



Sentencia 00421 de 2015 Consejo de Estado

EMPLEADOS PUBLICOS TERRITORIALES - Jornada laboral / JORNADA ORDINARIA LABORAL DE EMPLEADOS PUBLICOS - Marco jurídico

Sobre el tema de la jornada de trabajo de los empleados del orden territorial, ésta Corporación ya se ha ocupado al señalar que el Decreto 1042 de 1978 “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”, es el que regula la jornada laboral de los empleados públicos, aplicable, en principio, a los de la rama ejecutiva del orden nacional. No obstante, 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 la norma precitada, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las Leyes 13 de 1984, 61 de 1987, y porque la extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87, inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el contenido del artículo 3° de esta misma ley. A su turno, como ya se anunció, el artículo 2° de la Ley 27 de 1992, por la cual se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, estableció que las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios a la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987, así como sus decretos reglamentarios y los demás que los modifiquen o adicionen, son aplicables a los empleados del Estado que le prestan sus servicios a las entidades u organismos del orden nacional, departamental, distrital, municipal, entre otras.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 33 / LEY 27 DE 1992 - ARTICULO 2 / LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 87 INCISO 2 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 22 / LEY 1575 DE 2012 - ARTICULO 51 / LEY 1575 DE 2012 - ARTICULO 52

CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTA - Jornada laboral / JORNADA LABORAL - Recuento jurisprudencial / HORARIO DE TRABAJO ESPECIAL - Prestación del servicio en forma continua y permanente / UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL CUERPO DE BOMBEROS - Jornada máxima especial laboral es de ciento noventa horas laborales al mes

Del artículo 33 de la Ley 1042 de 1978 se colige que en ausencia de regulación especial, para los miembros de los Cuerpos Oficiales de Bomberos la jornada laboral es considerada como mixta atendiendo al sistema de turnos ya referido, el cual debe ser liquidado, conforme a 44 horas semanales. Esta pauta legal (44 horas) es la que nos sirve de piedra angular para determinar el tope de horas semanales laborales en el sub lite, dentro de una jornada mixta de trabajo, que debe multiplicarse por 52 semanas, que son las que tiene el año y dividir el resultado por 12 meses, para obtener 190 horas. O lo que es lo mismo: Atendiendo a 360 días al año, esta cifra se divide por 7 que son los días de la semana, para obtener 51.4, que se aproxima a 52 semanas. Luego, esta cifra se divide en 12, que son los meses del año, lo que nos da como resultado 4.33, que son las semanas del mes. Es así, por cuanto si se laboran 44 horas semanales, estas se multiplican por 4.33 semanas, lo que nos da 190 horas laborales al mes, de acuerdo con la jornada ordinaria laboral señalada en el Decreto 1042 de 1978. Lo anterior es contrario a la pauta a la que atiende la accionada, es decir, 240 horas, conforme a su sistema de liquidación de recargos, que en su parecer es adecuado por tratarse de un principio contable consagrado en el manual de liquidación de prestaciones sociales del Distrito Capital, que tiene como fundamento la norma básica de 8 horas diarias por 30 días al mes, atendiendo a una supuesta jornada de 66 horas semanales. Tal afirmación es errónea, pues al contrario, como ha quedado señalado, a falta de regulación especial, debe atenderse a la jornada ordinaria laboral consagrada en el Decreto 1042 de 1978. También es errónea la apreciación del Tribunal, al emplear la regla matemática de tres, a una jornada laboral de 220 horas semanales, para determinar el número de horas mensuales laboradas por el actor, pues conforme ha quedado explicado, corresponde a 190 horas mensuales. Entonces, si la entidad ha venido liquidando de forma equivocada el trabajo suplementario desarrollado por el actor, por desconocimiento de la pauta de 190 horas mensuales laboradas como jornada laboral de acuerdo al Decreto 1042, deberá ordenarse su reliquidación, razón que impone a la Sala referirse a cada uno de los emolumentos reclamados en el libelo demandatorio para definir los términos de liquidación, tema que exige especificidad.

TRABAJO SUPLEMENTARIO - Hora extra / HORA EXTRA - Reconocimiento / SISTEMA DE RECARGOS - Sin sustento legal y excluye el reconocimiento de horas extras

Frente al tema de las horas extras, la defensa de la entidad precisó que adoptó un sistema de pago de recargos, pues reconocerlas generaba un detrimento a los empleados del nivel operativo por el tope que señalan el Decreto Ley 1042 de 1978 y el Acuerdo 03 de 1999. Al respecto allegó certificaciones que acreditan la aplicación del llamado "sistema" de pago de recargos, que en su parecer, es más beneficioso al trabajador. Tal tesis no resulta acertada pues conforme al marco jurídico y el acervo probatorio analizado, le asiste derecho al demandante al pago de las horas extras laboradas que excedieron de la jornada de 44 horas semanales, de acuerdo a las previsiones señaladas en los artículos 35 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, deduciendo para tal efecto los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador. Lo anterior, en tanto la entidad no probó que hubiera realizado reconocimiento alguno al actor, sino que al contrario argumentó que no aplicaba tal "sistema", sino uno de creación propia, que es el "sistema de recargos", que no puede avalarse en tanto que no cuenta con ningún sustento legal y excluye el reconocimiento de las horas extras, a las que como se vio tiene derecho la parte demandante. Deberá entonces, observarse 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, pero su liquidación debe efectuarse de acuerdo a las previsiones señaladas en los artículos 35 y siguientes del Decreto No. 1042 de 1978, como se indicó en la sentencia citada ut supra.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1042 DE 1978 - ARTICULO 35 / DECRETO LEY 1042 DE 1978 - ARTICULO 36

RECARGO NOCTURNO - Liquidación / TRABAJO EN DIAS DE DESCANSO OBLIGATORIO - Remuneración con recargo del cien por ciento del salario

El artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 señala que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos corresponde a los empleados públicos que en razón de sus funciones deban laborar habitual y permanentemente tales días. En esos casos, el trabajo se remunera con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo habitual por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado, sin perjuicio del recargo a que haya lugar por el trabajo nocturno realizado en día de descanso obligatorio. En efecto, la jornada laboral del actor se desarrollaba bajo el sistema de turnos, lo que implica una previa programación de su jornada laboral mensual, por lo que conocía de antemano los domingos del mes que debía prestar sus servicios, convirtiéndose en un hábito laborar, según la rotación de turnos prevista, lo que hace que su labor en días de descanso se convirtiera en algo habitual. Entonces, al estar demostrado el trabajo ordinario en días dominicales y festivos de manera habitual por parte del actor al servicio del Cuerpo de Bomberos de Bogotá D.C., posteriormente Unidad Administrativa Especial, es procedente el reconocimiento de la remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado. Pese a lo anterior, advierte la Sala que el descanso compensatorio surge del trabajo realizado en días que no son hábiles, y como quedó demostrado en el plenario que el actor laboraba 24 horas pero descansaba otras 24, inclusive en días hábiles, razón por la que no hay lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio, posición reiterada de esta Corporación.

RECARGO ORDINARIO Y FESTIVO NOCTURNO, REMUNERACION POR TRABAJO EN DIAS DE DESCANSO OBLIGATORIO - Reliquidación por tiempo de ciento noventa horas mensuales como jornada laboral ordinaria

La fórmula empleada por la entidad, no se ajusta a las normas analizadas en tanto que dominicales y festivos, como los mismos recargos ordinarios nocturnos, deben ser retribuidos al tenor del referido Decreto 1042 de 1978 que contempla 44 horas semanales, por lo que debe partirse de una base de 190 horas mensuales, al contrario de lo que efectuaba la entidad (240 horas) o como erróneamente ordenó el a quo (220 horas). Es así, pues se repite, si se laboran 44 horas semanales, estas se multiplican por 4.33 semanas, lo que nos da 190 horas laborales al mes, de acuerdo con la jornada ordinaria laboral señalada en el Decreto 1042 de 1978. En consecuencia, le asiste derecho al actor a que la entidad le reliquide y cancele los recargos ordinarios y festivos nocturnos y a la remuneración por trabajo en días de descanso obligatorio, pero partiendo de 190 horas mensuales como jornada ordinaria laboral, para lo cual deben observarse las directrices de liquidación consagrados en los artículos 35 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978 y no el sistema de recargos a que acudía la demandada, pues recuérdese que frente al trabajo en dominicales y festivos la última de las normas señaladas dispone que los trabajadores "tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado."

