



## Sentencia 2013-05816 de 2020 Consejo de Estado

JORNADA LABORAL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA CÁRCEL DISTRITAL DE VARONES Y ANEXO DE MUJERES DE BOGOTA / HORAS EXTRAS / PAGO POR TRABAJO EN DOMINICAL Y FESTIVO / LIQUIDACIÓN DE CESANTIAS / RÉGIMEN SALARIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS ES DE CREACIÓN LEGAL - Competencia reservada exclusivamente al Congreso

[A]nte la falta de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de custodia y vigilancia de la dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá, debe aplicarse, tal como lo determinó el *a quo*, el Artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que dispone que toda labor realizada en exceso de las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras, las cuales deben ser remuneradas en las condiciones previstas en los Artículos 35 y siguientes de la referida norma, previa deducción de los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador. [...] [E]l acuerdo 3 de 8 de diciembre de 1999, proferido por el concejo distrital de Bogotá, que en relación con las horas extras de los funcionarios distritales (...) no será considerado por la Sala, toda vez que por disposición del Artículo 150, numeral 19, letra e, de la Constitución Política, el régimen salarial de los empleados públicos es de creación legal, competencia reservada exclusivamente al Congreso. [...] [S]egún el Artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, además del pago por trabajo en dominical y festivo cuando es habitual, se debe conceder el disfrute de un día compensatorio, sin perjuicio de la remuneración a que se tiene derecho; sin embargo, se ha demostrado que el actor descansaba 24 horas por cada 24 de labor; por ende, le asiste razón al *a quo* en denegar este pedimento, por comprobarse que ese beneficio fue concedido. En lo relacionado con la liquidación de cesantías, el Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en sus letras c y d, dispone como factor salarial para tal efecto, los dominicales y feriados, y las horas extras, motivo por el cual se deberán tener en cuenta para su cálculo y pago. [...] [E]n cuanto al reajuste de los demás emolumentos, tales como bonificaciones, primas de riesgo, antigüedad, servicios, vacaciones y navidad y vacaciones, no se tienen en cuenta las horas extras y recargos, tal como lo estableció el *a quo*, puesto que los Artículos 1.º del Decreto 306 de 1975, 45, 49 y 59 del Decreto 1042 de 1978 y 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978 no los prevén como factores salariales para su liquidación.

FUENTE FORMAL: CP - ARTÍCULO 150 NUMERAL 19 LITERAL E / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTÍCULO 33 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTÍCULO 39 / DECRETO 1045 DE 1978 - ARTÍCULO 45 / DECRETO 306 DE 1975

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"  
Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER  
Bogotá, D. C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020)  
Radicación número: 25000-23-42-000-2013-05816-01(2590-16)  
Actor: JHON JAIRO MAHECHA FAJARDO

Demandado: DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DE SEGURIDAD, CONVIVENCIA Y JUSTICIA -DIRECCIÓN CÁRCEL DISTRITAL DE VARONES Y ANEXO DE MUJERES DE BOGOTÁ

Referencia: RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS, RECARGOS Y DESCANSOS COMPENSATORIOS

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de 14 de enero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la sección segunda), mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

### I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 52 a 128). El señor Jhon Jairo Mahecha Fajardo, a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra el Distrito Capital-secretaría de gobierno-dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad del oficio 20133330056401 de 4 de marzo y de la Resolución 133 de 18 de abril, ambos de 2013, por medio de los cuales la secretaria de gobierno-dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá le negó al actor la reclamación laboral formulada el 4 de febrero de ese año y confirmó dicha decisión, en su orden, y se inapliquen la Resolución 29 de 2010, respecto de la jornada máxima legal de 66 horas, y el inciso tercero del Artículo 4.º del acuerdo distrital 3 de 1999, modificado por el Artículo 3.º del acuerdo distrital 9 de esa anualidad.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita condenar a la demandada al pago de (i) «[...] 50 horas extras mensuales diurnas en días ordinarios, laboradas en exceso de la jornada máxima legal [...] (44 horas semanales) [...]»; (ii) «[...] 15 días de salario básico como tiempo compensatorio por cada mes laborado, [...] proporcionalmente por los días que excedan de los meses de trabajo, toda vez que labor[ó] 360 horas mensuales [...], de las cuales solo 190 [...] son parte de la jornada máxima legal vigente [...]»; (iii) descansos compensatorios por haber prestado sus servicios «[...] de manera ordinaria días domingos y festivos [...]»; (iv) «[...] recargos nocturnos del 35%

en días ordinarios y los recargos diurnos y nocturnos del 200% y 235%, a cifras reales, toda vez que [...] la demandada dividió el salario mensual en 240 horas mensuales y de allí aplico [sic] los porcentajes de recargos conforme a las horas laboradas, desconociendo [...] que el salario de los empleados públicos territoriales se cancela por la jornada máxima legal [...] [de] 44 horas semanales [...]»; y (v) «[...] las diferencias generadas por la inclusión de los factores anteriores [...], en las primas de servicios, vacaciones y de navidad, sueldo de vacaciones y demás factores salariales y prestacionales [...]» recibidos, así como el reajuste de sus cesantías. Dichos emolumentos deberán ser reconocidos de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978 y cancelados a partir del 4 de febrero de 2010 hasta la ejecutoria del fallo que los ordene, debidamente indexados. Asimismo, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del Artículo 192 del CPACA.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata el actor que «[...] en su calidad de ex empleado público territorial del Distrito Capital, en el cargo de [g]uardián [c]ódigo 485 grado 13, cumplió turnos de 24 horas de servicio por 24 horas de descanso, pero es válido aclarar que dicho descanso nunca ha sido remunerado, toda vez que mensualmente cumple 15 o 16 turnos de 24 horas de trabajo, que equivalen a 360 horas mensuales o 384 horas mensuales, según el número de días del mes».

