



Sentencia 03657 de 2010 Consejo de Estado

COMISARIO DE FAMILIA - Empleo de nivel profesional / HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVO - Reconocimiento / RECARGO NOCTURNO - Compensación

El trabajador que labore en forma ordinaria en domingos y festivos de que trata el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 tiene derecho a un recargo del 100 % del día de trabajo más un día de descanso compensatorio, cuya contraprestación se entiende involucrada en la asignación mensual, sin importar el nivel jerárquico al que pertenezca. El trabajo ocasional en dominicales y festivos, por su parte está regulado por los Decretos que anualmente establecen las escalas de asignación a los empleados de la rama ejecutiva así como por las normas distritales, siendo necesario para su reconocimiento, que el empleado pertenezca a determinado nivel (técnico, administrativo y operativo), de lo contrario, no tiene derecho. Lo anterior quiere decir que cuando las labores se desarrollen permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y nocturnas, estas últimas pueden compensarse con períodos de descanso. Ahora, si la jornada de trabajo es ordinariamente nocturna debe reconocerse un recargo del 35 por ciento sobre el valor de la asignación mensual. El argumento de la entidad para negar el recargo dominical y festivo no tiene asidero legal dado que el reconocimiento del recargo por trabajo ordinario dominical y festivo no está restringido a determinados niveles jerárquicos y en consecuencia, a los Comisarios de Familia les asiste el derecho al pago de dicho concepto, aun cuando pertenezcan al Nivel Profesional, como antes se estableció.

FUENTE FORMAL: LEY 4 DE 1992 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 34 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 39 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 35 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 40 / ACUERDO DISTRITAL 32 DE 1997 - ARTICULO 7

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

CONSEJERO PONENTE: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010)

Rad. No.: 25000-23-25-000-2005-03657-01(1456-07)

Actor: NILSA IDALID ERAZO ORTEGA

Demandado: BOGOTA, D.C. - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 15 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las súplicas de la demanda incoada por NILSA IDALID ERAZO ORTEGA contra Distrito Capital - Departamento Administrativo de Bienestar Social.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Oficio No. 2-2005-01922 de 18 de febrero de 2005, expedido por el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital por el cual negó el reconocimiento y pago de unas acreencias laborales.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago del recargo por trabajo nocturno, dominical y festivo a que tiene derecho por el tiempo laborado, ordenando como consecuencia la reliquidación de todas las prestaciones sociales así como los intereses moratorios; dando cumplimiento a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones relata los siguientes:

La actora se vinculó a la entidad demandada desde el 24 de marzo de 1991 y actualmente ejerce funciones de Comisaria Permanente en la Localidad de Bosa.

Manifiesta que la entidad la ha discriminado "injustamente" por lo siguiente:

A pesar de que ejerce las funciones de Comisaria Permanente en turnos de día y de noche, percibe una remuneración igual a la que devengan los Comisarios de Familia que laboran de día, además mientras ellos prestan sus servicios 45 horas semanales, ella trabaja 48.

Tampoco se le ha reconocido compensatorio alguno por trabajar domingos y festivos, ni el recargo correspondiente.

Para efectos de vacaciones se tienen en cuenta los sábados, mientras que a los Comisarios que laboran de día no, situación que implica para la actora la reducción de sus días de descanso. Siendo así, quienes se desempeñan en las Comisarías Permanentes tienen menos días de vacaciones que quienes prestan servicios en Comisarías que laboran de día.

La desigualdad se hace más notoria cuando la entidad no reconoce a los Comisarios Permanentes y sí a sus subalternos los siguientes conceptos: horas extras, recargos dominicales y festivos con la consecuente reliquidación de todas las prestaciones sociales.

De conformidad con la sentencia C-407 de 1997 la Corte Constitucional determinó que los cargos de Comisarios de Familia son de carrera y no pertenecen al Nivel Ejecutivo, razón por la cual, da a lugar al reconocimiento y pago de las acreencias laborales solicitadas.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se invocan los artículos 2, 13, 25 y 53; 33, 34, 35 y 39; 1, 9, 12, 13 21 y 130; 1494, 1602, 1603, 1613, 1614, 1615; 36, 62, 83, 84, 85, 132, 135, 136, 149, 168, 176, 177, 178, 179, 206, 267, de la Constitución Política, Decreto 1042 de 1978, Código Sustantivo del Trabajo, Código Civil, Código Contencioso Administrativo, respectivamente; Ley 4^a de 1992, Acuerdos Nos. 1 y 26 de 1995, 30 de 1996, 32 de 1997, 03 y 09 de 1999 expedidos por el Concejo Distrital de Bogotá D.C. (respecto de los cuales se presenta excepción de inconstitucionalidad).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 15 de marzo de 2007 negó las pretensiones de la demanda (fls.170 a 186), con fundamento en las razones que a continuación se exponen:

La entidad utilizó la modalidad de descansos compensatorios para retribuir los recargos nocturnos, dominicales y festivos, situación que se ajusta a lo dispuesto por el Decreto 1042 de 1978 artículos 35 y siguientes.

