos, un día de salario por cada día de mora en el pago de los emolumentos salariales pretendidos.

De lo probado en el proceso:

A folios 115, 114, 109,69, 70 C-3) se observa, entre otros que el actor se vinculó al Municipio de Neiva, desde el 5 de marzo de 1997, como conductor de grúa del Instituto de Tránsito y Transporte Municipal de Neiva, inscrito en carrera administrativa en el cargo en nivel 6 grado 6.

Se observa a folios 37, 38 y 39 que durante el ejercicio del cargo y con posterioridad en forma permanente y mensual ha recibido una bonificación, junto con su salario mensual, los cuales cada año aumenta; que pese a ser un trabajo con un horario normal siempre requería de horas extras (fl. 31,32.)

Obra a folio 25, la constancia expedida por el Jefe de la Unidad de Área de Talento Humano de la Secretaria Administrativa del Municipio de Neiva en la que se informa que el señor Miller Vargas medina viene prestando sus servicios al municipio desde el 5 de marzo de 1997 hasta el 28 de diciembre de 2000, desempeñando el cargo de conductor, devengando como asignación básica salarial mensual la suma de \$572.400 y una bonificación por valor de \$129.100.

A folio 2 del cuaderno N° 3, aparece el informe expedido por la Unidad de Talento Humano de la Secretaria General de la Alcaldía de Neiva en la que consta que al servidor público Miller Vargas Medina, según la tarjeta del Kárdex, se le cancelo una bonificación por horas extras mensuales y permanentes

correspondiente al cargo de conductor de grúa del Instituto de Transito Municipal de Neiva y se le tuvo en cuenta aún para la liquidación de sus vacaciones así:

“

BONIFICACIÓN AÑO 1997	\$86.003.00
BONIFICACIÓN AÑO 1998	\$101.913.00
BONIFICACIÓN AÑO 1999	\$118.230.00
BONIFICACIÓN AÑO 2000	\$129.100.00

Desde el año 2000, se le continuó pagando la bonificación mensual como conductor en la Alcaldía de Neiva así:

BONIFICACIÓN AÑO 2000	\$129.100.00
BONIFICACIÓN AÑO 2001	\$143.000.00
BONIFICACIÓN AÑO 2002	\$154.500.00
BONIFICACIÓN AÑO 2003	\$166.000.00

“

A folio 29 obra memorando de 24 de abril de 1997, proferido por el Jefe de la División Técnica de la Secretaria de Transito y Transporte con destino a los conductores y auxiliares de grúa, por el cual se les recuerda que el horario de trabajo es el mismo al de los agentes de transito a saber de 7:00 am a 12.30 pm y de 1.45 a 6.45 pm, además que deben tener disponibilidad total en caso de necesidad del servicio solicitado.

A folio 28 se encuentra el memorando interno del 9 de diciembre de 1997, proferido por la Secretaría de Transito y Transporte, suscrito por el señor Cesar Augusto Coqueco, profesional universitario y funcionario encargado de la vigilancia y coordinación de las labores de los agentes de transito, mediante el cual llama la atención al actor Miller Vargas Medina, por no haberse presentado a laborar el día 8 de diciembre festivo, conforme a lo acordado, solicitándole dar contestación por escrito.

Obra a folio 30 circular sin número, ni fecha de la División Técnica del Instituto de Tránsito y Transporte Municipal, suscrita por el funcionario anteriormente mencionado, donde informa a los conductores y auxiliares de grúa que el horario es desde las 7.00 hasta las 12.30 y desde las 14.00 hasta las 19.00 horas. Además les informa que a partir del día viernes 23 se prestará el turno de 24 horas los días viernes y sábados comenzando el nuevo turno el actor el día 23, y el 24 su compañero, invirtiéndose la semana siguiente la labor. Que el empleado

que trabaje el viernes descansa sábado y domingo, y quien trabaja sábado, descansa el domingo invirtiéndose el descanso la semana siguiente para estar el día lunes a las 7.00 am ambos en servicio.