PRESTACIONES SOCIALES - Reliquidación / APOORTE PENSIONAL - Liquidación y pago de las diferencias / RECARGO NOCTURNO Y REMUNERACION DEL TRABAJO EN DOMINICALES Y FESTIVOS - No constituyen factor salarial para la liquidación de los demás factores y prestaciones / CESANTIA - Reliquidación

Tiene derecho el demandante al reconocimiento del trabajo suplementario por horas extras diurnas, remuneración por su trabajo en días de descanso obligatorio y los recargos tanto ordinarios como festivos nocturnos, sobre una base de 190 horas mensuales laboradas dentro de la

jornada ordinaria laboral, situación de la cual depende la reliquidación de las cesantías y los intereses por este concepto (al variarse el monto de la cesantía inevitablemente se incrementará el interés liquidado). Lo anterior, conforme al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma que también impone que el trabajo suplementario -cuyo reconocimiento y pago se ordena a través de esta sentencia-, sea atendido para efectos pensionales, tal como se pidió en el agotamiento de la vía gubernativa de manera específica. En consecuencia, la entidad efectuará la liquidación y pago de las diferencias a que haya lugar en los aportes pensionales a su cargo, en lo que haga parte del ingreso base de cotización, conforme a las normas vigentes, desde el 5 de julio de 2008, sumas que deberán ser actualizadas y consignadas en el respectivo Fondo en que se encuentre afiliado el empleado. Las diferencias que se originen por este concepto a cargo del empleado, serán descontadas de la condena resultante y remitida igualmente al Fondo de Pensiones correspondiente. Sin embargo, debe precisarse que en la sentencia de unificación de 2 de febrero de 2015, a que se ha hecho referencia, se estableció que las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de los demás factores y prestaciones solicitados. Esto es al tenor de lo previsto en el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978, y artículos 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978.

LIQUIDACION TRABAJO SUPLEMENTARIO - Decreto 1042 de 1978 / TRABAJO SUPLEMENTARIO - Reconocimiento

Para la liquidación del trabajo suplementario debe atenderse a las previsiones del Decreto 1042 de 1978 y la sentencia de unificación de 12 de febrero de 2015 (Exp. No.1046-2013), es decir: Liquidación y pago de horas extras diurnas, atendiendo a una jornada ordinaria laboral mensual de 190 horas, conforme a lo señalado por el artículo 36, con el límite de reconocimiento que estatuye el literal d). Debe efectuarse la reliquidación y pago del recargo ordinario y festivo nocturno. El trabajo en días dominicales y festivos se liquidará con base en lo señalado por el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, observando las pautas de liquidación, consagrados en los artículos 35 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978 y no al sistema de recargos a que acudía la demandada, todo conforme a las directrices de la sentencia de unificación. No se accede al pago de suma alguna por descanso compensatorio que surja del exceso de horas extras o de trabajo realizado en días que no son hábiles, conforme al criterio de la Sala de Unificación y al quedar demostrado en el plenario que el actor laboraba 24 horas, pero descansaba otras 24 inclusive en días hábiles. Se reliquidarán las cesantías reconocidas y/o pagadas al demandante durante el tiempo de vinculación a la entidad, junto con sus intereses a partir del 5 de julio de 2008. Se reliquidarán los aportes pensionales a partir de 5 de julio de 2008, en virtud del reconocimiento, reliquidación y pago del trabajo suplementario que se ordena. Las diferencias resultantes a cargo del empleador se consignarán en el Fondo de pensiones correspondiente, junto con aquellas a cargo del empleado, las que se descontarán de la condena impuesta. No se ordenará la devolución de suma alguna que surja en perjuicio del actor, conforme a lo señalado en el numeral 3º del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, salvo el descuento correspondiente al aporte pensional a cargo del empleado por el periodo señalado. De igual manera, en la medida en que los actos administrativos negaron la totalidad de las peticiones solicitadas a través de la demanda y, como en este caso se accederá parcialmente a ellas, se impone la anulación parcial de los actos demandados, por lo que será modificada la decisión emitida por el a quo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la liquidación de trabajo suplementario del cuerpo oficial de bomberos de Bogotá, ver sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, de 12 de febrero de 2015, Exp. 1046-13, MP. Gerardo Arenas Monsalve.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ (E)

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015).

Radicación número: 25000-23-25-000-2012-00421-01(2538-14)

Actor: JUAN CARLOS MOREA ALBAÑIL

Demandado: BOGOTA, DISTRITO CAPITAL - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL - CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS D.C.

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 28 de noviembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "A", dentro del proceso instaurado por el señor JUAN CARLOS MOREA ALBAÑIL contra el Distrito Capital de Bogotá - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C., que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN¹

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, el demandante solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección "A", declarar la nulidad del Oficio No. 2011EE 2097 de 28 de abril de 2011 y la Resolución No. 615 de 12 de septiembre de 2011, suscritos por el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, a través de los cuales se le negó el reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios, reliquidación de factores salariales y prestacionales y demás emolumentos laborales a que considera tiene derecho, desde el 14 de noviembre de 2008, como empleado público de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada a reconocerle, liquidarle y pagarle las horas extras, recargos nocturnos, compensatorios, dominicales y festivos, reliquidación de factores salariales y prestacionales, incluyendo en la liquidación de la prima de antigüedad y demás emolumentos laborales, desde el 14 de noviembre de 2008 hasta cuando se produzca la sentencia que ponga fin a la *litis* o se haga efectivo el cumplimiento de la misma.

Además, solicitó que se reconozcan intereses moratorios desde la fecha en que se dejaron de cancelar las sumas de dinero señaladas por la omisión en la obligación legal del pago y, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y s.s. del Decreto 01 de 1984.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS²

Los hechos que sustentan las anteriores pretensiones en forma resumida, son los siguientes:

El demandante ingresó al Distrito Capital, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, a partir del 14 de noviembre de 2008, a través de una relación legal y reglamentaria como Bombero Código 475 Grado 15, cuya labor se ha desarrollado en el sistema de turnos de 24 horas de labor, por 24 horas de descanso no remunerado y por esto debe trabajar habitualmente los días dominicales y festivos, según el turno asignado.

Sostuvo, que la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, en adelante UAECOB, no le ha concedido los días de descanso compensatorio por cada dominical y festivo laborado por parte del accionante, según disposición legal del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, así como tampoco las horas extras, compensatorios dominicales y festivos, reliquidación de factores salariales y prestacionales y demás emolumentos a que tiene derecho, sino que simplemente se le han cancelado algunos recargos.

Añadió que el 1º de abril de 2011, radicó ante el Alcalde de Bogotá reclamación administrativa para que le fuesen reconocidas y pagadas las horas extras, compensatorios, dominicales y festivos, reliquidación de factores salariales y prestacionales y demás emolumentos a que consideró tiene derecho.

Sin embargo, la entidad a través del Oficio No. 2011EE2097 de 28 de abril de 2011, le dio respuesta a la reclamación administrativa al considerar que una vez efectuada la liquidación, ésta no arrojó suma a favor del demandante.

Manifestó que una vez interpuesto el recurso de reposición y en subsidio de apelación ante la entidad, ésta mediante la Resolución No. 615 de 12 de septiembre de 2011 desató el recurso confirmando la decisión inicial, con lo que se agotó la vía gubernativa.

3. CAUSA PETENDI DE NULIDAD³

Invocó como disposiciones violadas, de la Constitución Política, el preámbulo, y los artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 13, 25, 53 y 229; de orden legal el Decreto 1042 de 1978, artículos 33, 34, 36, 37, 39, 40 y 42; los artículos 45 y 46 del Decreto 1045 de 1978, el Decreto 388 de 1951 y el Decreto 991 de 1974.

Indicó que los actos administrativos violan las garantías fundamentales del derecho al trabajo, desconocen los convenios internacionales que guardan relación con el tema por la omisión en el reconocimiento y pago de los derechos laborales internacionalmente reconocidos.

Dijo que la labor de bombero se desarrolla de manera permanente; que el horario de trabajo no puede confundirse con la jornada de trabajo, conforme a lo señalado por esta Corporación en sentencia de 18 de marzo de 2010, dentro del proceso radicado con el No interno 1856-08, en la que se dijo que la regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales y por excepción, la Ley 909 de 2004 creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

Por ello, por parte de la accionada se están desconociendo los derechos del actor, en particular a percibir horas extras y pagar estas con una base de una jornada de trabajo de 44 horas semanales, como lo establece el Decreto 1042 de 1978, por no existir jornada laboral legalmente establecida en la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, la cual debería aplicarse en caso de existir, lo que no ocurre en este caso.