Los empleados públicos que ejercen el cargo de Jefe Local 212 - 18 en Comisaría de Familia de carácter permanente, desempeñan su labor en jornadas mixtas de cuatro días de trabajo por cuatro días de descanso, y los dominicales y festivos son compensados con períodos de descanso remunerado.

Respecto de la naturaleza del empleo de Jefe Local 212-18 advirtió que el Decreto 1568 de 1998, estableció que el Nivel Ejecutivo, comprende los empleos con funciones de dirección, coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar y desarrollar las políticas, planes, programas y proyectos de las entidades, y dicha norma al establecer el sistema de nomenclatura de los empleos del Nivel Ejecutivo incluyó en el artículo 10 el de Jefe Local 212-18.

El reconocimiento de horas extras, recargos por trabajo nocturno, dominical o festivo, está previsto para los niveles auxiliar, técnico y operativo, pero no para el ejecutivo. Sin embargo los empleados pertenecientes a éste último perciben otro tipo de prestaciones con el fin de compensar su dedicación y compromiso con la entidad, como gastos de representación, entre otros, los cuales ha venido percibiendo la actora.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante apeló (fls.209 a 221), aduciendo como razones de inconformidad las siguientes:

Insiste en que no es justo que los Comisarios Permanentes de Familia que laboran de día y de noche, dominicales y festivos perciban la misma remuneración que aquellos que solamente trabajan de lunes a viernes en jornada diurna.

Las funciones asignadas a los Comisarios de Familia no pueden ser calificadas como de dirección o gobierno, sino como administrativas de carácter polivalente, que no exigen una especial confianza de los Alcaldes quienes son sus nominadores, y agrega que la Corte Constitucional en sentencia C-483 de 2003 determinó que dichos funcionarios pertenecen al Nivel Profesional y no al Ejecutivo (de dirección y confianza).

Igualmente ninguna norma establece que los Comisarios de Familia que trabajan por turnos no tienen derecho a remuneración por concepto de trabajo suplementario, pues el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 al referirse a los dominicales y festivos expresa que "Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos lo que quiere decir es que además de los beneficios de que goza el trabajador por laborar por turnos, tiene derecho al doble del valor de un día de trabajo por laborar un domingo o festivo, más un día de descanso compensatorio".

La anterior es la interpretación que debe darse a la norma indicada en aplicación al principio "pro trabajador" consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política y según el cual en todo caso debe considerarse la situación más favorable al empleado.

Afirmó que los Comisarios de Familia no desempeñan su labor en jornadas mixtas, como lo considera el Juez de Primera Instancia, pues el trabajo por turnos no puede ser calificado como mixto, teniendo en cuenta que el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 prevé que la jornada es mixta cuando "las labores que se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas", confundiendo el A-quo dos figuras distintas cuales son "el complemento de una jornada ordinaria de trabajo diurna no terminada, que es lo que regula el último aparte del inciso 2º del artículo, con el sistema de turnos, las jornadas mixtas o la prestación de horas extras diurnas o nocturnas".

La errada interpretación del Tribunal lo llevó a la conclusión de que era posible utilizar los descansos compensatorios para retribuir los recargos

nocturnos, dominicales y festivos de acuerdo con los artículos 35 y siguientes del Decreto 1042 de 1978 que permite tal compensación en jornadas mixtas.

Para resolver, se

CONSIDERA

Acto Acusado.-

Oficio No. 2-2005-01922 de 18 de febrero de 2005, expedido por el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital por el cual negó a la actora el reconocimiento y pago de unas acreencias laborales.

Problema Jurídico.-

Se contrae a establecer si a la actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los recargos por trabajo nocturno, dominical y festivo en virtud de su labor como Comisaria de Familia Permanente - Jefe Local Código 212 Grado 18.