Aparece a folio 31 circular sobre la jornada laboral, sin fecha, dirigida a los conductores de grúa en la que se les informa que de acuerdo con la reunión sostenida en la División Técnica, se ha establecido que se laborará en jornada de 24 horas los días viernes, sábados, domingos y festivos de la forma solicitada por ellos así: viernes: Miller Vargas; sábados: Gilberto Solórzano, domingos: Alberto Cuellar, lunes: Miller Vargas. Que entre semana cuando se necesite el servicio el agente se encargará de llevar y traer al conductor que presta el servicio hasta la residencia en el horario nocturno.

A folio 32 se observa el oficio del 1º de junio de 1999, dirigido a los señores Miller Vargas Medina, Jose Alberto Cuellar y Ángel María Zambrano, conductores del Instituto de Tránsito Municipal, enterándolos que por necesidades del servicio de grúa durante las 24 horas del día y en especial para los fines de semana y para las festividades Sampedrinas, se deben turnar los tres para realizar la labor y que en el caso específico del demandante fueron así: domingo 6 de junio, viernes 11 de junio, lunes 14 de junio, sábado 19 de junio, domingo 27 de junio, viernes 2 de julio y domingo 5 de julio.

Obra a folio 33 el Oficio N° I.T.T.M. D-222/98 del 6 de agosto de 1998, suscrito por el Director del Instituto de Tránsito y Transporte Municipal de Neiva, dirigido al Jefe de la División Técnica, para comunicarle que el horario acordado para la labor de conductor y auxiliar de la grúa sería de lunes a viernes de 7.00 a.m. a 12.30 m y desde las 14.00 a las 19.00 horas. Que los días sábados, domingos y festivos se laborará las 24 horas continuas con el respectivo compensatorio del día siguiente.

De lo anterior, es del caso precisar que se encuentra probado en el expediente que el actor al desempeñar su función como conductor de grúa del Instituto de Tránsito y Transporte Municipal de Neiva, laboró horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos, pues de conformidad con el informe expedido

por la Unidad de Talento Humano de la Secretaria General de la Alcaldía de Neiva percibió una bonificación mensual y permanente por éste concepto.

Ahora bien, a pesar de lo anterior y dado que no obra en el plenario certificación detallada del número de horas extras diurnas, nocturnas, dominicales ni festivos, laborados por el actor, en el periodo de tiempo que reclama, es del caso ordenar a la entidad demandada que una vez haga la verificación correspondiente proceda a determinar, reconocer, liquidar y pagar al señor Miller Vargas Medina el trabajo suplementario a que tiene derecho, con fundamento en las directrices señaladas en el decreto 1042 de 1978.

Finalmente, debe precisar esta Corporación que en el evento de que al momento de efectuar la liquidación se observe la existencia de remanente a favor de la entidad demandada se de aplicación a lo consagrado en el numeral 2do del artículo 136 del C.C.A, pues estas sumas deben entenderse percibidas de buena fe por el actor.

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

F A L L A:

1) REVOCASE la sentencia de diecisiete (17) de enero de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro del proceso promovido por el señor MILLER VARGAS MEDINA contra el Municipio de Neiva - Huila.

En su lugar:

2) INAPLICASE el acto administrativo contenido en el acuerdo N° 002 de 1999, proferido por la Junta Directiva del Instituto de Transito y Transporte Municipal de Neiva, por el cual se establece el sistema de nomenclatura

clasificación y se fija la escala de remuneración para las distintas categorías de empleos del Instituto de Transito y Transporte Municipal de Neiva, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de la presente providencia.

3) DECLARASE LA NULIDAD de los actos administrativos contenidos en las resoluciones Nos 1708 de 17 de noviembre de 2000; 0093 del 15 de agosto de 2001 y 533 de 29 de octubre de 2001, expedidos por el Secretario Administrativo del Municipio de Neiva, el Secretario General y el Alcalde Municipal de Neiva, por medio de las cuales se niega el pago de las acreencias laborales solicitadas por el actor.

4) ORDÉNASE A LA ENTIDAD DEMANDADA RECONOCER Y PAGAR A FAVOR DEL ACTOR, las horas extras, recargos diurnos y nocturnos, festivos, dominicales y compensatorios desde el 1° de julio de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1999.

5) DENIÉGANSE LAS DEMAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA.

6) Cúmplase la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

8) Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO