



Función Pública

Sentencia 01733 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Rad. No. 25000-23-42-000-2012-01733-01 (1315-2014)

Actor: PABLO EMILIO LATORRE ROMERO

- Accionado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE GOBIERNO,

DIRECCIÓN CÁRCEL DISTRITAL DE VARONES Y ANEXO DE MUJERES

Asunto: Fallo ordinario Ley 1437-2011 - Prestaciones sociales

SO. 0005

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 24 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de los actos administrativos demandados.

ANTECEDENTES

El señor Pablo Emilio Latorre Romero en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad del Oficio 2012333010721 de 21 marzo de 2012, expedido por la Secretaría Distrital de Gobierno mediante el cual se da respuesta a una reclamación laboral que realizó, al igual que la Resolución 266 de 7 de junio de 2012, proferida por la Directora de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital mediante la cual se resolvió un recurso de reposición frente al oficio anteriormente aludido.

Pidió que se inaplique la Resolución 029 de 2010 emitida por la Secretaría de Gobierno Distrital, mediante la cual se fijó la jornada máxima laboral en 66 horas semanales, asunto que es competencia del legislador y no de un ente administrativo¹. También «decretar la inaplicación del inciso tercero del artículo cuarto del Acuerdo Distrital 3 de 1999 modificado por el inciso tercero del artículo 3 del Acuerdo Distrital 9 de 1999 que reza: "En ningún caso se pagará mensualmente, por concepto de horas extras, dominica/es o festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario", por cuanto dicho inciso desconoce de plano los principios Constitucionales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política respecto de la verdadera favorabilidad laboral; irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (artículos 33, 34, 36 y 39 del Decreto Nacional 1042 de 1978); desconocer la remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; violar el Pacto internacional de Derechos Económicos y Culturales de 16 de diciembre de 1966, así como por generar la figura del enriquecimiento sin causa a favor del Distrito Capital, toda vez que el demandante laboraba mensualmente 360 horas y el salario básico de todo empleado público nacional o territorial se cancela por jornadas mensuales de 190 horas (inciso primero, artículo 33 del Decreto 1042 de 1978), ello conlleva a desconocer de plano que el demandante tiene derecho al reconocimiento de 170 horas extras mensuales, de las cuales el Distrito Capital debe liquidar y cancelar 50 horas extras mensuales (literal c) del artículo 36 Decreto 1042 de 1978), así como el reconocimiento y pago de 15 días como compensatorios o sea 1 día a razón de cada 8 horas extras adicionales 112018= 15 días) conforme con lo consagrado en el literal e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, toda vez que la aplicación del tercer inciso del artículo cuarto del Acuerdo 9 de 1999 genera perjuicios económicos a la demandante estimados en \$800.000 mensuales.» (ff. 49 y 50).

A título de restablecimiento del derecho pidió que se ordene a la entidad demandada la liquidación y pago correspondiente por el período laborado desde el 13 de marzo de 2009-hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso, lo correspondiente a 50 horas extras diurnas mensuales en días ordinarios; 15 días de salario básico como tiempo compensatorio por cada mes laborado y proporcionalmente por los días que excedan de los meses de trabajo completos; los descansos compensatorios por haber laborado de manera ordinaria días domingos y festivos, por turnos sucesivos de 24 horas; los recargos nocturnos del 35% en días ordinarios y los recargos diurnos y nocturnos del 200% y 235%; la reliquidación y pago de las diferencias de las primas de servicio, vacaciones y navidad, sueldo de vacaciones y demás factores salariales y prestaciones percibidas, por la inclusión de las horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos y recargos festivos y nocturnos; reliquidación y pago de las diferencias en el auxilio de cesantías, conforme los ajustes realizados por horas extras, descansos

compensatorios, recargos nocturnos y recargos festivos diurnos y nocturnos.

Que la sentencia sea proferida de conformidad con los artículos 188, 187, 192 y 195 del CPACA.

HECHOS

El demandante ingresó el 25 de abril de 1986 como guardián código 485 grado 13 en la entidad accionada, mediante Resolución 0340 de 8 de abril de 1986, desempeñándose en la actualidad en el cargo de Teniente de Prisiones Código 457 Grado 19.

Solicitó a la entidad demandada el 14 de marzo de 2012 certificación correspondiente sobre sus salarios mensuales para los años 2008, 2009, 2010 y 2011, horario de trabajo semanal y mensual, liquidación detallada de recargos nocturnos, festivos diurnos y nocturnos.

La anterior solicitud fue contestada parcialmente por medio del Oficio 20123340107371 de 21 de marzo de 2012, expedido por la Directora de Gestión Humana. En donde se «indicó que no reporta horario de trabajo semanal y mensual como tampoco el fundamento legal de dicho horario. Hace mención que la Secretaría de Gobierno mediante Resolución 105 del 1 de marzo de 2011 derogo (sic) la Resolución 029 del 15 de enero de 2010» (f. 55).

Pidió el 13 de marzo de 2012 la liquidación y pago con la respectiva indexación de las horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, compensatorios y reliquidación de factores salariales, la cual fue contestada mediante Oficio de 21 de marzo de 2012, en donde se le negó lo solicitado. Por lo tanto, interpuso recurso de apelación contra el aludido oficio, el cual fue resuelto en la Resolución 266 de 7 de junio de 2012, en donde se confirmó la decisión anterior.

La respuesta fue dada el 21 de marzo de 2012 al apoderado del demandante, en donde se le certificó los turnos laborados por el actor entre el 1 de marzo de 2008 al 29 de febrero de 2012, sin embargo, afirmó, que realmente solamente aparecen los devengados con número de horas de recargos nocturnos ordinarios, diurnos y nocturnos festivos, para los años 2009 y 2010 apareciendo la misma información en donde se dice que se dio aplicación a la Resolución 029 de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó la parte demandante como normas vulneradas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 1, 2, 13, 25, 39, 48 y 53; Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y políticos: artículo 7; Normas legales: Decreto Ley 1042 de 1978 artículos 33, 34, 36, 37 y 39.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS INVOCADAS:

Estimó que se le vulneraron sus derechos, ya que siendo empleado público territorial del orden Distrital de Bogotá, se le negaron sus reclamaciones laborales bajo el pretexto que los trabajadores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres como empleados públicos tienen un régimen especial, y por ende un horario diferente por la actividad que desempeñan.

Trajo a colación el caso de los empleados de los Cuerpos de Bomberos, a los cuales se les negaba hasta el año 2006 las reclamaciones laborales bajo la evasiva que por tratarse de un servicio público que requería de su funcionamiento ininterrumpido se les podía colocar a laborar sin horario de trabajo y que contrario a lo anterior existían otros trabajos de servicios públicos esenciales en Colombia, como el de salud, acueducto y alcantarillado entre otros, que por índole del servicio no pueden ser interrumpidos pero a sus empleados y trabajadores sí se les reconocen sus derechos laborales.

Expresó que las personas que prestan sus servicios en los establecimientos carcelarios de orden nacional dependientes del INPEC tienen un régimen especial el cual no cobija a los empleados de la Cárcel Distrital.

Para el actor, la entidad demandada ha desconocido lo establecido por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1063 de 2000 de 16 de agosto de 2000 MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Al declarar inexecutable parcialmente el artículo 3 de la Ley 6 de 1945 el cual se aplica a trabajadores oficiales y que dejó claro la aplicabilidad del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos nacionales y territoriales.