Además, la entidad ha acudido a una interpretación exegética de los Decretos 991 de 1974 y 388 de 1951, para señalar que en dicha entidad ha existido la reglamentación de una jornada especial y que por lo tanto a la misma le es aplicable el Decreto 1042 de 1978. No obstante el mismo Decreto 991 de 1974 señala que los empleados del Cuerpo de Bomberos no estarán sujetos a los horarios de los empleados distritales y además el establecimiento de un simple horario de trabajo no es regulación de la jornada laboral y por esto no puede considerarse que el Decreto 388 de 1951 se trate de la reglamentación sobre el tema para el caso del Distrito Capital, pues este lo que estableció fueron turnos de trabajo.

Dijo que a través de la Resolución No. 656 de 2009 se interpretó de manera errónea el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, al establecer una jornada máxima laboral de los empleados de la UAECOB de 66 horas, que no puede ser aplicada a labores permanentes como las que desempeñan los bomberos sino únicamente a labores discontinuas, intermitentes y de simple vigilancia, conforme lo señala el Decreto Ley 1042 de 1978. Además con la misma se desconocerían de tajo 22 horas de trabajo suplementario que desarrollan los bomberos.

Que en la misma Resolución demandada se confiesa por parte de la entidad que se está haciendo un pago parcial de los derechos laborales reclamados, al señalar que sólo le ha cancelado recargos diurnos y nocturnos y que por esto, le asiste a la UAECOB la obligación de cancelar la totalidad de los emolumentos salariales y prestacionales que se deriven del trabajo suplementario.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. La parte demandada Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C. dio contestación al libelo⁴ en escrito de oposición al *petitum demandatorio*.

Indicó que dicha entidad no ha dejado de reconocer lo que en derecho le corresponde al actor por el tiempo laborado, tanto en salario como en prestaciones sociales y que si bien la entidad no liquida horas extras diurnas, nocturnas y descansos compensatorios, conforme a la jornada de 44 horas semanales, como lo establece el Decreto 1042 de 1978, sí reconoce y paga recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos y nocturnos, en cumplimiento a las normas especiales que regulan dicho aspecto en la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, como lo es el Decreto 388 de 1951.

Explicó que el Decreto 388 de 1951 establece que el personal operativo tiene un horario de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso; que además el Decreto 991 de 1974 determina que el personal de bomberos no está sujeto a los horarios de los demás empleados distritales; entonces la forma de liquidación que aplica la entidad es más favorable para el demandante por cuanto reconoce ingresos económicos superiores, a lo estipulado en el Decreto 1042 de 1978, debido a los límites que éste establece para el reconocimiento de horas extras (50 horas extras mensuales), el reconocimiento de compensatorios y al descuento de las situaciones administrativas, límite que no existe cuando al trabajador se le reconoce el sistema de recargos diurnos y nocturnos.

Añadió que el sistema de turnos y el pago de recargos adoptado por la UAECOB es de carácter legal y reconocido jurisprudencialmente, garantizándose con ellos, los derechos laborales del demandante, pues las 24 horas de trabajo no son de disponibilidad pues sólo se exige su desempeño laboral cuando se presentan emergencias o el servicio lo exige.

Precisó que si bien el Decreto 1042 de 1978, en su artículo 33, reguló la jornada de trabajo, ello no desconoce lo regulado en el Decreto 388 de 1951, pues sus objetos son distintos.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA⁵

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", mediante sentencia de 28 de noviembre de 2013, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Al efecto, declaró la nulidad de los actos demandados y ordenó al Distrito Capital - Secretaría de Gobierno - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, reliquidar y pagar al actor, los recargos sobre una base de 220 horas; descontando de dicha reliquidación el valor pagado por la entidad demandada sobre la base de 240 horas; igualmente ordenó el reconocimiento y pago del tiempo que exceda de las 220 horas mensuales, tales como horas extras diurnas, nocturnas, horas extras diurnas festivas y horas extras nocturnas festivas en favor del demandante y la reliquidación de las prestaciones sociales donde sea factor salarial el trabajo suplementario, a partir del 14 de noviembre de 2008.

De igual manera, condenó a la reliquidación de las prestaciones sociales (prima de navidad, bonificaciones, prima de vacaciones, prima de riesgo y vacaciones y demás primas que haya devengado), cesantías e intereses a las mismas, causadas a partir del 14 de noviembre de 2008.

Ordenó el descuento de lo pagado al demandante como recargo del 35%, y denegó las demás prestaciones de la demanda.

En primer lugar, consideró que no le asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que existe norma especial que permite la aplicación del sistema de turnos en el personal de bomberos de Bogotá, como son los Decretos 388 de 1951 y 991 de 1978, pues dichas normas no contemplan una jornada máxima legal para los empleados de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá y por esto, frente a la ausencia de normatividad que respalde la forma como ha actuado la entidad demandada al no proferir la reglamentación que fije los límites de una jornada máxima legal para los empleados de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, se deberá acoger la jornada máxima legal establecida para los empleados públicos, es decir, el Decreto Ley 1042 de 1978 y por ello, se debe entender que la jornada de trabajo aplicable a los bomberos es la correspondiente a las 44 horas semanales fijadas allí.

Que el Estado no puede ser indiferente a la situación laboral de bombero y por tal razón debe reconocer el trabajo suplementario y horas extras que son objeto de reclamación, como una forma de compensar económicamente el esfuerzo en bienestar de la comunidad y que al omitirse la expedición de la reglamentación especial por parte de la autoridad competente debe darse aplicación al Decreto Ley 1042 de 1978, para lo que deberá entenderse como 44 horas semanales de jornada laboral semanal y por esto, el desarrollo de trabajo posterior constituye trabajo suplementario.

Luego de comparar la situación fáctica laboral del demandante, de cara a las previsiones de los artículos 35, 36, 37 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978 y confrontándola con los pagos realizados por la entidad a través del sistema de recargos concluyó que el actor siempre desarrolló su

trabajo en un horario de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, sin devengar horas extras, disfrutando el tiempo compensatorio de trabajo ordinario en días domingos y festivos o por exceso de horas extras; además, sólo devengó recargos ordinarios nocturnos del 35% y festivos diurnos del 200% y nocturnos del 235%, pero estos últimos liquidados sobre una jornada ordinaria de 240 horas mensuales y no de 220.

De igual manera, consideró que contaba con el derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales incluyendo las cesantías e intereses por ese concepto, sin prescripción trienal, al verificar que la petición se presentó el 1º de abril de 2011.

III. ACLARACIÓN DE VOTO⁶.

El Magistrado Dr. José María Armenta presentó aclaración de voto en la que indicó que, en anteriores decisiones relacionadas con el tema de estudio, había considerado que el personal de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá laboraba bajo una jornada mixta, establecida en el Decreto 1042 de 1978, artículo 35, la cual consistía en un sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso.

Sin embargo, rectificaba su criterio atendiendo al pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, con sentencia de 18 de julio de 2013 y ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez en donde se resolvió una acción de tutela contra la Subsección “A” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se ampararon los derechos al debido proceso del actor, al negarle el reconocimiento y pago de las prestaciones reclamadas.

IV. LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, la apoderada de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá apeló la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁷, al considerar que el actor prestó su labor a través de una jornada mixta regulada por el artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978, la cual es excluyente, razón por la cual no puede darse aplicación a la forma de liquidación que estableció el *a quo*, por cuanto realizó liquidaciones correspondientes a la jornada ordinaria vale decir, a la aplicable para el común de los servidores públicos.

Que la programación del trabajo en jornada mixta puede darse previa una programación a través de un cronograma de trabajo, con lo cual el trabajador conoce su agenda de servicio, así como los días domingos y feriados que debe trabajar, situación que implica habitualidad, según rotación de turnos previamente establecida, lo que se convierte en otro elemento que desvirtúa el fundamento del fallo apelado.

Agregó que la demandante ha cancelado el trabajo suplementario en jornada mixta, la jornada habitual de domingos y festivos y recargos en los porcentajes previstos en los artículos 35 y 39 del Decreto 1042 de 1978 y ha concedido los descansos remunerados de 24 horas, por las 24 horas de labores, tanto a partir de 2008 como con anterioridad.