Afirma que el 4 de febrero de 2013, a través de apoderado, presentó reclamación laboral ante la secretaría de gobierno-dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá encaminada a obtener el reconocimiento de horas extras y descansos compensatorios y la consecuente reliquidación de sus recargos y prestaciones sociales (incluidas las cesantías), por haber prestado sus servicios en jornadas superiores a la máxima legal establecida, lo cual le fue negado con oficio 20133330056401 de 4 de marzo siguiente, decisión contra la que interpuso recurso de reposición, despachado con Resolución 133 de 18 de abril de esa anualidad, en el sentido de confirmarla.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos demandados los siguientes Artículos: 1, 2, 13, 25, 39, 48 y 53 de la Constitución Política; 33, 34, 36, 37 y 39 del Decreto 1042 de 1978; 17, 33 y 45 del Decreto 1045 de 1978; y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Aduce que «[...] la Resolución 153 del 31 de marzo de 2009 donde se establece que el horario de trabajo para los servidores públicos que pertenecen al Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital son turnos de 24 horas de labor consecutivas, que van de 7 a.m. a 7 a.m. del día siguiente, seguido por 24 horas de descanso, no es óbice para que la administración Distrital desconozca de manera flagrante las garantías laborales de los empleados públicos que prestan sus servicios personales en dicho organismo [...]». Además, «[...] existe clara jurisprudencia emanada del H. Consejo de Estado donde se ordena reconocer horas extras y trabajo suplementario a los empleados que cumplen funciones de vigilancia».

Que no es dable aplicar a su caso «[...] lo establecido en el Artículo 3 de la Ley 6 de 1945, cuando [...] dicha disposición legal solo es aplicable a los trabajadores oficiales y no a los empleados públicos, siendo [...] empleado público territorial sujeto a lo determinado en el Decreto 1042 de 1978 y no a la Ley de marras [...]», así como tampoco lo es partir del supuesto de que «[...] el trabajo realizado por el personal de empleados públicos que prestan sus servicios en la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres cumplen labores discontinúas o intermitentes, [dado que] como esta [sic] debidamente probado en el expediente este personal labora turnos continuos de 24 horas de labor y 24 horas de descanso [...]».

Dice que en virtud del principio de favorabilidad y derecho a la igualdad «[...] es imperativo el reconocimiento de las horas extras en el tope legal reclamado [...] máxime que como empleados públicos territoriales perciben su salario por 190 horas de servicio mensual [...]». De la misma manera, la «[...] realización de jornadas de trabajo de 24 horas de labor y 24 horas de descanso viola de manera flagrante la normativa internacional sobre las jornadas de trabajo de 8 horas y 16 horas de descanso [...]» y sus «[...] derechos laborales [...], [al] desconocer el reconocimiento de horas extras y descansos compensatorios [...] con la excusa [de] que por ser discontinuo o intermitente los empleados deben laborar sin limitación de horario y sin pago de tiempo suplementario, tampoco es de recibo que se pretenda decir que lo adeudado por concepto de horas extras y compensatorios se encuentra cancelado con lo liquidado por recargos nocturnos ordinarios, recargos festivos diurnos o recargos festivos nocturnos [...]».

Que por ser empleado territorial le es aplicable el Decreto 1042 de 1978 que consagra una jornada máxima laboral de 44 horas semanales, lo que equivale a 190 horas mensuales, motivo por el cual se deben liquidar los recargos deprecados con la división de su asignación mensual en esas horas y no en 240, como lo ha realizado la entidad demandada, por lo tanto, en razón a que laboró 360 horas por mes, «[...] como todos los empleados públicos de categoría Asistencial o Técnica, y al cancelar[e] 50 horas extras mensuales [e] queda pendiente el reconocimiento de 120 horas mensuales» y todo lo que se deriva de ello, como descansos compensatorios y la consecuente reliquidación de sus prestaciones sociales (incluidas las cesantías).

1.5 Contestación de la demanda (ff. 139 a 147). El Distrito Capital-secretaría de gobierno-dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; y en relación con los hechos arguye que algunos son ciertos y otros no le constan.

Su defensa se limita a la proposición de las excepciones denominadas: inepta demanda por imposibilidad de inaplicar actos administrativos de contenido general para casos concretos, adecuada liquidación de las prestaciones y prescripción parcial.

1.6 Providencia apelada (ff. 256 a 269). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la sección segunda), mediante sentencia de 14 de enero de 2016, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda (sin condena en costas), al considerar que «[...] las normas aplicables a la jornada laboral del personal de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres son las contenidas en el Decreto 1042 de 1978, el cual dispuso que la jornada laboral de los empleados públicos sería de 44 horas semanales, según su Artículo 33 [...]»; no obstante, «[...] es indiscutible que por la naturaleza de la actividad desarrollada por los guardianes vinculados a [la referida] Cárcel [...], dicha labor no está sujeta a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial, que es regulada por el ente empleador. No obstante, en el presente caso, [...] la entidad demandada omitió expedir tal regulación, razón por la cual debe remunerarse conforme a las previsiones del Decreto 1042 de 1978,

siendo una situación similar a la que ha sido objeto de estudio por el Consejo de Estado en casos referentes a horas extras o trabajo suplementario de los bomberos de distintos municipios del país [...]».