Esa sentencia definió la duración máxima de la jornada legal de trabajo para todo tipo de trabajadores, declarando inexecutable la expresión «Sin embargo la duración máxima de las labores agrícolas, ganaderas o forestales será de (9) horas diarias o de cincuenta y cuatro (54) en la semana. Las actividades discontinuas o intermitentes, así como las de simple vigilancia, no podrán exceder de doce (12) horas diarias, a menos que el trabajador resida en el sitio de trabajo» (f. 67).

Dijo que la Resolución 153 de 31 de marzo de 2009 mediante la cual se estableció el horario de trabajo para los servidores públicos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital estableció turnos de 24 horas de labor consecutivas seguidas por 24 horas de descanso y que utilizando las horas de descanso se desconoce las garantías de los empleados públicos.

En lo referente a la Resolución 021 de 4 de enero de 2012 expedida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno, adujo que la entidad accionada se equivocó al utilizar en el caso del demandante lo establecido en el artículo 3 de la Ley 6 de 1945 por cuanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional estableció que esa disposición solo es aplicable para los trabajadores oficiales y no a los empleados

públicos siendo el accionante empleado público territorial sujeto al Decreto 1042 de 1978.

Igualmente, que al afirmar en la precitada resolución que los empleados públicos que prestan sus servicios en la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres cumplen labores discontinuas o intermitentes es incorrecto, por cuanto está probado en el expediente que los empleados en dicha institución cumplen con turnos de 24 horas.

Que la función que cumple el personal el Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres en especial los cargos de Guardianes, Cabos de Prisiones, Sargentos de Prisiones y Tenientes de Prisiones cumplen otras funciones más complejas aparte de la de los Celadores determinadas en el Decreto 85 de 1986 máxime si se analiza la función de vigilante privado o celador la cual está regulada en el Decreto Ley 356 de 1994 Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada. Concluyendo de lo anterior que el servicio que prestan los empleados públicos en las cárceles es más complejo que el que prestan los vigilantes privados y que por lo tanto no es procedente que la administración niegue el reconocimiento de las horas extras y compensatorios de conformidad con el Decreto 1042 de 1978.

Expresó que en el presente caso procede el reconocimiento económico de días compensatorios de acuerdo con lo establecido en el literal e) del artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978 y a los descansos compensatorios regulados en el artículo 39 del precitado decreto, por el trabajo permanente y ordinario en domingos y festivos.

Adujo también, que «La Entidad demandada pretende la aplicación de un principio de favorabilidad mal entendido, tanto que pretende aplicar un Acuerdo Distrital en concreto el artículo 4 del Acuerdo 3 de 1999, sobre el límite de las horas extras del 50% del salario básico mensual, el cual resulta del todo contrario a la realidad procesal, toda vez que el demandante conforme a las órdenes de sus superiores laboró 15 turnos mensuales de 24 horas (24 horas de trabajo por 24 horas de descanso), dichos turnos representan 360 horas mensuales de trabajo, según el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 establece que la asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el mismo, corresponde a jornadas de 44 horas a la semana o sea por 190 horas mensuales, lo que arroja 170 horas extras mensuales, las cuales no han sido reconocidas ni canceladas.

Por lo expuesto no es de recibo y menos aún Constitucional ni legal, sin generar para el Distrito Capital la figura del enriquecimiento sin causa (al dar aplicación a lo normado en el artículo 4 del Acuerdo 3 de 1999 modificado por el Acuerdo Distrital 9 de 1999, inaplicando de manera flagrante los principios Constitucionales consagrados en el artículo 53 de la Carta Política vigente), limitando el pago del trabajo suplementario al 50% del salario básico mensual a pesar de haber laborado 170 horas extras mensuales en la realidad, configurándose con ello un enriquecimiento sin causa a favor del Distrito Capital y contrario al patrimonio del demandante, figura reconocida por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en varios fallos; que se citarán y transcribirán en la parte pertinente de este memorial, ello por cuanto la demanda al negar de plano el reconocimiento de las 50 horas extras diurnas mensuales (máximo legal conforme al literal dl del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto 10 de 1989), tomando en consideración que el demandante al laborar 360 horas mensuales y cancelarle salario básico por 190 horas, se le adeuda 170 horas extras mensuales, ante la limitación legal de solo poder cancelar 50 horas extras mensuales, entonces las 120 horas extras restantes de cada mes laborado (15 turnos de 24 horas), da lugar a la aplicación de lo previsto en el literal e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, y por ende al dividir las 120 horas extras no reconocidas por el límite legal mencionado, por 8 horas diarias para reconocer días compensatorios, conforme con lo previsto en el literal e) del artículo 36 (aspecto reconocido en varios casos análogos por el H. Consejo de Estado), resulta que el Distrito Capital adeuda 15 días de salario básico por cada mes laborado (360 horas) por el demandante o fracción de meses, a título (sic) días compensatorios a la luz del literal (el del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978; de igual manera se reclama el reconocimiento y pago de los descansos compensatorios consagrados en el artículo 39 del Decreto

1042 de 1978, por cuanto el demandante laboro (sic) de manera habitual los días festivos y domingos de descanso obligatorio, sin que la demandada le concediera descanso compensatorio alguno, es importante dejar en claro ante el H. Magistrado Ponente, que una cosa es la prestación de turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso que el demandante cumplió por orden de sus superiores sin que existiera norma al respecto de dicho horario y otra la jornada máxima legal consagrada en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

En la demanda además se reclama la reliquidación de los recargos del 35%, 200% y 235% cancelados de manera incompleta por la demandada al Demandante toda vez que dichos recargos fueron calculados sobre la base de dividir el salario básico mensual en 240 horas y de allí aplicar los recargos, cuando por tratarse de un empleado público territorial a la luz de lo consagrado en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 el salario se cancela por una jornada laboral de 44 horas a la semana, o sea por 190 horas mensuales y no por 240 horas y mensuales, de ello se demuestra que los recargos cancelados con el factor de 240 horas y no sobre 190 horas se encuentran mal liquidados y por ende procede su reliquidación dividiendo el salario mensual por 190 horas y multiplicando las horas de recargos nocturnos ordinarios, recargos diurnos y nocturnos festivos por 35%, 200% y 235% respectivamente.

De igual manera se reclama en la demanda la reliquidación de primas y factores salariales con base en los ajustes de horas extras, días compensatorios, descansos compensatorios y reliquidación de recargos, conforme con el Decreto 1045 de 1978. Por último se incluye en la demanda la reliquidación de cesantía con los ajustes acorde con lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978.» (ff. 97 y 98).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Secretaría de Gobierno de Bogotá mediante apoderado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del accionante (ff. 138 - 148).

En cuanto a la jornada de trabajo para los empleados públicos, expresó que es diferente a la que se les aplica a las personas que prestan un servicio permanente con una jornada especial aplicando el sistema especial de turnos de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Ley 1042 de 1978 en el artículo 35.

Así mismo, que el decreto aludido estipuló la existencia de normas especiales, que reglamentan un sistema diferente al ordinario de las 44 horas semanales dependiendo de la naturaleza de la función y del sistema de turnos para cumplir esta jornada de custodia y vigilancia, que en sí misma es especial.

A renglón seguido narró, que en desarrollo del Decreto 1042 de 1978, el artículo 33 expidió la Resolución 153 de 31 de marzo de 2009, atendiendo a las facultades y atribuciones conferidas por el Decreto 101 de 2004, por el cual se estableció el horario de trabajo para los servidores públicos que pertenecen al Cuerpo de Custodia y Vigilancia y Dirección de la Cárcel Distrital en turnos de 24 horas de labor consecutiva que van de 7:00 a.m. a 7:00 am del día siguiente seguido de 24 horas de descanso. Aludiendo que en la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital sí existe regulación de la jornada especial que debe cumplir el personal el personal activo a la Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital.