De lo probado en el proceso.-

Derecho de petición de 28 de enero de 2005 presentado por la actora ante el Departamento Administrativo de Bienestar Social, solicitando el pago de las horas extras y demás recargos a que tiene derecho en las condiciones señaladas por el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 (fls. 3 a 8).

Oficio No.2-2005-1922 de 18 de febrero de 2005 proferido por la Dirección de Gestión Humana mediante el cual negó la petición, aduciendo que "la solicitante no cumple los presupuestos de hecho de las normas que permiten el reconocimiento de recargos para el trabajo nocturno" porque consideró que esta clase de emolumentos se establecen para los empleados del nivel auxiliar, asistencial o técnico, y el cargo que ella desempeña pertenece al Nivel Ejecutivo (fls. 9 y 10).

Calificaciones por desempeño de servicios realizado a la actora para los años de 2001 a 2004, en el cargo de Comisaria de Familia - Jefe Local Código 212 Grado 18 (fls. 135 a 171 Cd No.3).

Obra a folios 61 y 119 del expediente certificación de la Subdirección Administrativa y Financiera de Talento Humano donde consta que las Comisarías Permanentes laboran 4 días de 7 a.m. a 7 p.m., descansan 4 y luego trabajan 4 días de 7 p.m. a 7 a.m.

Análisis Normativo.-

Las Comisarías Permanentes de Familia fueron creadas por el artículo 295 del Decreto 2737 de 1989¹ (Código del Menor) como entes de carácter políctico que funcionan durante las 24 horas del día en algunos municipios donde la densidad poblacional así lo requiera.

Los Comisarios de Familia en un principio fueron contemplados como funcionarios de libre nombramiento y remoción, sin embargo en sentencia C-406 de 1997 la Corte Constitucional declaró inexistente la expresión "con el carácter de libre nombramiento y remoción", contenida en el artículo 297 del Decreto - Ley 2737 de 1989, por considerar que el cargo de Comisario de Familia no puede estar clasificado como funcionario de libre nombramiento y remoción, teniendo en cuenta que no desempeñan funciones de gobierno o dirección, pues su labor se contrae

básicamente a la recepción de quejas y denuncias y a la imposición de sanciones previstas por el Concejo Distrital, así como a ejecutar una serie de normas dirigidas a la protección del menor y la familia.²

En el mismo sentido el parágrafo 2º del artículo 5º de la Ley 443 de 1998 establece que los Comisarios de Familia son de Carrera Administrativa. Por su parte el Decreto 1569 de 1998, en el artículo 11 dispone:

ARTICULO 11. DE LA NOMENCLATURA Y CLASIFICACION DE EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL. El nivel Profesional está integrado por los siguientes empleos:

...

350 Comisario de Familia.

... (se resalta)

De acuerdo con lo anterior el Comisario de Familia pertenece al Nivel Profesional, sin embargo, la señora NILSA IDALID ERAZO ORTEGA se encuentra inscrita en carrera administrativa en el cargo de Jefe Local Código 212 Grado 18 (fls. 135 a 171 Cd No.3), el cual está ubicado por el Decreto 1569 de 1998 en el nivel Ejecutivo (artículo 10). No obstante las modificaciones que tuvo la clasificación del cargo de Comisario de Familia que pasó del nivel Ejecutivo al Profesional, la demandante no fue desmejorada en su asignación sino que la entidad continuó pagando los emolumentos que corresponden al nivel Ejecutivo.

En orden a establecer la normatividad aplicable al caso particular es preciso señalar que el parágrafo de la Ley 27 de 1992 prevé que el régimen de personal del Distrito Capital continuará rigiéndose por las disposiciones contenidas en el Acuerdo 12 de 1987 del Concejo de Bogotá "Por el cual se adopta la Carrera Administrativa para la Administración Central en el Distrito de Bogotá", en todo aquello que dicha Ley no modifique o regule expresamente.

El Acuerdo señalado fue derogado por el Decreto Ley 1421 de 1993 "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá" que dispuso en su artículo 129 que en materia salarial y prestacional el Distrito se regiría por las disposiciones que se dictaron en desarrollo del artículo 12 de la Ley 4^a de 1992, cuando no exista norma especial, de acuerdo con el artículo 2º del mismo Decreto 1421 de 1993, se aplicará el Régimen Municipal cuando no exista norma especial.

De acuerdo con lo anterior, y en relación con el trabajo dominical y festivo el Decreto 1042 de 1978 que establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, etc., y fija las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos, dispone:

Artículo 39º - 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.

ARTICULO 40. DEL TRABAJO OCASIONAL EN DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS. <Artículo modificado por los Decretos anuales salariales> Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.