Que para «[...] efectos del reconocimiento, liquidación y pago del trabajo suplementario, se debe analizar el cumplimiento de los requisitos dispuestos por el Artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, así entonces, se procede a establecer el primer requisito indicado por la norma [...], el cual se refiere a que el empleado debe pertenecer “al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico”», el que se encuentra satisfecho por el actor, por cuanto «[...] se desempeñó durante el tiempo que laboró en la Cárcel [...] en el cargo de [g]uardián [c]ódigo 485 [g]rado 13 [...]». Asimismo, se acata la exigencia referente a la autorización previa de dicho trabajo, en la medida en que «[...] se le indicó desde el momento que ingresó a laborar en la entidad [...], que debía cumplir con jornadas de 24 horas de labor por 24 horas de descanso [...]», y la referente al reconocimiento del tiempo en resolución motivada, «[...] no debe pasarse por alto que la voluntad de la administración se traduce y evidencia en las órdenes del día que establecían los turnos a realizar por el demandante, evitando [...] que [...] pudiese disponer libremente del horario; turnos que excedieron la jornada de 44 horas semanales [...]». Por lo tanto, «[...] tiene derecho al reconocimiento de cincuenta (50) horas extras laboradas en el mes [...] a partir del 4 de febrero de 2010<sup>1</sup> y a la fecha de su retiro, conforme lo solicitó en las pretensiones [...]».

De la misma manera, en relación con los recargos deprecados por el accionante, sostuvo que hay lugar a ordenarlos «[...] teniendo en cuenta que se debe emplear para el cálculo de los mismos el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral en el sector público (190) y no la constante de 240» y, por ende, «[...] han sido liquidados en una menor proporción a lo que realmente corresponde [...]».

En lo atañedor al trabajo en días de descanso obligatorio, el Artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 lo prevé como un trabajo suplementario por desarrollarse fuera de la jornada ordinaria; sin embargo, «[...] la jornada laboral del demandante se desarrollaba bajo el sistema de turnos, lo que de suyo implica una previa programación de su jornada laboral mensual. Siendo ello así, como irrefutable lo es, [...] conocía de antemano qué domingos y festivos del mes le tocaba prestar sus servicios, convirtiéndolo en un hábito laborar uno, dos o más domingos de determinado mes, según la rotación de turnos prevista, lo que hace que su labor en día de descanso se convirtiera en algo habitual<sup>2</sup>», por lo que no hay lugar a su reconocimiento.

Que, en lo concerniente a la pretendida reliquidación de prestaciones sociales, «[...] no puede válidamente incluirse los recargos y las horas extras reconocidas [...] ni tampoco los dominicales y feriados, dentro de la liquidación de vacaciones y las primas de vacaciones, navidad y servicios del demandante por no encontrarse contempladas dentro de los factores taxativamente señalados en el Decreto 1042 de 1978, como partidas computables [...]»; en cambio, con las cesantías «[...] dicha pretensión tiene vocación de prosperidad toda vez que, de conformidad con el Artículo 45 [de tal Decreto] son factores de liquidación de esa prestación, entre otras, las horas extras, domingos y feriados [...]».

Por lo anterior, declaró «[...] la nulidad de los actos acusados [...]» y ordenó a la demandada (i) «[...] pagarle al actor el valor correspondiente a cincuenta horas (50) extras al mes, desde el 4 de febrero de 2010 al 18 de junio de 2012 y del 26 de noviembre de 2013 a la fecha de su retiro, con fundamento en los Artículos 36 a 38 del Decreto 1042 de 1978 [...], liquidadas con base en el factor hora que resulte de dividir la asignación básica mensual sobre el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral (190) [...]»; (ii) «[...] reajustar los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos laborales por el demandante [en el mismo período], empleando para el cálculo [...] el facto de 190 horas mensuales [...], y pagar las diferencias que resulten a [su] favor [...]» y (iii) la reliquidación de «[...] las cesantías reconocidas y pagadas [...] con el valor que surja por concepto de las horas extras, dominicales y feriados [...]».

1.7 El recurso de apelación (ff. 287 a 295 vuelto). La demandada, mediante apoderado, interpuso recurso de apelación, al estimar que «[...] al decidir aplicar el Artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, se incurre en una imprecisión por cuanto dicha normativa jurídica se refiere a la jornada laboral ordinaria de 44 horas semanales para empleados con funciones de oficinistas, y no a una jornada especial característica que se configura en el servicio que presta el personal operativo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la CARCEL DISTRITAL».

Que «[...] reconoce, liquida y paga el tiempo suplementario trabajado por los guardianes de la CARCEL DISTRITAL bajo el sistema de recargos, ya que el pago de horas extras, se encuentra limitado tanto por la norma general (Artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 que no permite el pago de más de 50 horas extras mensuales) como por la Distrital (Artículo 4 del Acuerdo 03 de 1999 modificado por el Artículo 3 del Acuerdo 093 de 1999), razón por la que se justifica esa liquidación [...], por resultar más beneficioso al trabajador».

Afirma que «[...] por la naturaleza de la actividad desarrollada por los vigilantes vinculados a [tal] CARCEL [...], dicha labor no está sujeta a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial, que es regulada por la SECRETARÍA DISTRITAL DE GOBIERNO como Ente Empleador», en la Resolución 153 de 2009.

Que «[...] ha pagado el valor del trabajo suplementario, el trabajo habitual de domingos y festivos diurno con el 100%, el recargo ordinario nocturno con el 35%, el recargo dominical festivo nocturno con el 35%, de conformidad con lo señalado en los Artículos 35 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, reconociendo y pagando así la jornada mixta, dominical y festivo habitual y concedido los descansos remunerados de 24 horas [...] por 24 horas de labor».

## II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto fue concedido en audiencia de conciliación de 13 de mayo de 2016 (ff. 312 y 313) y admitido por esta Corporación a través de auto de 7 de julio de 2017 (f. 348), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los Artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 5 de marzo de 2018 (f. 354), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, de conformidad con lo establecido en el Artículo 247 del CPACA, oportunidad aprovechada por todos ellos.

2.1.1 Parte demandante (ff. 359 a 362). Por intermedio de apoderado, expone que la sentencia adoptada está ajustada a derecho porque satisface las directrices jurisprudenciales emitidas de esta Corporación, razón por la que debe confirmarse.