Acontece además que mediante el Decreto 1421 de 1993 se emitió el Estatuto Orgánico de Bogotá, sin embargo, el Consejo de Estado mediante Concepto de 7 de febrero de 1997 M.P. Luis Camilo Osorio Isaza radicación número 945, sostuvo que las demás materias que hacen parte del Estatuto de Personal, previsto en el Decreto 991 de 1974 se encuentran vigentes por cuanto el Decreto 1421 de 1993 no reguló tal asunto y al respecto conceptuó lo siguiente:

«En las demás materias que hacen parte del Estado de personal se encuentran vigentes los artículos del Decreto 991 de 1974 que no haya sido objeto de especial posterior regulación por la Ley o por disposición de igual o mayor eficacia jurídica. En otros asuntos no regulados especialmente para el Distrito Capital, por la Ley 136 de 1994» (f. 141).

En efecto, que de acuerdo con las facultades otorgadas por el Decreto 101 de 2004 se dictó la Resolución 153 de 2009 que regula la jornada para el personal de la Cárcel Distrital sin desconocer lo establecido en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, relacionado con la jornada de trabajo ordinaria y el artículo 35 sobre la jornada mixta con la aplicabilidad de los porcentajes sobre los recargos nocturnos, diurnos, días dominicales, festivos de conformidad con el Decreto 1042 de 1998, siendo la aplicación de las mismas más favorables para el actor.

En suma, reiteró que no se puede someter al personal de la Cárcel Distrital y Anexo de Mujeres a una jornada ordinaria sino eminentemente a una especial y permanente que es la regulada por el ente empleador, como se resalta en la Resolución 153 de 2009.

Sobre el particular sostuvo que como quiera que existe normativa especial que regula la jornada especial por turnos en el servicio de custodia y vigilancia del Cuerpo Carcelario no tiene fundamento las pretensiones de la demanda.

Especificó que la Secretaría Distrital de Gobierno reconoció y pagó el salario al personal uniformado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres, de conformidad con las disposiciones vigentes, en especial las del sistema de turnos, teniendo en cuenta que su jornada de trabajo corresponde a 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso remunerado, esto es, como su jornada laboral ordinaria incluía horas diurnas y nocturnas, en consecuencia hasta el 2009 no generaron el reconocimiento y pago de horas extras sino recargos.

Mencionó que la liquidación y cancelación de los descansos compensatorios, se ha realizado de acuerdo con el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, inicialmente, en cuanto a los compensatorios en relación al derecho que se tiene a ellos por concepto de recargos estos son optativos, o se cancelaran con recargo del 35% o se concede el compensatorio.

Sobre el particular adujo que la entidad demandada reconoció y pagó los recargos por día ordinario con el 35% y en dominical y festivo se hizo un reconocimiento del 235% o sea, una remuneración doble (200%) más el recargo del 35% por ser nocturno. Razón por la cual no habría lugar a compensatorio alguno.

Afirmó que el personal de guardia se le ha pagado el valor de los recargos nocturnos y diurnos sin ningún límite y además se le concede el día de descanso compensatorio remunerado, reconocimiento que la mayoría de los casos duplica el salario del trabajador.

Para el caso que nos ocupa advirtió que, en caso de cancelar las horas extras al personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital, este tiene un límite de reconocimiento de 50 horas mensuales, la cual disminuye ostensiblemente los ingresos del trabajador, como efectivamente sucedió en el año 2010, razón por la cual la Administración recovó la Resolución 029 de 2010. Resaltando que el Distrito al respecto al tema lo regula el Acuerdo 09 de 1999 al establecer que se debe reconocer máximo el 50% de la remuneración básica mensual del funcionario.

Reseñó que con la decisión adoptada no se le vulneró el derecho a la igualdad del demandante.

Para finalizar definió como excepciones de fondo el pago de la obligación, la inexistencia de compensatorios de que trata el literal e) del artículo 36 y el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 y el cobro de lo no debido.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda - Subsección «A», mediante providencia de 24 de septiembre de 2013, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (ff. 217 a 220).

El a quo habiendo hecho un análisis normativo referente al reconocimiento de horas extras, dominicales, festivos y días compensatorios para el personal de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres, consideró que al no contar dicha entidad con una normatividad que regule la jornada máxima legal, se le debe hacer extensivo al personal de guardianes y vigilantes de la Cárcel el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978,

que establece una jornada máxima legal de 44 horas semanales para los empleados.

Por lo tanto, declaró la nulidad de los actos demandados mediante los cuales se le negó al accionante la reclamación administrativa referente al reconocimiento, liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios, reliquidación de factores salariales y prestaciones y demás emolumentos a que tiene derecho el señor Pablo Emilio Latorre Romero.

A título de restablecimiento del derecho ordenó al Distrito Capital de Bogotá Secretaría de Gobierno - Dirección de Cárcel de Varones y Anexos de Mujeres, a reliquidar y pagar al demandante los recargos sobre una base de 220 horas descontando de esa reliquidación el valor pagado por la entidad demandada sobre la base de 240 horas, igualmente se ordenó el reconocimiento y pago del tiempo que se exceda de las 220 horas mensuales como horas extras diurnas, nocturnas, horas extras diurnas festivas y horas extras nocturnas festivas a favor del accionante y la reliquidación de las prestaciones sociales donde sea factor salarial el trabajo suplementario a partir del 13 de marzo de 2009.

También, que a la suma que resulte la entidad demandada debe descontar las sumas pagadas como recargo del 35% en cuya liquidación tomó como jornada mensual 240 horas sin que existiera causa legal para el efecto.

Por otra parte, se declaró inhibida la Sala para fallar el reconocimiento de 15 días de salario básico como tiempo compensatorio por cada mes laborado durante el aludido tiempo y proporcionalmente por los días que excedan de los meses de trabajo completos, por haber trabajado 360 horas mensuales, toda vez, estimó que el demandante no agotó la vía gubernativa.

Igualmente condenó al Distrito Capital de Bogotá Secretaría de Gobierno - Dirección de Cárcel de Varones y Anexo de Mujeres a que reconozca y pague al demandante la reliquidación de las prestaciones sociales (prima de navidad, bonificaciones, prima de vacaciones, prima de riesgo y vacaciones) al igual que las cesantías e intereses a las cesantías causadas durante el periodo a partir del 13 de marzo de 2009.

Por otro lado, se presentó aclaración de voto por parte del Magistrado José María Armenta Fuentes (ff. 221 y 222), en donde expresó que, aunque comparte la decisión adoptada en el fallo, consideró que: «Esta (sic) demostrado que los empleados prestan el servido a través de una jornada de trabajo regulada por el sistema de turnos, de 24 horas, de manera inmediata descansan compensatoriamente las siguientes 24 horas. Por lo tanto, es evidente que sino trabaja la totalidad de los 30 días que corresponden a la unidad temporal denominada mes, mal puede asumirse como ha quedado establecido en la sentencia adoptada dentro de este asunto, que han trabajado 8 horas diarias a título de extras, suplementarias o complementarias y que multiplicadas por 30, es decir, el número de días del mes, arroja un total de 240 horas extras mensuales. Esto cae de su propio peso si como ha quedado establecido, en estricto rigor, el demandante presto (sic) sus servicios efectivamente durante 15 días durante el mes, habiendo descansado los otro (sic) 15 días.