Citó un pronunciamiento de esta Corporación, Sección Segunda, de 13 de abril de 2013, con ponencia de la Consejera Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, dentro del proceso radicado con el No. 1704-2012, que dijo, constituye un cambio en la jurisprudencia del Consejo de Estado y en ese sentido resulta contrario a derecho lo que sostuvo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por cuanto con base en dicha jornada mixta, no deben reconocerse horas extras ni tampoco los días de descanso remunerado en tanto que los bomberos laboran por el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado.

Insistió en que acceder a las súplicas de la demanda implica un perjuicio económico al demandante y el proceder de la demandada corresponde al acatamiento del principio de la favorabilidad; que es desfavorable pretender que se paguen las horas extras como se indica en el fallo impugnado y no como lo viene haciendo la entidad, es decir, pagando los recargos: además los descansos compensatorios no forman parte de los factores salariales.

El apoderado de la parte demandante apeló oportunamente la providencia del *a quo* y solicitó su revocatoria parcial⁸.

Indicó que debía reformarse la providencia apelada, para establecer con precisión el número del proceso y la entidad demandada que debía ser Bogotá D.C. Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.

Agregó que debían modificarse los numerales 2º, 3º y 4º de la parte resolutive del fallo, para precisar que la base de liquidación y reliquidación de horas extras, recargos, compensatorios, dominicales y festivos y demás emolumentos reclamados y reconocidos en el presente fallo, será de 190 horas mensuales y no de 240 horas mensuales que aplica la entidad demandada.

Que debía ordenarse el reconocimiento, liquidación y pago de los días de descanso compensatorio, por la labor ejecutada por el demandante habitualmente en días dominicales y festivos, a razón de un día de salario, por cada ocho horas de labor en los citados días, teniendo en cuenta la calidad de dichos días para efectos de la liquidación, con base en lo establecido en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 desde el 1º de noviembre de 2008.

Solicitó ordenar el reconocimiento, liquidación y pago de los dominicales y festivos por la labor ordenada en estos días, tomando como base 190 horas mensuales y además, incluir la prima de antigüedad para efectos de la liquidación y reliquidación de los emolumentos que se ordenan en el fallo. Finalmente requirió se suprima el párrafo segundo del numeral segundo, por establecer un doble descuento injustificado de recargo del 35%.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la etapa para alegar en esta instancia, el apoderado de la parte actora⁹, reiteró la argumentación del recurso de apelación y agregó que la jornada laboral aplicable a los Bomberos de la Unidad Administrativa Especial UAECOB no puede ser otra que el máximo legal establecido en el Decreto 1042 de 1978 y que pese a que la entidad pagó recargos del 35%, 200% y 235% no se puede concluir que le pagó al demandante horas extras, compensatorios, dominicales, festivos y demás emolumentos que se reclaman.

La apoderada de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.¹⁰ consideró que dicha entidad no ha dejado de reconocer y pagar los derechos que le corresponden al demandante por el tiempo laborado, tanto en salario como en prestaciones sociales; que ha reconocido y pagado recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos, en cumplimiento de la normatividad especial que regula dicho aspecto, es decir, de conformidad con el Decreto 388 de 1951.

Que son los Decretos 991 de 1974, 654 de 2011 y el Acuerdo No. 3 de 1999, las normas que establecen la forma de liquidación favorable al demandante por cuanto recibe ingresos económicos superiores a lo pretendido con la demanda, atendiendo al principio de favorabilidad.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO¹¹

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación emitió concepto en el que solicitó se confirme parcialmente la sentencia apelada, salvo el numeral segundo, para ordenar a la demandada utilizar una base de 190 horas mensuales, que corresponden a la jornada ordinaria laboral, en el cálculo de los factores cuyo reconocimiento y/o reliquidación se ordena.

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

VII. CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico.

Corresponde a la Sala analizar el tema de la regulación de la jornada laboral del actor, para de allí establecer si tiene derecho a todo lo reclamado en esta demanda o si en efecto, el *a quo* incurrió en alguna imprecisión jurídica.

Al efecto, se abordará en primer lugar el análisis de la regulación de la jornada bomberil para el caso de Bogotá; luego, de cara a los recursos de apelación propuestos se verificará si debe revocarse o reformarse la decisión adoptada por el Tribunal.

2. Marco jurídico.

En primer lugar debe aclararse que lo efectivamente reclamado por el señor JUAN CARLOS MOREA ALBAÑIL se trata del reconocimiento de la jornada laboral de 44 horas semanales y 190 horas mensuales que en su parecer consagra el Decreto Ley 1042 de 1978 y con ello, a la reliquidación y pago del trabajo suplementario, es decir, (i) horas extras y días compensatorios derivados de estas una vez superado el tope que señala el Decreto 1042 de 1978, (ii) recargo ordinario nocturno y (iii) recargo por trabajo en días dominicales y festivos y sus días compensatorios remunerados. Sumas que dice merecer por su labor en la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C, desde el año 2008, situación que declina a su vez en (iv) la reliquidación y pago de las prestaciones sociales laborales y cesantías recibidas desde ese mismo año¹².

Conforme a las tesis sostenidas por las partes corresponde a la Sala referirse al marco jurídico que regula la jornada laboral de los empleados públicos y con posterioridad al tema específico de los bomberos del Distrito Capital.

2.1. Marco normativo de la jornada laboral de los empleados públicos.

Se encuentra probado dentro del proceso, conforme al Certificación suscrita por la Subdirectora de Gestión Corporativa de la UAECOB, obrante a folios 23 a 25 C.1. que el demandante ha laborado en el Distrito desde el 14 de noviembre de 2008 como Bomberos Código 475 Grado 15.

Tal cargo, según el Decreto 785 de 2005¹³ *“por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004”*, le clasifica en el nivel asistencial.

Partiendo de tal relación laboral es que, el actor, alega que por una concepción errónea acerca de las normas que contemplan su jornada laboral se le ha venido cancelando de manera equivocada y parcial todo lo relacionado a su trabajo suplementario.

Vale entonces señalar que sobre el tema de la jornada de trabajo de los empleados del orden territorial, ésta Corporación ya se ha ocupado al señalar que el Decreto 1042 de 1978 *“por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”*, es el que regula la jornada laboral de los empleados públicos, aplicable, en principio, a los de la rama ejecutiva del orden nacional.

No obstante, 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 la norma precitada, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las Leyes 13 de 1984, 61 de 1987, y porque la extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87, inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el contenido del artículo 3° de esta misma ley.

En efecto, el mencionado Decreto 1042 de 1978¹⁴, dispone en su artículo 33 lo siguiente:

“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 extras.”. (Negrilla fuera de texto).

A su turno, como ya se anunció, el artículo 2º de la Ley 27 de 1992¹⁵, por la cual se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, estableció que las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios a la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987, así como sus decretos reglamentarios y los demás que los modifiquen o adicionen, son aplicables a los empleados del Estado que le prestan sus servicios a las entidades u organismos del orden nacional, departamental, distrital, municipal, entre otras.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la vigencia de las anteriores disposiciones, el inciso 2º del artículo 87 la Ley 443 de 1998, precisó:

“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 3º de la presente ley.”.

Por su parte, el artículo 3º *ibídem*¹⁶, en similares términos a los establecidos en el artículo 2º de la Ley 27 de 1992, dispuso que las normas serían aplicables a los empleados que presten sus servicios a la rama ejecutiva del sector municipal, entre otros.

Finalmente, la Ley 909 de 2004, *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 22, estableció sobre la jornada laboral lo siguiente:

“ARTÍCULO 22. Ordenación de la Jornada Laboral.

1. El ejercicio de las funciones de los empleos, cualquiera que sea la forma de vinculación con la administración, se desarrollará bajo las siguientes modalidades:

a) Empleos de tiempo completo, como regla general;

b) Empleos de medio tiempo o de tiempo parcial por excepción consultando las necesidades de cada entidad.

2. En las plantas de personal de los diferentes organismos y entidades a las que se aplica la presente ley se determinará qué empleos corresponden a tiempo completo, a tiempo parcial y cuáles a medio tiempo, de acuerdo con la jornada laboral establecida en el Decreto-ley 1042 de 1978 o en el que lo modifique o sustituya.

(...)”. Se resalta.

No sobra señalar que la mencionada Ley 909, fue modificada en su artículo 4º por el artículo 51 de la Ley 1575 de 2012, en el sentido de

adicionar, como sistema específico de carrera administrativa “*El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos*”, para ello el artículo 52¹⁷ de la Ley 1575 de 2012 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir normas con fuerza de ley que contengan, el sistema específico de carrera de los Cuerpos Oficiales de Bomberos, pero estableció un régimen de transición frente al tema. Pese a lo anterior, la mencionada regulación no ha sido expedida por el legislador extraordinario.