2.1.2 Entidad demandada (ff. 363 a 369 vuelto). A través de apoderado, reitera los argumentos expuestos en la apelación e insiste en que se encuentran probadas las excepciones de pago, cobro de lo no debido y prescripción.

2.1.3 Ministerio Público (ff. 370 a 378). El procurador tercero delegado ante esta Corporación presentó concepto en el que solicita que la sentencia recurrida sea confirmada, toda vez que «[...] la liquidación de los recargos nocturnos, dominicales y feriados efectuada por la entidad no resulta acorde al ordenamiento jurídico, habida cuenta [de] que el demandante tiene derecho a que la liquidación se efectúe de acuerdo a la jornada [sic] máxima de 190 y no de 240 [horas] [...], dichos recargos han sido liquidados en una menor proporción a lo que realmente corresponde, razón por la cual es procedente la reliquidación de los mismos con [esa] base [...], descontando las diferencias que se hubiesen cancelado [...]».

### III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del Artículo 150 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Cuestión previa. La señora consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez profirió los autos de 8 de noviembre de 2013 y 17 de junio de 2014<sup>3</sup>, como integrante del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la sección segunda), motivo por el cual, por economía procesal, los restantes miembros de la Sala aceptan el impedimento que le asiste, con base en los Artículos 130 y 131 (numeral 3) del CPACA, en armonía con el 141 (numeral 2) del Código de General del Proceso<sup>4</sup>, y se le separa de su conocimiento, con el fin de garantizar la imparcialidad de la justicia.

3.3 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al demandante, en su condición de empleado del cuerpo de custodia y vigilancia de la dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá, le asiste derecho al reconocimiento de horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos ordinarios y diurnos y nocturnos en días dominicales y festivos, liquidados con el número de horas laborales previstas para la generalidad de los empleados públicos, esto es, 44 horas semanales y 190 mensuales, con la consecuente afectación en la liquidación de los factores salariales y prestaciones sociales (incluidas las cesantías).

3.4 Marco normativo. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

3.4.1 Jornada máxima laboral del personal que pertenece al cuerpo de custodia y vigilancia de la dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá. Al respecto, se tiene que la Ley 6.<sup>a</sup> de 1945<sup>5</sup>, en su Artículo 3, contempló el límite de la jornada laboral en 8 horas al día y 48 semanales<sup>6</sup>. Posteriormente, dicha jornada fue prevista en el Artículo 33 del Decreto ley 1042 de 1978, que, en principio, rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional; no obstante, el Artículo 2<sup>7</sup> de la Ley 27 de 1992 hizo extensivo a los servidores de las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas en la precitada norma, en los Decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987.

La extensión de la anterior normativa fue reiterada por el Artículo 87, inciso segundo, de la Ley 443 de 1998, que previó:

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.

Entre los empleados a que se refirió el Artículo 3 de la precitada Ley 443 de 1998, están los que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del nivel departamental, distrital y municipal y sus entes descentralizados. De la misma manera, lo sostuvo este Cuerpo Colegiado<sup>8</sup>, que, respecto de la aplicación del Decreto 1042 de 1978, dijo:

[...] sobre el tema dirá la Sala que el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien tal precepto en un comienzo rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional el Artículo 2<sup>o</sup> 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 2044 y 3074 de 1978, y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987; tal normatividad fue reiterada igualmente por el Artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998.

Cabe precisar que aunque la Ley 443 fue derogada por la 909 de 2004, con excepción de los Artículos 24, 58, 81 y 82, en relación con la ordenación de la jornada laboral, esta última normativa consagró en su Artículo 22:

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 colige entonces que el régimen de jornada laboral regulado por el Decreto 1042 de 1978 también es aplicable a los empleados territoriales, que, en su Artículo 33, preceptúa la jornada máxima de trabajo así: 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.

Conforme a lo anterior, las actividades que sean desarrolladas de manera discontinua, intermitente o de simple vigilancia se les podrá señalar una jornada de trabajo de 12 horas diarias y hasta de 66 horas a la semana.

Ahora bien, frente al caso particular del personal vinculado a la dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá, resulta oportuno anotar que, conforme al Decreto distrital 539 de 2006<sup>9</sup>, esta era una dependencia de la secretaría distrital de gobierno<sup>10</sup>, la cual expidió la Resolución 153 de 31 de marzo de 2009<sup>11</sup>, en la que determinó en su Artículo 2.º que «[e]l horario de trabajo de los servidores públicos que pertenecen al Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital será en turnos de 24 horas de labor consecutivas, que van de 7.00 a.m. a 7. a.m. del día siguiente, seguidos por 24 horas de descanso».

Al respecto, esta Corporación<sup>12</sup> ha precisado:

[...] si bien existen labores que implican una disponibilidad permanente, como las realizadas por el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá D.C., que tornan razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una jornada especial, también lo es que la misma, ha de ser regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a dicha jornada laboral excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978, en cuanto al límite de la jornada laboral y su forma de remuneración<sup>13</sup>.

Lo anterior, por cuanto un régimen especial tendiente a excluir o disminuir los beneficios laborales mínimos correspondientes a la jornada ordinaria previstos en el Decreto 1042 de 1978, en detrimento del personal que desarrolla dicha función, no consulta principios constitucionales como la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53) y resulta por tanto violatorio del Artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, así como del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Políticos<sup>14</sup>, Artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador "...d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos", y los Convenios número 1 (Ley 129 de 1931) y 30 (Ley 23 de 1967) de la OIT, por los cuales se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales públicas o privadas a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales.