He sostenido en oportunidades pretéritas que en los casos como este no precedía ni procede el reconocimiento que ahora se ordena, pero, solo en razón del acatamiento a decisiones recientes adoptadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado en casos similares, he optado por rectificar el criterio primigenio».

RECURSO DE APELACIÓN

Las partes interpusieron recurso de apelación.

El apoderado del demandante en su escrito de alzada (ff. 224 - 251) señala que no está de acuerdo respecto a la presunta falta de agotamiento de la vía gubernativa en lo relacionado con los compensatorios por exceso de horas extras establecido en el literal e) del artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978, dejando en claro que tanto en la «petición inicial (radicada el 13 de marzo de 2009 ante la Secretaría de Gobierno - Folios 10 a 13 del expediente - en la primera petición solicitando lo siguiente:

«Horas extras diurnas y nocturnas en días ordinarios, dominicales y festivos, laborados por el funcionario desde el año 2009 en adelante, en exceso de las 44 horas laborales semanales (jornada máxima legal para los empleados públicos), teniendo en consideración que en dos semanas de cada mes el funcionario labora 72 horas (martes, jueves y sábado) y en las dos semanas restantes del mes labora 96 horas (lunes, miércoles, viernes y domingo), por el sistema de turnos rotativos de 24 horas continuas de trabajo y 24 horas de franquicia o descanso. Lo anterior por cuanto el mencionado funcionario recibió recargos nocturnos en días ordinarios así como recargos sobre festivos y dominicales, pero en ningún momento la liquidación y cancelación de las horas extras laboradas en exceso de la jornada máxima legal semanal». (Subrayado fuera del texto).» (f. 227).

Menciona que teniendo en cuenta que el literal d) del artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978 contempla el tope de 50 horas extras mensuales, y el literal e) del mismo artículo determina que el exceso del tope anterior debe ser reconocido a título de compensatorios a razón de 1 día hábil por cada 8 horas extras, dicha inhibición no tiene fundamento, «por cuanto que tanto en la reclamación inicial como en el recurso de reposición contra el oficio mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de lo reclamado -folios 19 a 29 del expediente- se reiteró la solicitud de pago completo del tiempo laborado en exceso de la jornada máxima legal de 44 horas semanales, y que, en el mismo sentido en la solicitud de conciliación extrajudicial, comprobándose de esta menara que se agotó la vía gubernativa y como consecuencia de ello es improcedente la declaratoria de inhibición frente a esa pretensión» (f. 227).

A su turno, que en la parte resolutive de la sentencia se presentaron varias contradicciones frente a la realidad procesal y la jurisprudencia vertical y horizontal, ya que se vulneran derechos laborales de carácter irrenunciable del demandante correspondientes al descuento ilegal de los recargos del 35% recibidos, desconocimiento de la reliquidación de recargos del 200% y 235% sobre 190 horas mensuales cancelados sobre 240 horas mensuales, omisión del literal e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, omisión del reconocimiento de descansos compensatorios por labor habitual en días domingos y festivos de acuerdo con el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

Dice que «el año solar tiene 52 semanas y 12 meses, que al dividir 52 semanas entre 12 meses resultan 4,3 semanas por mes y al multiplicar 44 horas semanales por 4,3 semanas del mes da como resultado 189,2 horas mensuales, que redondeándolas se convierten en 190 horas mensuales, entonces no se entiende como la H. Sala dispone que la jornada base de liquidación es de 220 horas mensuales, cuando resultan 190 horas, contradicción que amerita ser corregida en beneficio del demandante y en aplicación correcta de la Ley.» (f. 228) contrariando de esta manera la ley y desconociendo la jurisprudencia del Consejo de Estado entre ellas el fallo de 18 de mayo de 2011, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Proceso número: 05001-23-31-000-1998-01841-01. Demandante: Eudoro Botero Bayer. Demandado: Hospital General de Medellín.

Aunado a lo anterior considera que no se resolvieron de manera concreta las pretensiones de reliquidación de recargos ordinarios nocturnos del 35%, recargos festivos diurnos del 200% y recargos festivos nocturnos del 235% consagrados en el artículo 34 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978., la Sala negó las demás pretensiones de la demanda sin realizar un análisis de la situación real del demandante.

Así mismo, estima que no existe motivo legal para disponer el descuento de las sumas pagadas como recargo nocturno ordinario del 35% ya que el demandante mensualmente labora entre 150 y 156 horas entre las 6 de la tarde y 6 de la mañana del día siguiente (lunes a martes, miércoles a jueves, viernes a sábado, domingo de las 24 horas al lunes a las 6 am en una semana o martes a miércoles, jueves a viernes, sábado de 6 pm a 12 p.m., las cuales han venido siendo canceladas tomando el salario básico mensual dividiéndolo en 240 horas, cuando realmente el año solar tiene 52 semanas y 12 meses, y al dividir 52 semanas entre 12 meses resultan 4,3 semanas, que al multiplicarlas por 44 horas de la jornada máxima legal para empleados públicos contemplada en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, resultan 189,2 horas que al redondearlas en 190 horas mensuales generan una diferencia a favor del demandante, desde ningún punto de vista es procedente estimar la jornada mensual en 220 horas, toda vez que si la jornada semanal a trabajar es de 44 horas y el mes tiene 4,3 semanas al multiplicar dichos factores resultaría 189,2 horas y no 220 horas, lo cual amerita corrección, tanto en el total de horas mensuales de jornada máxima legal, que es de 190 horas y enmendar el error disponiendo la reliquidación de los recargos nocturnos ordinarios del 35% y no su descuento como aparece en la parte motiva, por cuanto ello genera la vulneración a los derechos irrenunciables del demandante.

Sostuvo que es procedente la reliquidación de los recargos festivos diurnos del 200% y recargos festivos nocturnos del 235% sobre las 190 horas mensuales, por cuanto que el factor de 220 horas mensuales es contrario a la realidad procesal y lo reconocido por el Consejo de Estado.

Al mismo tiempo, expone que existe un error en la interpretación de la jornada cumplida por el demandante, ya que la jornada máxima legal es de 190 horas mensuales y no 240. Lo anterior, debido a que al multiplicar 15 turnos de 24 horas resultan 360 horas mensuales, cuando la jornada máxima es de 190 horas y no de 220, por lo cual es se debe adicionar a la sentencia el disponer el reconocimiento de la reliquidación de los recargos festivos diurnos del 200% y recargos festivos nocturnos del 235% sobre la base de 190 horas mensuales de jornada máxima legal, aspecto omitido en la parte resolutive de la providencia.

Por otra parte, en resumidas cuentas, plasmó los mismos argumentos de la demanda.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación (ff. 252 a 258) el cual fue declarado desierto mediante auto de 28 de enero de 2014 por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda - Subsección «A», toda vez que el apoderado de la parte demandada no concurrió a la audiencia de conciliación (ff. 263 y 264).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes hicieron uso del término para presentar sus alegatos de conclusión.

- El apoderado de la parte demandante en su escrito de alegatos de conclusión² señaló en resumidas cuentas básicamente lo mismo que plasmó en su recurso de apelación.

- La Secretaría Distrital de Gobierno - Cárcel Distrital de Varones y anexo de Mujeres en su escrito de alegatos de conclusión³ dice que de lo obrante en el expediente se pudo concluir que no existió ninguna vulneración normativa que dé lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados y que, por lo tanto, no hay lugar al restablecimiento del derecho peticionado por el demandante.