Para efectos de la liquidación y el pago de la remuneración de los empleados públicos que ocasionalmente laboren en días dominicales y festivos, se aplicarán las siguientes reglas:

a) <Modificado por los Decretos anuales salariales. Artículo modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

Los Secretarios Ejecutivos del despacho de los Ministros, Viceministros, Directores y Subdirectores de Departamento Administrativo y los Secretarios Ejecutivos de Grado 20 en adelante que desempeñen sus funciones en los Despachos de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Viceministros y Subdirectores de Departamento Administrativo, Secretarías Generales de Ministerios y Departamento Administrativo, tendrán derecho a devengar horas extras, dominicales y días festivos, siempre y cuando laboren en jornadas superiores a cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

...

PARÁGRAFO 1º. Los empleados públicos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación que tengan la obligación de participar en trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones, su liquidación y demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal, podrán devengar horas extras, dominicales y festivos, siempre y cuando estén comprendidos en los niveles asistencial, técnico y profesional. En ningún caso podrá pagarse mensualmente por el total de horas extras, dominicales y festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual de cada funcionario.

...

b) El trabajo deberá ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien éste hubiere delegado tal atribución, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las tareas que hayan de desempeñarse.

c) El reconocimiento del trabajo en dominical o festivo se hará por resolución motivada.

d) El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si éste fuere menor.

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

e) El disfrute del día de descanso compensatorio o la retribución en dinero, se reconocerán sin perjuicio de la asignación ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

f) La remuneración por el día de descanso compensatorio se entiende incluida en la asignación mensual.

Sobre el trabajo ocasional en dominicales y festivos los Decretos que anualmente fijan las escalas de los empleos de la rama ejecutiva, en desarrollo de la Ley 4^a de 1992, disponen:

"Horas extras, dominicales y festivos. 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.

Los Secretarios Ejecutivos del despacho de los Ministros, Viceministros, Directores y Subdirectores de Departamento Administrativo y los Secretarios Ejecutivos de Grado 20 en adelante que desempeñen sus funciones en los Despachos de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Viceministros y Subdirectores de Departamento Administrativo, Secretarías Generales de Ministerios y Departamento Administrativo, tendrán derecho a devengar horas extras, dominicales y días festivos, siempre y cuando laboren en jornadas superiores a cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

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

PARÁGRAFO 1º. Los empleados públicos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación que tengan la obligación de participar en trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones, su liquidación y demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal, podrán devengar horas extras, dominicales y festivos, siempre y cuando estén comprendidos en los niveles asistencial, técnico y profesional. En ningún caso podrá pagarse mensualmente por el total de horas extras, dominicales y festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual de cada funcionario.

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

En todo caso la autorización para laborar en horas extras solo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.³

En concordancia con lo anterior y para los servidores de la Administración Distrital de Bogotá el artículo 7º del Acuerdo Distrital No. 32 DE 1997 respecto de las horas extra dispone:

ARTICULO 7. HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS. Para que se proceda al reconocimiento de descansos compensatorios, el empleado debe pertenecer al nivel auxiliar, asistencial o técnico.

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.

Por su parte el Acuerdo 09 de 1999 proferido por el Concejo de Bogotá sobre el mismo punto prevé:

ARTICULO 3º.- El artículo 4 del Acuerdo 3 de 1999 quedará así: **HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS.** Para que se proceda al reconocimiento de descansos compensatorios o a la remuneración por horas extras laboradas, de conformidad a 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.

De acuerdo con las normas transcritas, el trabajador que labore en forma ordinaria en domingos y festivos de que trata el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 tiene derecho a un recargo del 100% del día de trabajo más un día de descanso compensatorio, cuya contraprestación se entiende involucrada en la asignación mensual, sin importar el nivel jerárquico al que pertenezca. El trabajo ocasional en dominicales y festivos, por su parte está regulado por los Decretos que anualmente establecen las escalas de asignación a los empleados de la rama ejecutiva así como por las normas distritales, siendo necesario para su reconocimiento, que el empleado pertenezca a determinado nivel (técnico, administrativo y operativo), de lo contrario, no tiene derecho.

Los Comisarios Permanentes de Familia deben prestar sus servicios en días domingos y festivos por razón de la naturaleza de su trabajo, lo que hace que sea ordinario, contrario a la hipótesis del artículo 40 del Decreto 1042 de 1978 y demás normas concordantes que define el trabajo ocasional en dominicales y festivos como aquel que se presta por razones especiales del servicio, requiriendo autorización previa.