2.2. Regulación de la jornada laboral bomberil en el Distrito Capital.

Frente al tema específico que ocupa la atención de la Sala, es decir, la actividad bomberil, debe decirse que hace parte de un servicio público esencial¹⁸ como lo consagraron la Ley 322 de 1996 en su momento y ahora la Ley 1575 de 2012.

Partiendo de la anterior concepción, frente al tema de la jornada de trabajo de los bomberos, ésta Subsección indicó en sentencia de 17 de abril de 2008, con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Gómez Aranguren¹⁹, que por la labor que ejercen las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, no están sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial, que es la regulada por el ente empleador.

Esto es así, atendiendo a las singulares características de tal labor, dirigidas a evitar que la comunidad se vea expuesta a situaciones de peligro y/o a conjurar el riesgo que se pueda presentar para responder de una manera eficaz y eficiente a la protección de la sociedad y así ampararla de un daño grave originado en un fenómeno natural o por la acción del hombre.

Dijo la Corporación en aquella oportunidad que el horario de trabajo especial tiene sólida fundamentación en la naturaleza misma de la actividad, que requiere la prestación del servicio en forma continua y permanente, razón por la que es la entidad a la que se presta el servicio, la que debe reglamentar el horario, “*tanto para garantizar la prestación efectiva del servicio bomberil, como para garantizar los derechos del trabajador expuesto a dicha actividad, porque no consultaría los principios constitucionales de la dignidad y de la igualdad, la exclusión de las garantías correspondientes a los beneficios de la jornada ordinaria para someterlos a un régimen especial que va en detrimento de sus derechos laborales*”.

Para el caso del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, debe decirse que éste se rige por el reglamento dispuesto en el Decreto 388 de 1951, expedido por el Alcalde Distrital, en cuyo artículo 10⁹, establece que el personal de la institución debe estar siempre listo y con ánimo de marchar al lugar donde las necesidades del servicio lo exijan y el Comando lo disponga; no se aceptan ni se tienen en cuenta necesidades e inconvenientes de familia para efectos de traslados, comisiones y demás servicios, pues es obligatorio cumplir las órdenes del Comando.

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

En atención a que la actividad del Cuerpo de Bomberos Distrital es de carácter permanente y se presta de forma continua e ininterrumpida, la Unidad Administrativa estableció un sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado²⁰, teniendo en cuenta la jornada ordinaria que incluye horas diurnas y nocturnas, dominicales y festivos de manera continua, es decir que en una semana se trabajan 3 días y descansan 4 y la siguiente semana viceversa.

En este escenario, no puede aceptarse el argumento de la entidad, consistente en que con la expedición del Decreto 388 de 1951 se reguló lo concerniente a la jornada laboral de los bomberos, pues debe aclararse que una situación diferente, es establecer el sistema de turnos para la prestación del servicio y otra, es la regulación de la jornada laboral, por lo que es evidente, que ante la ausencia de norma especial, debe acudir a la general, que se insiste, es el Decreto 1042 de 1978 y que dispone específicamente en su artículo 35 que “*Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso*”.

Tampoco puede aceptarse que el parágrafo del artículo 131 del Decreto 991 de 1974²¹, es regulación especial sobre la materia, como dice el apoderado de la UAECOB²², en tanto consultada la norma, lo que señala es que precisamente las jornadas de trabajo allí previstas no se aplican,

entre otros funcionarios, a los empleados del cuerpo de bomberos.

Recuérdese que sobre este aspecto, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 2º de abril de 2009 dictada dentro del expediente N° 9258 de 2005²³; puntualizó que “el vacío normativo respecto a esta labor se suplirá con el Decreto 1042 de 1978 porque tratándose de empleados públicos es la Ley y no el convenio la que tiene la autoridad para fijar el régimen salarial de los empleados. Así mismo se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa al trabajador”.

Todo lo anterior fuerza concluir que debe acudirse en este caso, a las pautas establecidas para la jornada laboral establecida en el Decreto Ley 1042 de 1978 como lo indica el artículo 22 de la Ley 909 de 2004, en ausencia de reglamento que expida la entidad territorial.

Ahora bien, respecto de la jornada de trabajo el artículo 33 del mismo estatuto dispuso lo siguiente:

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

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

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

De la norma en cita se colige que en ausencia de regulación especial, para los miembros de los Cuerpos Oficiales de Bomberos la jornada laboral es considerada como mixta atendiendo al sistema de turnos ya referido, el cual debe ser liquidado, conforme a 44 horas semanales.

Esta pauta legal (44 horas) es la que nos sirve de piedra angular para determinar el tope de horas semanales laborales en el *sub lite*, dentro de una jornada mixta de trabajo, que debe multiplicarse por 52 semanas, que son las que tiene el año y dividir el resultado por 12 meses, para obtener 190 horas.

O lo que es lo mismo: Atendiendo a 360 días al año, esta cifra se divide por 7 que son los días de la semana, para obtener 51.4, que se aproxima a 52 semanas. Luego, esta cifra se divide en 12, que son los meses del año, lo que nos da como resultado 4.33, que son las semanas del mes.

Es así, por cuanto si se laboran 44 horas semanales, estas se multiplican por 4.33 semanas, lo que nos da 190 horas laborales al mes, de acuerdo con la jornada ordinaria laboral señalada en el Decreto 1042 de 1978.

Lo anterior es contrario a la pauta a la que atiende la accionada, es decir, 240 horas, conforme a su sistema de liquidación de recargos, que en su parecer es adecuado por tratarse de un principio contable consagrado en el manual de liquidación de prestaciones sociales del Distrito Capital, que tiene como fundamento la norma básica de 8 horas diarias por 30 días al mes, atendiendo a una supuesta jornada de 66 horas semanales. (fls. 83 vto. C.1.).

Tal afirmación es errónea, pues al contrario, como ha quedado señalado, a falta de regulación especial, debe atenderse a la jornada ordinaria laboral consagrada en el Decreto 1042 de 1978.

También es errónea la apreciación del Tribunal, al emplear la regla matemática de tres, a una jornada laboral de 220 horas semanales (fl. 318 y s.s. C. 1.), para determinar el número de horas mensuales laboradas por el actor, pues conforme ha quedado explicado, corresponde a 190 horas mensuales.

Entonces, si la entidad ha venido liquidando de forma equivocada el trabajo suplementario desarrollado por el actor, por desconocimiento de la pauta de 190 horas mensuales laboradas como jornada laboral de acuerdo al Decreto 1042, deberá ordenarse su reliquidación, razón que impone a la Sala referirse a cada uno de los emolumentos reclamados en el *libelo demandatorio* para definir los términos de liquidación, tema que exige especificidad.

3. Del Trabajo Suplementario.

3. 1. Horas extras.

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

Su reconocimiento se sujeta a las siguientes pautas en aplicación de los artículos 36²⁴ y 37²⁵ del Decreto 1042 de 1978.

- a) El empleado deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 9 del nivel técnico (Decreto 10 de 1989).
- b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.
- c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del 25% o 75% sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, en tanto horas extras diurnas o nocturnas. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del citado Decreto 1042 se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.
- d) En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales (Decreto 10 de 1989, artículo 13).

Para nuestro caso, como se estableció, el demandante labora como Bombero, Código 475 grado 15, en el nivel asistencial.

Pese a que el Decreto 1042 de 1978, sólo consagra las horas extras para los niveles operativo, administrativo y técnico, debe recordarse que conforme a lo señalado por el parágrafo 1º del artículo 21 del Decreto 785 de 2005 "*Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004*" se tiene que los empleos pertenecientes a los niveles administrativo, auxiliar y operativo quedaron agrupados en el nivel asistencial.

De otra parte, en el expediente no obra constancia de autorización de trabajo suplementario, tal y como lo exige la norma reseñada -como acto administrativo-, no obstante, la voluntad de la administración se traduce y evidencia en las órdenes del día que establecían los turnos a realizar por el actor, evitando con ello que el mismo trabajador pudiese disponer arbitrariamente del horario; turnos que como efectivamente se demuestra en el plenario, excedieron la jornada de 44 horas semanales, con lo que se encuentra satisfecho dicho requisito legal²⁶.