Afirma que el acto atacado está ajustado a la Constitución y la ley y no está en contravía de los derechos del actor, por cuanto que al momento de la expedición de dicho acto, el Concejo de Bogotá tenía facultades otorgadas al Distrito Capital mediante el Decreto 1421 de 1993, normativa bajo la cual se encuentra sujeto el personal del cuerpo de custodia y vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de ese ente territorial, por cuanto no existe un régimen especial que reglamente su jornada máxima de trabajo.

Frente a la reliquidación de horas extras y recargos reclamados por el actor dice que no tiene fundamento jurídico, toda vez que se encuentran liquidadas y pagadas de conformidad a la jornada máxima que rige para ese tipo de personal en concordancia con los porcentajes establecidos en el Decreto 1042 de 1978.

Relata que los guardianes adscritos a la Cárcel Distrital de Bogotá D.C., tienen un sistema de horario especial derivado de las facultades concedidas al Distrito Capital y que recoge el artículo 41 de la Constitución Política y demás normas que lo desarrollan. Es así como la Secretaría Distrital de Gobierno a través de Resolución 153 de 2009, estableció el horario de trabajo para el cuerpo de custodia y vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, y luego con la expedición de la Resolución 105 de 2011 que derogó la primera, dándose una favorabilidad a los funcionarios que allí laboran. «Es claro de igual forma, que los devengados por el actor por concepto de la prestación de su servicio se encuentra ajustado a lo establecido en los artículos 45 y 46 del Decreto 1045 de 1978, situación que sustenta la excepción de mérito

de COBRO DE LO NO DEBIDO» (f. 311).

El accionante se encontraba vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital de Bogotá, mediante una jornada laboral mixta, esto es (diurna y nocturna, domingos y festivos) por turnos de labor de 24 horas, por 24 horas de descanso, entrando a las 7:00 am y salida a las 7:00 am del día siguiente; laborando 4 días y descansando 3 días y así sucesivamente; situación que genera que la jornada en los días domingos y festivos sea habitual de acuerdo al turno que tengan.

Así mismo, ese sistema de turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso remunerado, cuyo tiempo suplementario se les paga en los porcentajes de ley, o sea, 35% recargo nocturno, 200% recargo diurno festivo o dominical y 235% recargos nocturnos en día domingo o festivos.

La entidad accionada asevera que al accionante se le realizaron todos los pagos salariales y prestacionales de conformidad con la ley, lo cual se puede corroborar mediante las planillas aportadas por la Dirección de Gestión Humana de la Secretaría Distrital de Gobierno.

En cuanto a la jornada laboral mixta, expresa, que el Decreto 1042 de 1978 señala en su artículo 35 que para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinariamente 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 35%, pero podrá compensarse con períodos de descanso.

Advierte que los miembros del personal de Guardia y Custodia de la Cárcel Distrital, cumplen una jornada mixta de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, lo que representa 15 días completos de descanso al mes, por lo tanto, no es procedente el pago del tiempo compensatorio cuando este ya ha sido disfrutado. Además, dentro de cada turno, los guardianes laboran activamente 6 horas, las siguientes 6 quedan disponibles, las 6 siguientes son de turno activo y las siguientes 6 de disponibilidad nuevamente. Contando espacios de esparcimiento.

En particular, destacó que a todos los guardianes de la Cárcel Distrital se les han liquidado y pagado los recargos nocturnos ordinarios del 35%, horas dominicales y festivas diurnas 200% y horas dominicales y festivas nocturnas 235%.

La entidad demandada refirió que no vulneró lo establecido en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, mediante el cual se establece la jornada ordinaria de 44 horas semanales para empleados públicos que cumplen en horario reglamentario de lunes a viernes. Situación diferente tienen los servidores que por la naturaleza de sus funciones, cumplen labores que no se deben interrumpir como las que presta el personal médico de los hospitales o bomberos o los guardianes de cárceles, servicios cuya prestación debe ser continua.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO.

Dentro del marco de la sentencia de primera instancia y lo argumentado en el recurso de apelación, los problemas jurídicos se contraen a establecer si el señor Pablo Emilio Latorre Romero tiene derecho a que se le cancelen los recargos ordinarios nocturnos, dominicales y festivos aplicando como base de liquidación 190 horas mensuales.

CUESTIONES PREVIAS.

Se tiene que esta Corporación ya había analizado el tema en cuestión mediante sentencia de 11 de noviembre de 2016⁴ en donde se dijo lo siguiente:

«Marco jurídico de la jornada laboral de los empleados públicos territoriales. Del régimen sobre la jornada laboral de los empleados públicos territoriales.

De acuerdo con la tesis adoptada por la Sección⁵, el régimen que gobierna la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial es el contenido en el Decreto 1042 de 1978, conclusión que se deriva de la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992, que no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual comprende, dentro de una interpretación amplia, el concepto de jornada de trabajo, tal como lo ha definido reiteradamente esta Corporación.

La Corte Constitucional en la sentencia C-1063 de 2000 mediante la cual se declaró la exequibilidad de la parte inicial del artículo 3° de la Ley 6ª de 1945, que contempla una jornada de trabajo de 8 horas diarias y 48 horas semanales- precisó que tal norma cobijaría únicamente a los trabajadores oficiales de cualquier orden, pues respecto de los empleados públicos y de los trabajadores del sector privado, otras disposiciones regulan el tema de la jornada de trabajo máxima legal.

El régimen que gobierna a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 2º de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas no solamente en él, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las leyes 13 de 1984 y 61 de 1987. La extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el artículo 3º de esta misma ley y posteriormente por la Ley 909 de 2004.

De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales. La mencionada disposición también prevé la existencia de una jornada especial de doce horas diarias, sin exceder el

límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

Dentro de los límites fijados por la norma, el jefe del organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; por otra parte, el trabajo realizado el día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

La regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales⁶ y por excepción la Ley 909 de 2004⁷, creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

La jornada laboral se encuentra íntimamente ligada al salario, el cual puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en que se deben ejercer; dentro de dichas variables se encuentra por ejemplo el trabajo nocturno comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m., que tiene una sobre remuneración del 35%, o el trabajo suplementario por dominicales y festivos, así como el ordinario o habitual y el ocasional, que tiene una regulación específica.

Recargo Nocturno

El artículo 35 del Decreto 1042 citado, regula que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo laborado durante éstas últimas se remunerará con recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso.

Trabajo ordinario en días dominicales y festivos

El artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, y la forma en que se debe remunerar.

Conforme a dicha norma, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual.

Se establece igualmente, el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

Jornada Extraordinaria

Está regulada en los artículos 36, 37 y 38 del Decreto Ley 1042 de 1978 y en las normas que anualmente establecen las escalas de asignación básica mensual para los empleados públicos. Entendiéndose como tal, la jornada que excede a la ordinaria. Se presenta cuando por razones especiales del servicio es necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, en cuyo caso, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes esté delegada la función, autorizan el descanso compensatorio o el pago de horas extras.

Para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos:

- i) Que el empleado pertenezca a los niveles técnico y asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente.
- ii) Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita.
- iii) Su remuneración se hará: con un recargo del 25% si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas.
- iv) No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales.
- v) Las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras trabajadas.
- vi) Si el empleado se encuentra en comisión de servicios, y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago.
- vii) Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.

2.4 De la jornada laboral de los servidores públicos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

En relación con el marco jurídico que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación regula el régimen aplicable a la jornada laboral de los servidores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, el suscrito magistrado ponente de esta decisión, aclara, que si bien la postura manifestada en sentencias proferidas en su condición de Magistrado del Tribunal

Administrativo de Cundinamarca se aparta de la tesis planteada por la Sección, en cuanto que los casos fueron definidos bajo la consideración de que la jornada laboral que opera en la entidad es el sistema de turnos-jornada mixta prevista en el artículo 35 del decreto 1042 de 1978, en el estudio del caso concreto, en aras de la seguridad jurídica y de la aplicación del principio de igualdad, acoge en su integridad el precedente⁸ de la Sección, a partir del cual, se desarrolla la siguiente argumentación:

La Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, es una dependencia de la Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá D. C., de conformidad al Decreto Distrital No. 539 de 2006.

La Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá, expidió la Resolución 153 de 31 de marzo de 2009, fijando en el artículo 2°, el horario de trabajo para el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, en turnos de 24 horas de labor consecutivas, que van de 7:00 a.m. a 7:00 a.m. del día siguiente, seguido por 24 horas de descanso.

Mediante la Resolución 029 de 15 de enero de 2010⁹, fijó como jornada máxima laboral del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital, 66 horas semanales, al disponer:

"Artículo 1. Establecer a partir de la fecha de expedición, 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 (...)"

Para la Sala como se ha reiterado, 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.G., 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 remuneración¹⁰,

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 Políticos¹¹, 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.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional¹² al establecer que *"La protección al trabajo establecida por mandato del artículo 25 constitucional, incluye la fijación de jornadas máximas, dentro de las cuales los trabajadores presten los servicios propios de la relación laboral y estén sometidos a las órdenes del patrono. La jornada permanente, indefinida e ininterrumpida, sin períodos de descanso razonable previamente estipulados, atenta contra la dignidad del trabajador, cercena su libertad, pone en peligro sus derechos a la salud y a la vida, y causa daño a su familia, por lo que resulta contraria al ordenamiento superior. En efecto, el artículo 1 o. de la Carta Fundamental señala los principios constitucionales, dentro de los cuales están el respeto a la dignidad humana y el trabajo. Por su parte, el artículo 5o. del mismo ordenamiento señala que el Estado colombiano reconoce sin discriminación, los derechos inalienables de la persona y protege a la familia como institución básica de la sociedad. A su vez, el artículo 25 constitucional establece que el Estado garantiza el trabajo en todas sus modalidades, en condiciones dignas y justas. E igualmente, el artículo 53 superior dispone que el legislador deberá expedir el estatuto del trabajo, el cual deberá contener una serie de principios y garantías mínimos fundamentales, entre ellos, "la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario". //* Así pues, toda relación laboral establecida por empleadores particulares, o por el Estado o entidades públicas en su

condición de patronos, exige a la luz del ordenamiento jurídico, jornadas máximas y los períodos de descanso a ellas correspondientes."

De otra parte, la Resolución 029 del 15 de enero de 2010, por la cual se estableció como jornada máxima especial laboral para dichos servidores de 66 horas semanales resulta inaplicable al caso concreto, en la medida en que de acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, dicha jornada máxima excepcional solo es posible en tratándose de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la cual no participa la labor desarrollada por el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, toda vez que esta es permanente y continua, y conlleva no sólo la vigilancia, sino también la custodia y protección de las personas reclusas.

En el caso concreto, los actos distritales que regularon el horario de trabajo 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 y en su lugar, no serán considerados y en su lugar se dará aplicación al Decreto 1042 de 1978, debiéndose remunerar el trabajo suplementario.»

CASO EN CONCRETO.

De acuerdo con los documentos obrantes en el expediente se tiene lo siguiente:

1. El accionante se vinculó a la entidad demandada el 25 de abril de 1986 y se desempeña en la actualidad, en el cargo de Teniente de Prisiones Código 457 Grado 19, de conformidad con el documento radicado con el número 20123340107371 del 21 de marzo de 2012, suscrito por la Directora de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (f. 7), se visualiza también, que prestaba turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso recibiendo los pagos correspondientes a recargos nocturnos del 35%, por dominicales y festivos en 200% y 235%, según el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978.

2. Se puede determinar de las planillas emitidas por la Dirección de Gestión Humana de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. - Secretaría de Gobierno, existentes en el expediente (ff. 37 a 44) mediante las cuales se certifica que el señor Pablo Emilio Latorre Romero devengó recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales.

3. El señor Pablo Emilio Latorre Romero solicitó a la Secretaría Distrital de Gobierno la reliquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales con la respectiva indexación, mediante escrito de 13 de marzo de 2012 radicado con el número 2012-624-010133-2 (ff. 10 a 12) de la siguiente manera:

«1). Horas extras diurnas y nocturnas en días ordinarios, dominicales y festivos, laboradas por el funcionario desde el año 2008 hasta la actualidad, en exceso de las 44 horas laborales semanales (jornada máxima legal para empleados públicos), teniendo en consideración que en dos semanas de cada mes el funcionario labora 72 horas (martes, jueves y sábado) y en las dos semanas restantes del mes labora 96 horas (lunes, miércoles, viernes y domingo), por el sistema de turnos rotativos de 24 horas continuas de trabajo y 24 horas de franquicia o descanso. Lo anterior por el mencionado funcionario recibió recargos nocturnos en días, ordinarios así como recargos sobre festivos y dominicales, pero en ningún momento la liquidación y cancelación correcta acorde con el Decreto 1042 de 1978 en su artículo 36 literales d) y e) de las horas extras laboradas en exceso de la jornada máxima legal semanal.

2). La liquidación y cancelación de los descansos compensatorios del año 2009 hasta la actualidad, correspondientes a los días festivos y dominicales laborados por el funcionario, conforme con lo dispuesto en las normas legales vigentes para empleados públicos conforme al artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

3). La reliquidación de los recargos nocturnos del 35% en días ordinarios y de los días domingos y festivos del 200% y 235% del año 2009 en adelante, a los factores reales del 35%, 200% y 235% respectivamente, tomando como base para su pago las normas legales vigentes para empleados públicos partiendo de tomar como base 190 horas mensuales.

4). La consecuente reliquidación y cancelación de las diferencias, con la respectiva indexación, de las primas de servicios, vacaciones y de navidad del año 2009 en adelante, así como el sueldo de vacaciones y demás factores salariales y prestacionales percibidos por el poderdante, con base en la liquidación total de las horas extras laboradas y recargos nocturnos reliquidados así como los compensatorios cancelados.

... » (ff. 10 y 11).

5. La anterior solicitud fue contestada mediante documento con radicación número 20123330107121 de 21 de marzo de 2012, expedido por la Secretaría de Gobierno de Bogotá (ff. 14 - 18), en donde se le dijo al actor que:

«... la administración habiendo cancelado los conceptos solicitados conforme a las disposiciones y la jurisprudencia vigentes (sic) para la época en que se causaron, no es viable jurídicamente la reliquidación y cancelación de diferencia alguna por concepto de primas (de servicio, navidad) vacaciones y demás prestaciones percibidos por el funcionario, y en caso de reconocer horas extras y efectuar el cruce de cuentas al funcionario le resultaría en saldo negativo» (f. 18).

Ahora bien, se tiene que esta Corporación de acuerdo con la jurisprudencia relacionada con el Decreto 1042 de 1978 estableció desde el año 2008 que la jornada de trabajo excepcional cumplida por el personal que labora en el Cuerpo de Bomberos no puede desconocer el derecho al reconocimiento del trabajo suplementario, puesto que ello vulnera el principio de igualdad en relación con otros empleados que realizan funciones menos riesgosas.