Atendiendo el precedente sobre jornada laboral que rige en el Distrito de Bogotá para el personal de custodia y vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, se tiene que con fundamento en la Resolución 153 de 31 de marzo de 2009, al igual que en el caso del personal de bomberos, dicha jornada excede los parámetros de la jornada laboral en el sector oficial, impone condiciones físicas del empleo que no son compatibles con la dignidad de la persona, desconoce los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (art. 53 C.P.), vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad de los beneficios mínimos del personal que labora en la entidad demandada, así como la competencia de las autoridades nacionales para regular la jornada laboral en el sector público, razones suficientes para considerar que tal regulación no puede constituir fuente normativa en materia de jornada laboral del personal de custodia y vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres.

La Sala destaca la protección constitucional que tiene la jornada laboral, la cual, en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite inquebrantable para el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo, pues ha de tener en cuenta que el Artículo 53 de la C.P. identifica como principios mínimos fundamentales del trabajo, la igualdad de oportunidades para los trabajadores; la remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la garantía del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, premisas que se verían desconocidas con la imposición de jornadas laborales excesivas incompatibles con la dignidad humana y las garantías mínimas del trabajador, y por ende, al ejercer la facultad de regulación del horario de trabajo no le es dado desconocer el ordenamiento legal sobre jornada laboral, esto es, el Decreto 1042 de 1978 que establece una jornada máxima legal de 44 horas semanales.

Posteriormente, la Resolución 29 de 15 de enero de 2010<sup>15</sup> previó «[...] como jornada máxima especial laboral para los servidores públicos que pertenecen al Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres, la de sesenta y seis (66) horas semanales»<sup>16</sup>, no obstante, dicho acto administrativo fue derogado por la Resolución 105 de 2011, bajo el fundamento de que aquel atentaba contra el principio de favorabilidad de ese personal, toda vez que imponía una jornada superior a la establecida para el sector oficial en el Decreto 1042 de 1978, esto es, 44 horas semanales, de lo que se advierte que no existe regulación especial vigente sobre la jornada laboral

para los mencionados empleados públicos, por ende, para tal efecto debe acudirse al aludido Decreto.

3.4.2 Horas extras y el límite dispuesto por el Artículo 4.º del acuerdo 3 de 1999 del concejo de Bogotá. Las horas extras corresponden al trabajo que se presta en horas distintas al de la jornada ordinaria laboral y se encuentran reguladas en los Artículos 36 y 37 del Decreto ley 1042 de 1978 así:

ARTÍCULO 36.- 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 éste hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

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

a) 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 al Nivel Asistencial hasta el grado 19.

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 cincuenta (50) horas extras mensuales.

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

ARTÍCULO 37.- De las horas extras nocturnas. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 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.

Empero, los empleados públicos del Distrito Capital, además de cumplir los requisitos para que proceda el pago de las horas extras, tal como lo consagran los Artículos transcritos, deben colmar lo dispuesto en el inciso final del Artículo 4 del acuerdo 3 de 1999 del concejo de Bogotá, modificado por el Artículo 3 del acuerdo 9 de ese mismo año<sup>17</sup>, el cual prescribe:

Horas extras, dominicales y festivos: Para que se proceda al reconocimiento de descansos compensatorios o a la remuneración por horas extras trabajadas de conformidad con las disposiciones legales vigentes, el empleado debe pertenecer al nivel técnico, administrativo y operativo.

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

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

Con base en lo anterior, se infiere que los empleados públicos del Distrito Capital no pueden devengar por concepto de horas extras un valor superior al 50% de lo que perciban por asignación básica mensual.

3.4.3 Recargos nocturnos, dominicales y festivos y días compensatorios. Los recargos nocturnos se reconocen a aquellos empleados que cumplen su jornada laboral total o parcialmente en horas nocturnas, es decir, que en algunos casos se presenta una jornada mixta, de manera que causan el derecho a que se les reconozca el 35% adicional sobre la asignación mensual.

Sobre este tema, el Artículo 35 del Decreto ley 1042 de 1978 dispuso:

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 incluya 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 períodos de descanso.

Los incrementos de salario a que se refieren los Artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este Artículo.

De acuerdo con esta norma, no cabe duda de que el personal que presta sus servicios en el cuerpo de custodia y vigilancia de la dirección cárcel

distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá lo hacen en jornada mixta, en la medida en que trabajan 24 horas continuas y consecutivas, esto es, desde las 7:00 de la mañana hasta las 7:00 de la mañana del día siguiente, durante jornada diurna y nocturna, con descanso intermedio de 24 horas<sup>18</sup>.

Por su parte, respecto de los recargos dominicales y festivos, el Artículo 39 del Decreto ley 1042 de 1978 establece:

Del trabajo ordinario en días 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 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.

Así las cosas, resulta evidente que el trabajo que se realiza en días previstos por la ley como de descanso obligatorio (dominicales y festivos), debe ser compensado con una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, 200%, si es diurno, y 235%, en caso de ser nocturno, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.

3.5 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Certificaciones expedidas por la directora de gestión humana de la secretaría distrital de gobierno de Bogotá el 22 de febrero de 2013 y 31 de marzo de 2014 (ff. 37 del cuaderno principal y 15 a 20 del cuaderno anexo 1, respectivamente), en las que se constata que el demandante:

(i) Laboró para el Distrito Capital-secretaría de gobierno-dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres desde el 4 de febrero de 2010 hasta el 18 de junio de 2012 y del 25 de noviembre de 2013 al día de la expedición de tales certificaciones.

(ii) Ha desempeñado el cargo de guardián, código 485, grado 13.