Frente al tema de las horas extras, la defensa de la entidad precisó que adoptó un sistema de pago de recargos, pues reconocerlas generaba un detrimento a los empleados del nivel operativo por el tope que señalan el Decreto Ley 1042 de 1978 y el Acuerdo 03 de 1999 (fls. 99 y 100). Al respecto allegó certificaciones que acreditan la aplicación del llamado “sistema” de pago de recargos, que en su parecer, es más beneficioso al trabajador. (fls. 181 y s.s.).

Tal tesis no resulta acertada pues conforme al marco jurídico y el acervo probatorio analizado, le asiste derecho al demandante al pago de las horas extras laboradas que excedieron de la jornada de 44 horas semanales, de acuerdo a las previsiones señaladas en los artículos 35 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, deduciendo para tal efecto los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador.

Lo anterior, en tanto la entidad no probó que hubiera realizado reconocimiento alguno al actor, sino que al contrario argumentó que no aplicaba tal “sistema”, sino uno de creación propia, que es el “sistema de recargos”, que no puede avalarse en tanto que no cuenta con ningún sustento legal y excluye el reconocimiento de las horas extras, a las que como se vio tiene derecho la parte demandante.

Deberá entonces, observarse 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, pero su liquidación debe efectuarse de acuerdo a las previsiones señaladas en los artículos 35 y siguientes del Decreto No. 1042 de 1978, como se indicó en la sentencia citada *ut supra*²⁷.

Esta conclusión implica únicamente el reconocimiento y pago de horas extras diurnas, sin que sea posible el de las nocturnas o aquella prerrogativa contenida en el numeral e) del artículo 36 del Decreto Ley 1042, referente al tiempo compensatorio que exceda del tope de 50 horas extras, en razón de la posición adoptada por la Sección Segunda de ésta Corporación, en sentencia de 12 de febrero de 2015, con ponencia del Consejero Dr. Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el No. Interno 1046-2013²⁸, proveído conforme al cual tampoco es aplicable al caso el Acuerdo Distrital No. 3 de 1999²⁹.

3.2. De los recargos nocturnos y el trabajo en días de descanso obligatorio, dominicales y festivos.

El artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, estipula un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre la asignación mensual para los empleados que trabajan ordinariamente en la jornada nocturna en el sistema de jornadas mixtas, como el caso del actor. Dispone la norma:

“ARTICULO 35. DE LAS JORNADAS MIXTAS. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con periodos de descanso.

Los incrementos de salario a que se refiere los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo.” Negrilla y subrayas de la Sala.

En ese orden de ideas, no cabe duda que el actor laboró 24 horas del día, de 8:00 de la mañana a 8:00 de la mañana del otro día; esto es, durante jornada diurna y nocturna, con descanso intermedio de 24 horas, por lo que le asiste el derecho a la liquidación de dicho trabajo, conforme a la norma en cita.

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

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

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

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

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

En esos casos, el trabajo se remunera con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo habitual por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado, sin perjuicio del recargo a que haya lugar por el trabajo nocturno realizado en día de descanso obligatorio.

En efecto, la jornada laboral del actor se desarrollaba bajo el sistema de turnos, lo que implica una previa programación de su jornada laboral mensual, por lo que conocía de antemano los domingos del mes que debía prestar sus servicios, convirtiéndose en un hábito laborar, según la rotación de turnos prevista, lo que hace que su labor en días de descanso se convirtiera en algo habitual³⁰.

Entonces, al estar demostrado el trabajo ordinario en días dominicales y festivos de manera habitual por parte del señor JUAN CARLOS MOREA ALBAÑIL al servicio del Cuerpo de Bomberos de Bogotá D.C., posteriormente Unidad Administrativa Especial, es procedente el reconocimiento de la remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado.

Pese a lo anterior, advierte la Sala que el descanso compensatorio surge del trabajo realizado en días que no son hábiles, y como quedó demostrado en el plenario que el actor laboraba 24 horas pero descansaba otras 24, (fl. 23 C.1.) inclusive en días hábiles, razón por la que no hay lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio, posición reiterada de esta Corporación³¹.

Procede entonces la Sala a revisar (i) los términos de liquidación efectuados por la entidad, (ii) los ordenados por el *a quo* para verificar, (iii) conforme al marco del recurso de apelación, si debe modificar los términos de la condena impuesta:

4. Del restablecimiento del derecho frente a los recargos ordinarios y festivos nocturnos y el trabajo en días de descanso obligatorio.

De acuerdo con las pruebas aportadas, aprecia la Sala que, frente a los emolumentos reclamados, los únicos pagos efectuados por la entidad consistieron en “recargos ordinarios nocturnos” del 35%, “recargos festivos diurnos” del 200% y “recargos festivos nocturnos” (235%), de la siguiente manera:

§ Desde enero de 2009 octubre de 2011. (fls. 24 y ss. C.1.), así:

AÑO	RECARGOS FESTIVO DIURNO 200%		RECARGOS FESTIVO NOCTURNO 235%		RECARGOS ORDINARIO NOCTURNO 35%	
	No. Horas	Valor	No. Horas	Valor	No. Horas	Valor
2009	377	3.583.966	384	4.026.482	1.614	2.682.214
2010	429	4.045.938	420	4.651.292	1.738	2.867.787
2011	247	2.461.681	230	2.692.645	1.037	1.805.359

La entidad dijo a folio 19 del cuaderno primero, que las fórmulas utilizadas para la liquidación de los valores mencionados fue la siguiente:

§ Recargo ordinario nocturno = Asignación básica mensual / 240 x 35% x No. Horas laboradas. (Horario de 6:00 p.m. a 6:00 a.m.)

§ Recargo festivo diurno = Asignación básica mensual / 240 x 200% x No. Horas laboradas. (Horario de 6:00 a.m. a 6:00 p.m.)

§ Recargo festivo nocturno = Asignación básica mensual / 240 x 235% x No. Horas laboradas. (Horario de 6:00 p.m. a 6:00 a.m.)

Como se aprecia, la fórmula empleada por la entidad, no se ajusta a las normas analizadas en tanto que dominicales y festivos, como los mismos recargos ordinarios nocturnos, deben ser retribuidos al tenor del referido Decreto 1042 de 1978 que contempla 44 horas semanales, por lo que debe partirse de una base de 190 horas mensuales, al contrario de lo que efectuaba la entidad (240 horas) o como erróneamente ordenó el *a quo* (220 horas).

Es así, pues se repite, si se laboran 44 horas semanales, estas se multiplican por 4.33 semanas, lo que nos da 190 horas laborales al mes, de acuerdo con la jornada ordinaria laboral señalada en el Decreto 1042 de 1978.

En consecuencia, le asiste derecho al actor a que la entidad le reliquide y cancele los recargos ordinarios y festivos nocturnos y a la remuneración por trabajo en días de descanso obligatorio, pero partiendo de 190 horas mensuales como jornada ordinaria laboral, para lo cual deben observarse las directrices de liquidación consagrados en los artículos 35 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978 y no el sistema de recargos a que acudía la demandada, pues recuérdese que frente al trabajo en dominicales y festivos la última de las normas señaladas dispone que los trabajadores *“tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado.”*

Al efecto deberán atenderse las pautas de liquidación, establecidas por la Sección Segunda, en la sentencia de 12 de febrero de 2015, dentro del proceso radicado con el No. 1046-2013, a que se ha hecho referencia líneas atrás.

5. De la reliquidación de prestaciones sociales.

Corolario de lo anterior, tiene derecho el demandante al reconocimiento del trabajo suplementario por horas extras diurnas, remuneración por su trabajo en días de descanso obligatorio y los recargos tanto ordinarios como festivos nocturnos, sobre una base de 190 horas mensuales laboradas dentro de la jornada ordinaria laboral, situación de la cual depende la reliquidación de las cesantías y los intereses por este concepto (al variarse el monto de la cesantía inevitablemente se incrementará el interés liquidado).

Lo anterior, conforme al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma que también impone que el trabajo suplementario -cuyo reconocimiento y pago se ordena a través de esta sentencia-, sea atendido para efectos pensionales, tal como se pidió en el agotamiento de la vía gubernativa de manera específica³².

En consecuencia, la entidad efectuará la liquidación y pago de las diferencias a que haya lugar en los aportes pensionales a su cargo, en lo que haga parte del ingreso base de cotización, conforme a las normas vigentes, desde el 14 de noviembre de 2008, sumas que deberán ser actualizadas y consignadas en el respectivo Fondo en que se encuentre afiliado el empleado.