Se precisó que a los bomberos, pese a ser empleados públicos del nivel territorial, les era aplicable el Decreto 1042 de 1978 en lo que respecta a la jornada laboral, en consideración a lo señalado en el artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998¹³, en tanto que tales normas hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que gobiernan «el régimen de administración de personal» concepto que comprende el de «jornada de trabajo»¹⁴ contenido no solamente en ellas, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

Además, puso de presente que en caso de no existir tal regulación especial o de que la misma no cumpliera con los parámetros anteriormente señalados, la situación de los servidores públicos del Cuerpo de Bomberos seguiría rigiéndose por la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales de que trata el Decreto 1042 de 1978 y las disposiciones del mismo referentes a la remuneración del trabajo suplementario. Lo anterior como quiera que el régimen especial no puede ir en detrimento de las normas laborales generales y de los derechos irrenunciables de los trabajadores¹⁵.

De conformidad con lo antepuesto y aunado con los principios de igualdad y proporcionalidad, se puede inferir que el Decreto 1042 de 1978 le es aplicable al demandante dado que para el Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital no hay disposición especial sobre la jornada laboral, por lo tanto, debe regir la jornada ordinaria de 44 horas semanales señaladas.

Así mismo el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 dispuso lo siguiente:

«[...] ARTICULO 33. *De la jornada de Trabajo.* La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

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

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras [...]»¹⁶ (Subrayado de la Sala).

De la transcripción de la norma se desprende lo siguiente: i) La jornada de trabajo para los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales con la excepción para los que cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, en cuyo caso la jornada es especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales; ii) con base en dicha jornada debe fijarse el horario de trabajo y; iii) se compensa la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras, salvo que exceda la jornada máxima semanal.

Es claro que la jornada de trabajo que se cumpla influye de manera directa en el salario que se devenga en tanto que el mismo varía al laborar tiempo suplementario, caso en el cual se reconoce un pago adicional a la remuneración que de manera frecuente percibe el servidor público.

A continuación, se explicarán los pagos que deben realizarse cuando se exceda la jornada ordinaria de trabajo conforme con el Decreto 1042 de 1978 (44 horas semanales):

Pagos por trabajo complementario de acuerdo al Decreto 1042 de 1978

Decreto 1042 de 1978	Jornada laboral	Excepción y límites.
Artículo 34	Ordinaria nocturna. El horario que comprende es de 6 a.m. para empleados que trabajen por el sistema de turnos.	Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales) 35% Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos.

Artículo 35	Jornada mixta. Se cumple por el sistema de turnos. Incluye horas diurnas y nocturnas. Por estas últimas se paga el recargo nocturno pero podrán compensarse con períodos de descanso.	35 % o descanso compensatorio.	Sin perjuicio de lo dispuesto para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos.
Artículo 36	Horas extra diurnas. Trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria. Debe ser autorizada por el jefe inmediato.	25% o descanso compensatorio	No puede exceder de 50 horas mensuales. Si sobrepasa este límite se reconoce descanso compensatorio (un día de trabajo por cada 8 horas extras trabajadas). Conforme el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989, tienen derecho a este los empleados del nivel Operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 098 del nivel técnico.
Artículo 37	Horas extra nocturnas. Trabajo desarrollado por personal diurno (6 p.m. a 6 a.m.)	75% de la asignación mensual	Igual que en el cuadro anterior referente al artículo 36.
Artículo 39	Trabajo ordinario domingos y festivos. Cuando se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos.	La remuneración equivalente al doble del valor que un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.	

De lo expuesto se infiere que cuando el empleado público labore tiempo adicional a la jornada ordinaria de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, tiene derecho a que se le reconozca el trabajo suplementario de conformidad con lo establecido en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de dicha disposición, según se especificó en el cuadro anterior.

Se tiene que el actor laboró 170 horas extras, de las que sólo se pueden pagar 50 horas extras y las que superen ese tope se pagarán con tiempo compensatorio, de modo que el demandante tenía derecho a que le fueran compensadas 120 horas extras al mes, a razón de 1 día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo, o sea, 15 días de descanso.

En lo referente al problema jurídico a si el señor Pablo Emilio Latorre Romero tiene derecho a que se le cancelen los recargos ordinarios nocturnos, dominicales y festivos aplicando como base de liquidación 190 horas mensuales.

El demandante tiene derecho al reconocimiento de 50 horas extras diurnas laboradas cada mes, a partir del 13 de marzo de 2009¹⁷, por haber desarrollado turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso tal como se evidenció y mencionó con fundamento en el material acreditativo existente en el proceso.

Además, de acuerdo con las planillas existentes a folios 37 a 44, se puede identificar el número de horas con los respectivos recargos nocturnos, dominicales y festivos laborados por el demandante, teniendo como tiempo extra el que excedió de las 44 horas semanales reseñadas en párrafos anteriores. Se tiene que no es procedente el reconocimiento del tiempo compensatorio, por cuanto que las horas extras adicionales fueron compensadas con tiempo de descanso, de acuerdo con el sistema de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso.

Se señala que la entidad accionada al dar contestación de la demanda indicó a folio 143 que la cancelación de los recargos ordinarios nocturnos, dominicales y festivos se realizó aplicando las siguientes fórmulas así:

$ABM / 240 \times 200\% \times \text{número de horas}$

$ABM / 240 \times 35\% \times \text{número de horas}$

$ABM / 240 \times 235\% \times \text{número de horas}$

Es necesario recalcar, que esta Corporación mediante sentencia de 3 de agosto de 2007 Sección Segunda - Subsección «B» M.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00263-01 (0804-14) Actor: Gerardo Llanos Avendaño. Demandado: Distrito Capital – Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá. Señaló en un caso similar lo siguiente:

« que del tenor de los artículos 33 y 35 del Decreto 1042 de 1978 emerge la jornada laboral de los bomberos se considera mixta y se desarrolle por el sistema de turnos (24 horas trabajo por 24 horas de descanso) que se liquida con la aplicación de las 44 horas semanales; de manera que estas multiplicadas por 52 semanas y divididas entre 12 meses que tiene el año, arroja un total de 190 horas al mes, que, para la liquidación de las horas extras (trabajo adicional a la jornada laboral establecida) es la base para determinar el valor de la hora ordinaria, aserto con el que coincide el apelante del demandante ... »

Por lo tanto la jornada laboral en el sector oficial es de 190 horas mensuales, y la liquidación se debe reajustar de conformidad con ello como factor denominador para reajustar los valores de acuerdo con el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 tal como lo señaló el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia recurrida de 27 de agosto de 2015.

En el mismo sentido la sentencia de 11 de noviembre de 2016¹⁸ proferida por esta Corporación ya aludida, estableció que:

« ... el sistema de cálculo empleado por el Distrito de Bogotá, sobre 240 horas como denominador constante, resulta errado y va en detrimento de los intereses del actor, toda vez que reduce el valor del recargo, teniendo en cuenta que el mismo debe partir de la asignación básica mensual sobre una jornada de 190 horas mensuales.

En ese orden, hay lugar a ordenar el reajuste de los recargos nocturnos laborados por el demandante, 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, como tampoco 220 como quedó consignado en la sentencia apelada; por lo tanto, la fórmula correcta que deberá emplear la administración para la liquidación de los recargos nocturnos es la siguiente:

Asignación Básica Mensual $\times$ 35% $\times$ número horas laboradas con recargo 190.

De donde el primer paso es calcular el valor de la hora ordinaria que resulta de dividir la asignación básica mensual (la asignada para la categoría del empleo) en el número de horas establecidas en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 para el sector oficial (44 horas semanales) que ascienden a 190 horas mensuales.