(iii) Sus asignaciones mensuales correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012 (parcial) fueron las siguientes:

AÑO	PERÍODO	ASIGNACIÓN BÁSICA
2010	1º. de enero a 31 de enero de 2010	\$953.600
	1º. de febrero al 31 de diciembre de 2010	\$1.059.556
2011	1º. de enero a 31 de octubre de 2011	\$1.102.363
	1º. de noviembre al 31 de diciembre de 2011	\$1.162.704
2012	1º. de enero a 31 de mayo de 2012	\$1.226.653
	1º. al 18 de junio de 2012 <sup>19</sup>	\$735.992

(iv) Causó recargos nocturnos y festivos diurnos y nocturnos, los cuales fueron liquidados en porcentajes del 35%, 200% y 235%, respectivamente, para los años de 2010 a 2012.

b) Escrito de 4 de febrero de 2013 (ff. 10 a 12), con el que el actor solicitó de la demandada la liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y la consecuente reliquidación de los factores salariales y prestacionales, incluidas sus cesantías, con su respectiva indexación, desde el 2010.

c) Oficio 20133330056401 de 4 de marzo de 2013 (ff. 16 y 18), por medio del cual se le negó al accionante la petición relacionada en la letra anterior, contra el cual interpuso recurso de reposición (ff. 19 a 29), desatado de manera desfavorable con Resolución 133 de 18 de abril de ese año (ff. 30 a 34).

d) Planillas que dan cuenta de los recargos causados por el actor durante los años 2010 a 2012 (ff. 15 a 165 del cuaderno anexo 1).

De las pruebas relacionadas, se infiere que el actor se vinculó al Distrito Capital-secretaría de gobierno-dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres y, para el 2012 se desempeñaba como guardián, código, grado 13, condición en la que pidió de la demandada el reconocimiento de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y la consecuente reliquidación de los factores salariales y prestacionales, incluidas sus cesantías, desde el 2010, por haber laborado más de las 44 horas semanales establecidas como jornada laboral para los empleados públicos territoriales, entre los cuales se encuentra él, lo cual le fue negado por la Administración.

En principio, resulta oportuno precisar que, en relación con la jornada laboral del cuerpo de custodia y vigilancia de la dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres, la Sala evoca e insiste en el criterio expuesto por esta Corporación, consistente en que se debe acudir, para tal propósito, a lo previsto en el Artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, según el cual la jornada laboral semanal ordinaria es de 44 horas, por cuanto falta una regulación especial sobre la materia, puesto que, como se advirtió, la Resolución 29 de 15 de enero de 2010 que determinó una jornada laboral de 66 horas semanales, fue derogada por la Resolución 105 de 2011.

Asimismo, contrario a lo dicho por la demandada, se aclara que en la Resolución 153 de 31 de marzo de 2009<sup>20</sup> no se estableció una jornada laboral para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia de la dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá, sino unos turnos de labor, por tanto, una cosa es establecer el sistema de turnos para la prestación del servicio y otra diferente, la regulación de tal jornada, reservada al legislador, por lo que es evidente que ante la ausencia de normativa especial debe acudirse a la general, que, se insiste, es el Decreto 1042 de 1978, que para el caso específico dispone 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*».

En virtud de lo anterior, para decidir el asunto que ahora nos ocupa, se debe aplicar, como se explicó, el Decreto 1042 de 1978, razón por la cual procede el reconocimiento del trabajo suplementario para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos previstos en normas laborales, es decir, dentro de los límites allí fijados y la remuneración determinada para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y festivos, cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno en dominicales y festivos.

Es decir, que ante la falta de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de custodia y vigilancia de la dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá, debe aplicarse, tal como lo determinó el *a quo*, el Artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que dispone que toda labor realizada en exceso de las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras, las cuales deben ser remuneradas en las condiciones previstas en los Artículos 35 y siguientes de la referida norma, previa deducción de los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador.

Por otra parte, el acuerdo 3 de 8 de diciembre de 1999, proferido por el concejo distrital de Bogotá, que en relación con las horas extras de los funcionarios distritales fijó un límite máximo del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario<sup>21</sup>, no será considerado por la Sala, toda vez que por disposición del Artículo 150, numeral 19, letra e, de la Constitución Política, el régimen salarial de los empleados públicos es de creación legal, competencia reservada exclusivamente al Congreso.

Ahora bien, el límite legal, de las 44 horas, determina el tope de horas semanales laboradas, que debe multiplicarse por 52 semanas, que son las que tiene el año, y dividir el resultado entre 12 meses, para obtener 190 horas al mes, motivo por el cual el parámetro que aplica la accionada, conforme a su sistema de liquidación de recargos, que según su parecer es adecuado y tiene como fundamento la norma básica de 8 horas diarias por 30 días al mes, no es correcto, por lo que era procedente para la liquidación de las horas extras (trabajo adicional a la jornada laboral establecida), tener en cuenta dicha base (190 horas) para obtener el valor de la hora ordinaria.

Aunque en el proceso no obra autorización del desempeño de funciones en horas extras, conforme lo exige el Artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, se sobreentiende que al establecerse el sistema de turnos<sup>22</sup> esta va implícita, máxime cuando la entidad accionada demuestra que ha pagado horas extras (en algunos años) y recargos ordinario nocturno, festivos diurno y nocturno, pues allegó los soportes correspondientes y además informó que la jornada laboral que tuvo en cuenta para su liquidación fue la de 240 horas mensuales, computadas de lunes a sábado, por lo que «[...] *todo lo que exceda de esta jornada representa hora extra y de acuerdo al horario de trabajo es extra diurna o nocturna. En lo relacionado a los festivos todo lo laborado en estas fechas, se liquida como dominicales diurno o nocturno, siendo siempre hora extra*».

Lo anterior significa que el pago de las horas extras, las cuales no se pueden pagar en un monto superior a 50 horas mensuales<sup>23</sup>, y los distintos recargos los efectuó la accionada con base en 240 horas mensuales y no en 190 para fijar el valor de la hora ordinaria.