Las diferencias que se originen por este concepto a cargo del empleado, serán descontadas de la condena resultante y remitida igualmente al Fondo de Pensiones correspondiente.

Sin embargo, debe precisarse que en la sentencia de unificación de 2 de febrero de 2015, a que se ha hecho referencia, se estableció que las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de los demás factores y prestaciones solicitados. Esto es al tenor de lo previsto en el artículo 59³³ del Decreto 1042 de 1978, y artículos 17³⁴ y 33³⁵ del Decreto 1045 de 1978.

Frente a la reliquidación de la prima de antigüedad, sobre la que se insiste en el recurso de apelación, debe decirse que ni siquiera se demostró que fuera percibida por el actor, conforme a la certificación que obra a folios 23 a 27 C.1, acerca de los factores salariales y prestacionales reconocidos y pagados por la UAECOB en el periodo 2008 a 2011.

Conforme a ello, la accionada procederá a reajustar o reliquidar las cesantías, intereses sobre las mismas y aportes pensionales, incluyendo en la base salarial los conceptos a que se ha hecho referencia, desde el 14 de noviembre de 2008, por la no ocurrencia del fenómeno de la prescripción³⁶, pero atendiendo a las directrices señaladas en esta providencia. No se ordenará la reliquidación de los demás factores y prestaciones, conforme a la sentencia de unificación en cita.

No sobra mencionar que de emerger alguna diferencia en perjuicio del actor y que surja entre lo que se le ha venido cancelado por parte de la entidad y el reconocimiento efectuado a través de ésta providencia, no se ordenará la devolución de suma alguna (al contrario de lo señalado por el Tribunal) precisamente atendiendo a la previsión consagrada en el numeral 3º del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, pues no se afirmó, ni se demostró que el demandante hubiera incurrido en actos dolosos y de mala fe para obtener el reconocimiento de las diferencias señaladas.

Por lo tanto, no está obligado a devolver lo que ya le fue pagado como equivocadamente el Tribunal lo ordenó, frente al recargo del 35% que le fuera liquidado al actor con base en 240 horas mensuales, decisión que deberá revocarse.

En lugar de ello, debe procederse a la reliquidación de tal emolumento atendiendo a una pauta diferente, como son 190 horas mensuales, partiendo de la jornada ordinaria de 44 horas contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978.

Se descontará de la condena el aporte pensional correspondiente al empleado por el periodo señalado.

En este orden de ideas, como se advierte del marco jurídico expuesto y de la resolución del caso concreto, es evidente que al actor no le asiste el derecho a varias de las prerrogativas concedidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³⁷, ni a varias de aquellas solicitadas en el recurso de apelación³⁸, situación a que a todas luces impone que la condena se determine en los términos que establece el régimen aplicable al caso.

7. Conclusión.

Atendiendo a que la jornada del actor debería ser regulada de manera especial precisamente por la naturaleza de la labor prestada, en ausencia de la misma debemos remitirnos a la jornada ordinaria laboral contemplada en el Decreto 1042 de 1978, consistente en 44 horas semanales, que deviene en 190 horas mensuales laborales. Esta circunstancia por sí misma afecta la liquidación del trabajo suplementario que ha venido realizando la entidad al señor JUAN CARLOS MOREA ALBAÑIL e incide en la reliquidación de cesantías, sus intereses y aportes pensionales.

De acuerdo a lo anterior, para la liquidación del trabajo suplementario debe atenderse a las previsiones del Decreto 1042 de 1978 y la sentencia de unificación de 12 de febrero de 2015 (Exp. No.1046-2013), es decir:

1. Liquidación y pago de horas extras diurnas, atendiendo a una jornada ordinaria laboral mensual de 190 horas, conforme a lo señalado por el artículo 36, con el límite de reconocimiento que estatuye el literal d).
2. Debe efectuarse la reliquidación y pago del recargo ordinario y festivo nocturno.
3. El trabajo en días dominicales y festivos se liquidará con base en lo señalado por el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, observando

las pautas de liquidación, consagrados en los artículos 35 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978 y no al sistema de recargos a que acudía la demandada, todo conforme a las directrices de la sentencia de unificación.

4. No se accede al pago de suma alguna por descanso compensatorio que surja del exceso de horas extras o de trabajo realizado en días que no son hábiles, conforme al criterio de la Sala de Unificación y al quedar demostrado en el plenario que el actor laboraba 24 horas, pero descansaba otras 24 inclusive en días hábiles.

5. Se reliquidarán las cesantías reconocidas y/o pagadas al demandante durante el tiempo de vinculación a la entidad, junto con sus intereses a partir del 14 de noviembre de 2008.

6. Se reliquidarán los aportes pensionales a partir de 14 de noviembre de 2008, en virtud del reconocimiento, reliquidación y pago del trabajo suplementario que se ordena. Las diferencias resultantes a cargo del empleador se consignarán en el Fondo de pensiones correspondiente, junto con aquellas a cargo del empleado, las que se descontarán de la condena impuesta.

7. No se ordenará la devolución de suma alguna que surja en perjuicio del actor, conforme a lo señalado en el numeral 3º del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, salvo el descuento correspondiente al aporte pensional a cargo del empleado por el periodo señalado.

De igual manera, en la medida en que los actos administrativos negaron la totalidad de las peticiones solicitadas a través de la demanda y, como en este caso se accederá parcialmente a ellas, se impone la anulación parcial de los actos demandados, por lo que será modificada la decisión emitida por el *a quo*.

En los anteriores términos, la Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia. La modificará en lo pertinente para precisar los términos del restablecimiento del derecho, conforme a lo expuesto.

En el curso de la sesión, la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, expuso verbalmente su impedimento para participar en la aprobación del presente fallo, al haber sido la Magistrada ponente de la sentencia de primera instancia, el que se declarará fundado.

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

FALLA

PRIMERO.- ACÉPTASE el impedimento expresado por la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, para apartarse del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO.- CONFÍRMASE parcialmente la sentencia de 28 de noviembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada por JUAN CARLOS MOREA ALBAÑIL contra el Distrito Capital de Bogotá, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C, pero por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia, salvo los numerales primero a cuarto que quedarán así:

"PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad parcial del Oficio No. 2011EE 2097 de 28 de abril de 2011 y la Resolución No. 615 de 12 de septiembre de 2011, suscritos por el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDÉNASE a BOGOTÁ D.C. - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ, a reconocer y pagar al señor JUAN CARLOS MOREA ALBAÑIL, el trabajo que exceda de

190 horas mensuales y para ello liquidará y cancelará las horas extras diurnas, la remuneración por su trabajo en días de descanso obligatorio y los recargos tanto ordinarios como festivos nocturnos que hubiere laborado, desde el 14 de noviembre de 2008, en la forma señalada en la parte motiva de ésta providencia.

Para el efecto se deducirán los días de descanso remunerado, las vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador, y cancelará la diferencia que surja entre los valores cancelados por el sistema que venía aplicando la entidad demandada y la orden que se impone.

De surgir alguna diferencia en perjuicio del actor frente a lo que se le ha venido cancelado por parte de la entidad y el reconocimiento efectuado a través de ésta providencia, no se ordenará la devolución de suma alguna.

TERCERO. No se reconocen los descansos compensatorios derivados de horas extras y de trabajo en días de descanso obligatorio por encontrarse debidamente acreditado su pago, ni tampoco se accederá a la reliquidación de las primas de servicios, vacaciones, navidad y antigüedad como ha quedado señalado en precedencia.

CUARTO.- CONDÉNASE al Distrito Capital de Bogotá D.C. - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, a reliquidar las cesantías, intereses a las mismas, y aportes pensionales correspondientes al señor JUAN CARLOS MOREA ALBAÑIL causados desde el 14 de noviembre de 2008, hasta el cumplimiento de la sentencia, con base en la observancia de lo señalado la parte motiva, sumas que deberán ser consignadas en el Fondo de Administración de Cesantías, y en el Fondo de Pensiones que el demandante indique a la entidad”.

TERCERO.- RECONÓCESE personería a la abogada Mónica Yadira Herrera Ceballos, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.415.074 de Bogotá y portadora de la tarjeta profesional No. 112.954 del C.S.J, para actuar en representación de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bomberos, en los términos del poder otorgado a folio 377 del expediente.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E)
Impedida

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folios 40 y s.s. C. 1.