Establecido el factor hora, el segundo paso es liquidar las horas laboradas con recargo, para lo cual se multiplica el factor hora por el porcentaje del recargo nocturno establecido en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 en 35%, por el número de horas laboradas entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m., es decir, el tiempo en jornada ordinaria nocturna sujeta al recargo que se hubiere trabajado al mes.

Respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que la remuneración debe ser 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, lo cual equivale a una sobre remuneración del 200% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

De la prueba allegada al expediente⁴⁹, se desprende que el actor laboró dominicales y festivos en forma permanente por el sistema de turnos empleado por la entidad demandada en razón a la función desarrollada que presupone la habitualidad y permanencia y no labores intermitentes.

Del mismo modo, se desprende que la administración distrital pagó al actor los recargos nocturnos y el trabajo habitual en dominicales y festivos, en los porcentajes indicados en los artículos 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, sobre la asignación básica mensual, a razón de 35% por recargo nocturno, 200% por trabajo habitual en dominicales y festivos y 235% por recargo festivo nocturno, tal y como se observa en la certificación del Director de Gestión Humana de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Sin embargo, como para el cálculo de tales recargos la entidad tuvo en cuenta 240 horas y no 190 que es la correspondiente a la jornada ordinaria laboral del sector oficial, la Sala ordenará que se efectúen los reajustes en las liquidaciones y pagos realizados por tales conceptos.

La Sala procederá a ordenar el reajuste del valor de los recargos nocturnos, dominicales y festivos que fueron laborados y pagados al actor,

según certificaciones allegadas, para lo cual, la entidad deberá tener en cuenta los parámetros indicados por los artículos 33, 35, 36 y 39 del Decreto 1042 de 1978, es decir, el factor hora será calculado con base en la asignación básica mensual dividida por el número de horas de la jornada ordinaria mensual, 190 y no 240.»

Por otra parte, según el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978,¹⁹ 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 esta pretensión, por comprobarse que ese beneficio ya fue concedido.

Frente a la reliquidación de los demás factores salariales y prestaciones sociales, tales como la prima de servicios, vacaciones y prima de navidad, precisa la Sala que las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, de acuerdo al artículo 59 del Decreto 1042 de 1978 y artículos 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978.

De todo lo reseñado se puede establecer que sí le era aplicable el Decreto 1048 de 1978 y que el tribunal aplicó la citada norma, pero no con la correspondiente, base de liquidación y, por lo tanto, se debe revocar parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto la inhibición analizada *ut supra* y en lo referente a la base de liquidación de las horas reconocidas y confirmar todo lo demás de la providencia impugnada de 24 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

De la prescripción.

El reconocimiento ordenado a favor del demandante deberá tener en cuenta la prescripción trienal de los derechos salariales establecida en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Tales disposiciones establecen que los derechos laborales de los empleados públicos prescriben al cabo de tres (3) años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hizo exigible.

Esta Corporación ya había señalado, que «la prescripción a la que se refiere el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 comprende, además de los derechos prestacionales, los derivados del sueldo».

En este orden, por efectos de la prescripción trienal, dado que la reclamación fue radicada el 13 de marzo de 2012, el derecho le asiste al demandante a partir del 13 de marzo de 2009 (folios 10 a 12), encontrándose afectados por la prescripción los causados con anterioridad a dicha fecha.

En mérito de lo expuesto, la Subsección «A» de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

DECIDE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo y tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A, de 24 de septiembre de 2013.

Los cuales quedarán así:

«SEGUNDO: CONDENAR al Distrito Capital - Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, a reconocer y pagar al señor Pablo Emilio Latorre Romero lo siguiente:

a. El valor correspondiente a cincuenta (50) horas extras diurnas al mes, desde el 13 de marzo de 2009, con fundamento en los artículos 36 a 38 del Decreto 1042 de 1978, acorde con los documentos obrantes en el expediente, 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). De este valor, deberá descontarse lo efectivamente pagado por la entidad por dicho concepto, según se indicó en la parte motiva de esta providencia.

b. Reajustar los valores de los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos reconocidos al actor desde el 13 de marzo de 2009, empleando para el cálculo de los mismos el factor de 190 horas mensuales, que corresponden a la jornada ordinaria laboral, y no 240, y pagar las diferencias que resulten a favor del señor Pablo Emilio Latorre Romero, entre lo pagado por el Distrito de Bogotá y lo que debió pagarse por tales conceptos como resultado del reajuste.

c. Reliquidar y pagar la diferencia de la cesantía causada por el accionante desde el 13 de marzo de 2009, teniendo en cuenta los mayores valores reconocidos en la sentencia por concepto de horas extras y recargos nocturnos, dominicales y festivos, de conformidad con lo ordenado por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Las sumas resultantes de la cadena a favor del demandante se actualizarán, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que lo dejado de percibir por el demandante, por el número que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor 'certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia por el índice vigente a la fecha en la cual se causó el derecho. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.»

«TERCERO: NEGAR el reconocimiento y pago de los días de descanso compensatorios previstos en el literal e) del artículo 36 y 39 del Decreto 1042 de 1978, por encontrarse debidamente acreditado su pago y disfrute conforme a las pruebas allegadas al proceso.»

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección A, de 24 de septiembre de 2013.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica al doctor Jorge Luis Novoa Rodríguez como apoderado de la Secretaría de Gobierno - Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres, de conformidad con el poder a folio 339 y documentos complementarios obrantes a folios 340 a 355 del expediente

En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Por cuanto el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 en su inciso 1 determina que el salario de los empleados públicos corresponde a jornadas de 44 horas semanales.

² Folios 290 a 301.

³ Folios 310 a 324.

⁴ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección < M.P. César Palomino Cortés. Sentencia de 11 de noviembre de 2016 Radicación número 25000-25-000-2011-00201-01 (1906-15). Actor: Edgar Ruiz Velandia. Demandado: Distrito Capital - Secretaría de Gobierno - Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

⁵ Sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006). Expediente número. 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

⁶ Decreto 1042 de 1978, artículo 33.

⁷ Artículo 22.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicados internos: 0267-2013, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, 21 de noviembre de 2013; 1088-2014 C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 1 de julio de 2015; 0235-2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, 17 de septiembre de 2015, 1306-2014 C.P. Gerardo Arenas Monsalve, 21 de enero de 2016.

⁹ Folios 8 A 9.

¹⁰ 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.

¹¹ Aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1998.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección «A». M.P. Alfonso Vargas Rincón. Bogotá D.G., 1 de marzo de 2012. Radicación número: 23001-23-31-000-2002-90526-01(0832-08). Actor: Hernán de Jesús Flórez González. Demandado: Municipio de Lorica - Córdoba.

Consejo de Estado. Sala de lo-Contencioso Administrativo. Sección Segunda. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 27 de agosto de 2012. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-00517-01(1381-10). Actor José Lisandro Ibarra Garro. Demandado: Municipio de Itagüí - Antioquia.

¹⁴ Así lo determina entre otras la sentencia de 17 de agosto de 2006. Expediente número 05001-23-31-000-1998-01941-01(5622-05). Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín. M.P. Ana Margarita Olaya Forero.

¹⁵ Normas de este tipo van en contravía de 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 resultaría 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, 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».

¹⁶ Modificado en lo pertinente por los artículos 1 al 13 del Decreto 85 de 1986.

¹⁷ Esa fecha se tiene como resultado de la aplicación por parte del tribunal.

¹⁸ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección «B» M.P. César Palomino Cortés. Sentencia de 11 de noviembre de 2016 Radicación número 25000-25-000-2011-00201-01(1906-15). Actor: Edgar Ruiz Velandia. Demandado: Distrito Capital - Secretaría de Gobierno - Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

¹⁹ 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».

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:52:26