Así las cosas, como en el presente asunto no existe medio probatorio que dé cuenta, de manera expresa y categórica, del número de horas extras laboradas por el demandante, se infiere que por laborar en un sistema de turnos de 24 horas por 24 de descanso, le correspondía trabajar un promedio de 360 horas mensuales, lo cual supera el tope legal de las 190 horas.

En ese orden de ideas, se colige que si el actor prestó sus servicios 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces laboró 170 horas adicionales a la jornada ordinaria, tiempo suplementario, del cual solo se pueden pagar en dinero 50 horas extras al mes, de conformidad con los límites establecidos en el Artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el Artículo 13 del Decreto ley 10 de 1989<sup>24</sup>.

Para ello, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con las planillas aportadas a las presentes diligencias que dan cuenta del trabajo suplementario y las certificaciones de los emolumentos devengados, la Administración le ha cancelado al accionante horas extras en porcentajes del 100%, 175%, 225% y 275%, durante los años 2010 a 2012 (hasta el mes de junio), sin que se tenga información posterior, por lo que al momento de reconocer el aludido trabajo suplementario deberá descontar las sumas pagadas por ese concepto en dicho interregno.

Se tiene que en el asunto *sub examine*, se superó el tope máximo de horas extras (50) en 120, pues, como se expuso en párrafos precedentes laboró 170 horas extras, las cuales se pagan con tiempo compensatorio, en razón de un (1) día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo, es decir, 15 días de descanso al mes (120/8=15)<sup>25</sup>, que se demostró el accionante ya había disfrutado, por lo que el tiempo extra que excedió el

límite legal permitido, fue debidamente compensado con el turno de descanso de 24 horas, por lo tanto, carece de asidero jurídico tal súplica y deberá ser negada.

Por otra parte, como al demandante se le cancelaron los recargos ordinario nocturno (35%), festivo diurno (200%) y festivo nocturno (235%), pero con una base de 240 horas mensuales (ff. 45 a 47), se confirma esta forma de realizar el cálculo, tal como lo determinó el *a quo*, al ordenar la respectiva reliquidación con el denominador de 190 horas mensuales.

De igual manera, se ha de proceder respecto del reconocimiento del trabajo ordinario en días dominicales y festivos, pues la demandada lo hizo en consideración a 240 horas mensuales y no a 190 sobre la asignación básica mensual, lo cual va en desmedro del accionante; y, por ende, se efectuará el reajuste de los dominicales y festivos laborados con este último cálculo.

Ahora bien, según el Artículo 39 del Decreto 1042 de 1978<sup>26</sup>, además del pago por trabajo en dominical y festivo cuando es habitual, se debe conceder el disfrute de un día compensatorio, sin perjuicio de la remuneración a que se tiene derecho; sin embargo, se ha demostrado que el actor descansaba 24 horas por cada 24 de labor; por ende, le asiste razón al *a quo* en denegar este pedimento, por comprobarse que ese beneficio fue concedido.

En lo relacionado con la liquidación de cesantías, el Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en sus letras c y d, dispone como factor salarial para tal efecto, los dominicales y feriados, y las horas extras, motivo por el cual se deberán tener en cuenta para su cálculo y pago, como acertadamente se ordenó.

En el mismo sentido, en cuanto al reajuste de los demás emolumentos, tales como bonificaciones, primas de riesgo, antigüedad, servicios, vacaciones y navidad y vacaciones, no se tienen en cuenta las horas extras y recargos, tal como lo estableció el *a quo*, puesto que los Artículos 1.º del Decreto 306 de 1975<sup>27</sup>, 45, 49 y 59 del Decreto 1042 de 1978 y 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978 no los prevén como factores salariales para su liquidación.

En estos términos, la Sala estima que la fórmula utilizada por la entidad para el pago del trabajo suplementario, de los recargos ordinarios nocturnos y de los recargos festivos diurnos y nocturnos sobre una jornada ordinaria de más de 190 horas, es inadecuada pues, como se precisó anteriormente, la jornada máxima semanal es de 44 horas.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia de primera sentencia, que accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda.

Por último, acerca de la representación actual de la cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá en cabeza de la secretaría de seguridad, convivencia y justicia, resulta oportuno precisar que, en atención a lo dispuesto en el Decreto distrital 539 de 2006<sup>28</sup>, modificado por los Decretos distritales 413 de 2010 y 280 de 2011, la dirección de aquella se encontraba adscrita a la secretaría distrital de gobierno, motivo por el cual la presente controversia se adelantó contra el Distrito Capital-secretaría de gobierno-dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá.

Sin embargo, se advierte que mediante el acuerdo 637 de 2016<sup>29</sup>, el concejo de Bogotá, D. C., creó la secretaría distrital de seguridad, convivencia y justicia «[...] como un organismo del sector central con autonomía administrativa y financiera [...]»<sup>30</sup>, que tiene como función, entre otras, la de «[...]derar, orientar y coordinar la política pública para el mejoramiento de la política carcelaria y penitenciaria en la ciudad de Bogotá y la atención al pos penado»<sup>31</sup>.

En virtud de lo anterior, el Decreto distrital 413 de 2016 (Artículo 6.º) estableció su estructura organizacional, dentro de la cual se encuentra la dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá y, por ende, dispuso que «[...]os negocios, funciones y asuntos que venían siendo atendidos por las Direcciones de Seguridad y de la Cárcel Distrital y las relacionadas con acceso a la justicia de la Dirección de Derechos Humanos y Apoyo a la Justicia de la Subsecretaría de Asuntos para la Convivencia y Seguridad Ciudadana de la Secretaría Distrital de Gobierno, serán asumido por la Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia en el estado en que se encuentren», como la controversia que ahora nos ocupa.