Del recargo por trabajo nocturno.

Respecto del recargo por trabajo nocturno el Decreto 1042 de 1978 dispone:

ARTÍCULO 34. De la jornada ordinaria nocturna. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las a.m., del día siguiente.

Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.

No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

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

a. **ARTÍCULO 35º.- De las jornadas mixtas.** Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turno, 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.

Lo anterior quiere decir que cuando las labores se desarrollen permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y nocturnas, estas últimas pueden compensarse con períodos de descanso. Ahora, si la jornada de trabajo es ordinariamente nocturna debe reconocerse un recargo del 35% sobre el valor de la asignación mensual.

La jornada laboral de las Comisarías de Familia fue establecido por el Decreto Distrital 198 de 1998, así: 4 turnos en jornadas de 24 horas para 4 grupos de trabajadores, por 4 días de descanso.

Asimismo el Acuerdo 54 de 2001 modificado por el Acuerdo 229 de 2006 dispuso que las Comisarías en jornada permanente laborarían 24 horas de lunes a domingo en 2 turnos.

En el caso presente, a folios 119 y siguientes obra certificación de la Subdirección Administrativa y Financiera de Talento Humano donde consta que las Comisarías Permanentes laboran 4 días de 7 a.m. a 7 p.m., descansan 4 y luego trabajan 4 días de 7 p.m. a 7 a.m.

Sobre el tema que ocupa la atención de la Sala, la Sección Segunda – Subsección “A” de esta Corporación ya tuvo oportunidad de pronunciarse en sentencia de 18 de febrero de 2010⁴.

Caso concreto.-

El argumento de la entidad para negar el recargo dominical y festivo no tiene asidero legal dado que el reconocimiento del recargo por trabajo ordinario dominical y festivo no está restringido a determinados niveles jerárquicos y en consecuencia, a los Comisarios de Familia les asiste el derecho al pago de dicho concepto, aun cuando pertenezcan al Nivel Profesional, como antes se estableció.

No obstante, en el sub lite no es procedente el reconocimiento, teniendo en cuenta que la parte actora no aportó elemento probatorio alguno que permitiera establecer los turnos laborados en dominicales y festivos, razón por la cual no es posible acceder a las pretensiones por tal concepto.

En cuanto a la jornada laboral de la actora, no es mixta, es decir, que una misma jornada no abarca horas diurnas y nocturnas, pues los turnos se desarrollan en jornada diurna o nocturna, caso en el cual surge el derecho al reconocimiento del recargo establecido por el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978.

Sin embargo, en relación con esta pretensión la parte actora tampoco aportó elemento probatorio que permita establecer los turnos que laboró en jornada nocturna, y en consecuencia no es posible acceder a su reconocimiento y pago. De acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil las partes deben probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En consecuencia es del caso confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca pero por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia apelada de 15 de marzo de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Cópíese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior decisión la estudió y la aprobó la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Artículo derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006. Rige a partir del 8 de mayo de 2007.

2 *“La Corte considera, a la luz de las funciones de los comisarios de familia establecidas en los artículos 296 y 299 del Decreto-Ley 2737 de 1989, que estos funcionarios no desempeñan tareas de gobierno o dirección que ameriten que el respectivo cargo pueda ser considerado como de libre nombramiento y remoción. En efecto, las funciones de los comisarios se contraen, básicamente, a la recepción de quejas y denuncias, a la imposición de las sanciones policivas que establezcan los concejos municipales o distritales y a la práctica de medidas policivas tendentes, en forma exclusiva, a conjurar la situación o situaciones de peligro en que se encuentre un menor (Decreto-Ley 2737 de 1989, artículos 31 y 299). A juicio de esta Corporación, las funciones señaladas dejan claro el hecho de que los comisarios de familia son ejecutores de una serie de normas dirigidas a la protección del menor y la familia frente a cuyo diseño no tienen ninguna incidencia y, por ende, sus tareas no pueden ser calificadas como de dirección o gobierno.”*

3 Decreto 35 de 1999, Decreto 2720 de 2000 art. 13°, Decreto 2710 de 2000 art. 12°, Decreto 606 de 2002 art. 12°, Decreto 3535 de 2003 art. 12°, Decreto 4150 de 2004 art. 12°, Decreto 916 de 2005 art. 12°

4 *Exp. No. 1948-07 actor: Samira de la Natividad Roa Sarmiento, M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.*

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:24:01