2 Folios 41 y s.s. C. 1.

3 Folios 42 y s.s. C. 1.

4 Folios 86 y s.s. C.1.

5 Visible a folios 367 y s.s. del C. 1.

6 Páginas 326 y s.s. C.1.

7 Escrito que obra a folios 329 y s.s.

8 Obrante a folios 350 y siguientes.

9 Visible a folios 389 y s.s. del cuaderno primero.

10 Folios 381 y s.s. del cuaderno primero.

11 Escrito que obra a folios 524 y s.s. del C. 1.

12 Conforme al derecho de petición interpuesto ante el Distrito Capital el 1º de abril de 2011, que obra a folio 3, se tiene que lo pedido frente a este tema específico consiste en *“La reliquidación y pago de las diferencias de las primas de servicios, bonificaciones y primas de vacaciones, sueldo de vacaciones, prima de antigüedad y prima de navidad, incluyendo lo pertinente a horas extras y recargos nocturnos, reliquidación de cesantías incluyendo los ingresos totales percibidos, pensiones, cotizaciones para la pensión y demás emolumentos a que tenga derecho de acuerdo con la normatividad vigente”*.

13 Proferido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirieron los numerales 2º y 3º del artículo 53 de la Ley 909 de 2004.

14 *“Artículo 1o.- Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente decreto regirá para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante.”*

15 Derogada por el artículo 43 de la Ley 443 de 1998, que de todos modos conservó la vigencia del Decreto Ley 2400 de 1968 que regulaba el tema.

16 *“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”*.

17 *“Artículo 52. Facultades Extraordinarias. Revístase al Presidente de la República de facultades extraordinarias de conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de promulgación de la presente ley, para expedir normas con fuerza de ley que contengan, el sistema específico de carrera de los Cuerpos Oficiales de Bomberos.*

Parágrafo. Régimen de transición. Mientras se expiden los decretos con fuerza de ley que desarrollen las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por este artículo, continuarán rigiendo las disposiciones legales y reglamentarias de carrera administrativa vigentes al momento de la promulgación de la presente ley”.

18 La Ley 322 de 1996 calificó como servicio público esencial la prevención y control de incendios y demás calamidades conexas a cargo de las instituciones bomberiles, y señaló que es deber del Estado garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, pues

consagró la obligación a cargo de los Distritos, Municipios y Entidades Territoriales Indígenas, de prestar el servicio a través de los Cuerpos de Bomberos Oficiales, o mediante la celebración de contratos para tal fin, con los Cuerpos de Bomberos Voluntarios, siempre contando con la coordinación, complementariedad, intermediación y cofinanciación de proyectos por parte de los Departamentos y la adopción de políticas generales por parte de la Nación. Esta Norma fue derogada por la Ley 1575 de 2012, Ley General de Bomberos de Colombia, publicada en el Diario Oficial 48530 de agosto 22 de 2012 que al referirse como un servicio público esencial, confirmó que se desarrollaría con base con fundamento en los principios de subsidiariedad, coordinación y concurrencia.

19 Proceso radicado con el No. 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06), Actor: JOSÉ ARLES PULGARIN GALVEZ, Demandado: Municipio de Pereira.

20 Oficios obrantes a folios 23 y 230 del cuaderno principal, que indica que el personal operativo de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, laboraban por el sistema de turnos de 24 horas, por lo que se reitera que el demandante desarrollaba jornadas mixtas de trabajo, correspondientes a 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, en turnos que incluían horas diurnas y nocturnas.

21 Por el cual se expide el estatuto de personal para el Distrito Especial de Bogotá. Visible a folios 125 y ss.

22 Folio 93 y s.s. del cuaderno principal.

23 Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, demandante: José Dadner Rangel Hoyos y otros.

24 *“Artículo 36º Modificado por el Decreto-Ley 10 de 1989.- De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.*

a. *El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:*

El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico.

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

c. *El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del 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. *En ningún caso podrá pagarse más de 50 horas extras mensuales.*

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

25 *“Artículo 37º.- De las horas extras nocturnas. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.*

Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual.

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.

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior.” Se resalta.

26 Esto es evidente, como se advierte en los Oficios obrantes a folios 23 y 230 del cuaderno principal, que indica que el personal operativo de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, laboraba por el sistema de turnos de 24 horas, por lo que se reitera que el demandante desarrollaba jornadas mixtas de trabajo, correspondientes a 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, en turnos que incluían horas diurnas y nocturnas.

27 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado

Ardila, 2 de abril de 2009, Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05), Actor: JOSE DADNER RANGEL HOYOS Y OTROS, Demandado: Municipio de Pereira.

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

Así las cosas, el actor tiene derecho al reconocimiento de cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en el mes, tal y como se desprende de los turnos registrados en las planillas, a partir del 27 de noviembre de 2006, conforme lo solicitó en las pretensiones de su demanda y lo ordenó la sentencia de primera instancia la cual habrá de confirmarse en tal sentido.

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

Para respaldar el número de las horas extras laboradas y su clasificación en diurnas y nocturnas, la Sala tiene en cuenta la prueba documental obrante en el cuaderno No. 3 correspondiente a las planillas de turnos laborados por el actor, la cual no fue controvertida por la parte actora, y por tal razón se le otorga pleno valor probatorio, teniendo como tiempo extra aquel que excedió 44 horas semanales, equivalentes a 190 horas mensuales.

Reitera la Sala que en ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales porque habrá de tenerse en cuenta el límite previsto en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, y respecto de las horas extras excedidas (120 mensuales), la Sala no ordenará el reconocimiento del tiempo compensatorio, toda vez que como se anotó, las mismas fueron compensadas con tiempo de descanso, de acuerdo con el sistema de turnos que desarrolló el actor.”

29 *“Por el cual se fija el incremento salarial para la vigencia fiscal de 1999, de las distintas categorías de empleo del Concejo, la Contraloría, la Personería y la administración central del Distrito Capital y se dictan otras disposiciones”* precisó en el inciso final del artículo cuarto, modificado por el artículo 3° del Acuerdo Distrital 9 de 1999, que *“En ningún caso se pagará, mensualmente, por concepto de horas extras, dominicales o festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario”.*

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

³¹ Consejo De Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil ocho (2008), Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06).

³² Folio 3 C. 1.

³³ Artículo 59^o.- De la base para liquidar la prima de servicio. La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:

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

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

año.

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

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

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

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

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

3⁶ El derecho de petición fue presentado por el apoderado del demandante el 1^o de abril de 2011, como se aprecia a folio 3 y s.s. del cuaderno principal.

3⁷ Mediante la sentencia apelada el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó reliquidar y pagar al actor, los recargos sobre una base de 220 horas descontando de dicha reliquidación el valor pagado por la entidad demandada sobre la base de 240 horas; igualmente ordenó el reconocimiento y pago del tiempo que exceda de las 220 horas mensuales, tales como horas extras diurnas, nocturnas, horas extras diurnas festivas y horas extras nocturnas festivas en favor del demandante y la reliquidación de las prestaciones sociales donde sea factor salarial el trabajo suplementario, a partir del 14 de noviembre de 2008.

De igual manera, condenó a la reliquidación de las prestaciones sociales (prima de navidad, bonificaciones, prima de vacaciones, prima de riesgo y vacaciones y demás primas que haya devengado), cesantías e intereses a las mismas, causadas a partir del 14 de noviembre de 2008.

Ordenó el descuento de lo pagado al demandante como recargo del 35%, y denegó las demás prestaciones de la demanda.

3⁸ En el recurso de apelación se pidió fundamentalmente (i) se precise que la base de liquidación y reliquidación de horas extras, recargos, compensatorios, dominicales y festivos y demás emolumentos reclamados y reconocidos en el presente fallo, sea de 190 horas mensuales.(ii) Se ordene el reconocimiento, liquidación y pago de los días de descanso compensatorio, por la labor ejecutada por el demandante habitualmente

en días dominicales y festivos, a razón de un día de salario, por cada ocho horas de labor en los citados días, teniendo en cuenta la calidad de dichos días para efectos de la liquidación, con base en lo establecido en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 desde el 14 de noviembre de 2008. (iii) Solicitó ordenar el reconocimiento, liquidación y pago de los dominicales y festivos por la labor ordenada en estos días, tomando como base 190 horas mensuales y además, (iv) incluir la prima de antigüedad para efectos de la liquidación y reliquidación de los emolumentos que se ordenan en el fallo. (v) Finalmente requirió se suprima el párrafo segundo del numeral segundo, por establecer un doble descuento injustificado de recargo del 35%.

Relatoria JORM/Lmr.

Fecha y hora de creación: 2024-08-16 17:52:44