Así las cosas, comoquiera que quien se halla habilitado legalmente para ello confirió poder en nombre de la accionada, se reconocerá personería al profesional del derecho destinatario de aquel (f. 420)

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio Público,

FALLA:

1º. Declárase fundado el impedimento que le asiste a la consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez, de conformidad con lo expuesto en la motiva.

2º. Confírmase la sentencia proferida el 14 de enero de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la sección segunda), que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Jhon Jairo Mahecha Fajardo contra el Distrito Capital-secretaría distrital de seguridad, convivencia y justicia-dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá, conforme a la parte motiva.

3.º Reconócese personería al abogado Javier Enrique Moreno Nieto, identificado con cédula de ciudadanía 11.342.637 y tarjeta profesional 58.654 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en representación de la parte demandada, en los términos del poder que obra en el folio 420 del expediente.

4.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Impedida

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Fecha correspondiente al momento de interrupción de la prescripción trienal que opera en materia laboral, según lo disponen los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, toda vez que la parte demandante formuló derecho de petición ante la entidad demandada solicitando el pago de horas extras y demás reconocimientos el 4 de febrero de 2013 (ffs. 10-12), razón por la cual el derecho al pago de los emolumentos que se hubieren causado con anterioridad al 4 de febrero se encuentran prescritos.

2. Consejo de Estado, sentencia 268-06 de 28 de febrero de 2008, actor: Claudia Posada Agilar, M.P. doctor Jaime Moreno García.

3. Admisorio de la demanda (ff. 131 a 134) y de su reforma (ff. 168 a 171), respectivamente.

4. El Código de Procedimiento Civil fue derogado por la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), que para la jurisdicción contencioso administrativa comenzó a regir en enero de 2014.

5. «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo».

6. Dicha norma fue adicionada por la Ley 64 de 1946, que estableció que la jornada diurna está comprendida entre las 6:00 y las 18:00 horas, y la ordinaria nocturna entre las 18:00 y las 6:00 horas.

7. «Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles Nacional, Departamental, Distrital diferentes al Distrito Capital, Municipal y sus entes descentralizados, en las Asambleas Departamentales, en los Concejos Municipales y Distritales y en las Juntas Administradoras Locales, excepto las Unidades de Apoyo que requieran los diputados y Concejales».

8. Sentencia de 21 de noviembre de 2013, expediente: 25000232500020110011001 (0267-2013), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero

9. «Por el cual se determina el objeto, la estructura organizacional y las funciones de la Secretaría Distrital de Gobierno y se dictan otras disposiciones».

10. No obstante, el Decreto distrital 413 de 2016 modificó tal situación al disponer que la dirección cárcel distrital de varones y anexo de mujeres de Bogotá haría parte de la estructura de la secretaría distrital de seguridad, convivencia y justicia.

11. «Por el cual se establece el horario de trabajo de los servidores públicos de la Secretaría Distrital de Gobierno».

12. Sentencia de 11 de noviembre de 2016, expediente: 25000-23-25-000-2011-00201-01, C. P. César Palomino Cortés, que reiteró el precedente impartido por esta Colegiatura en fallos de 21 de noviembre de 2013, expediente: 25000-23-25-000-2011-0011001, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, 1.º de julio, expediente: 25000-23-25-000-2011-00108-01, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, y 17 de septiembre de 2015, expediente: 25000-23-25-000-2011-00068-01, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, y 21 de enero de 2016, expediente: 25000-23-25-000-2011-00735-01, C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

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

14. Aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968.

15. «Por el cual se establece la jornada máxima laboral del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres».

16. Artículo 1.º.

17. «Por el cual se dictan algunas medidas en materia salarial para el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones».

18. Artículo 2 de la Resolución 153 de 31 de marzo de 2009.

19. Fecha de corte de la certificación emitida.

20. «Por el cual se establece el horario de trabajo de los servidores públicos de la Secretaría Distrital de Gobierno».

21. Artículo 4 (modificado por el 3 del acuerdo distrital 9 de 1999): «Horas extras dominicales y festivos: para que se proceda al reconocimiento de descansos compensatorios o a la remuneración por horas extras trabajadas de conformidad las disposiciones legales vigentes, el empleado debe pertenecer al nivel técnico, administrativo y operativo.

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

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

22. Resolución 153 de 31 de marzo de 2009.

23. De conformidad con el Artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, según el cual «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.

[...]

*d) En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales. Modificado por el Artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. El literal quedó así: "En ningún caso podrá pagarse más de 50 horas extras mensuales"».*

24. «Artículo 13. Para efectos del pago de horas extras, de dominicales y festivos o del reconocimiento del descanso compensatorio, los literales a. y d. del Artículo 36 del Decreto-ley 1042 de 1978; y el literal a. del Artículo 40 del mismo Decreto, quedarán así:

a. El empleo deberá pertenecer al Nivel Operativo, hasta el grado 17 del Nivel Administrativo y hasta el grado 09 del Nivel Técnico.

b. En ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales».

25. Decreto 1042 de 1978, Artículo 36, letra 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».

26. Decreto 1042 de 1978, Artículo 39. «Del trabajo ordinario en días 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 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 involucrado 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».

27. «Por el cual se reglamentan las Primas de Riesgo y Alimentación para el personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá y se dictan otras disposiciones».

28. «Por el cual se determina el objeto, la estructura organizacional y las funciones de la Secretaría Distrital de Gobierno y se dictan otras disposiciones».

29. «Por el cual se crean el Sector Administrativo de Seguridad, Convivencia y Justicia, la Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia, se modifica parcialmente el Acuerdo Distrital 257 de 2006 y se dictan otras disposiciones».

30. Artículo 4.º del acuerdo 637 de 2016.

31. Letra f del Artículo 5 *ibidem*, reproducida por la letra n del Artículo 3.º del Decreto 413 de 2016.

---

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 18:30:09