



Sentencia 00880 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS - Jornada laboral. Trabajo suplementario / JORNADA LABORAL - Recuento normativo / JORNADA ORDINARIA LABORAL - Cuarenta y cuatro horas semanales / HORAS EXTRAS - No pueden exceder el cincuenta por ciento de lo que se perciba por concepto de asignación mensual / DIA COMPENSATORIO - Un día de descanso por cada día laborado

Las actividades que sean de manera discontinua, intermitente o de simple vigilancia se les podrán señalar una jornada de trabajo de 12 horas diarias y hasta de 66 horas a la semana. Pero, esta Sección, en sentencia de 12 de febrero de 2015, determinó que el límite máximo legal de 66 horas semanales solo fue previsto para las aludidas actividades, naturaleza de la cual no participa la bomberil, y, por lo tanto, su jornada laboral es de 44 horas semanales. Se infiere que los empleados públicos del Distrito Capital no pueden devengar por concepto de horas extras un valor superior al 50% de lo que perciban por asignación básica mensual. Resulta evidente que el trabajo que se realiza en días previstos por la ley como de descanso obligatorio (dominicales y festivos), debe ser recompensado con una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, 200%, si es diurno, y 235%, en caso de ser nocturno, más el disfrute de un día de descanso compensatorio. el límite legal, de las 44 horas, determina el tope de horas semanales laboradas, que debe multiplicarse por 52 semanas, que son las que tiene el año, y dividir el resultado entre 12 meses, para obtener 190 horas al mes, motivo por el cual el parámetro que aplica la accionada, conforme a su sistema de liquidación de recargos, que según su parecer es adecuado y tiene como fundamento la norma básica de 8 horas diarias por 30 días al mes, bajo una supuesta jornada de 66 horas semanales, no es correcto, por lo que era procedente para la liquidación de las horas extras (trabajo adicional a la jornada laboral establecida), tener en cuenta dicha base (190 horas) para determinar el valor de la hora ordinaria. se colige que si la actora trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces laboró 170 horas adicionales a la jornada ordinaria, tiempo suplementario, del cual solo se pueden pagar en dinero 50 horas extras al mes, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto ley 10 de 1989, y las que superen dicho tope, esto es, 120, se pagan con tiempo compensatorio, en razón de un (1) día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo, es decir, 15 días de descanso al mes ($120/8=15$), que se demostró la accionante ya había disfrutado, por lo que el tiempo extra que excedió el límite legal permitido, fue debidamente compensado con el turno de descanso de 24 horas.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1978

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Rad. No.: 25000-23-25-000-2011-00880-01(0770-14)

Actor: JUDITH CLEMENCIA PALLARES BOTIVA

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ, D.C.

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS, RECARGOS Y DESCANSOS COMPENSATORIOS.

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes¹ contra la sentencia de 19 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la sección segunda), mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 46 a 132). La señora Judith Clemencia Pallares Botiva, a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra el Distrito Capital - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (UAECOB), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad de los oficios de 25 de abril, con su respectivo anexo, denominado «*liquidación de recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos y nocturnos*», y 10 de junio, ambos de 2011, por medio de los cuales la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, en su orden, le negó a la actora la reclamación laboral formulada el 15 de abril de esa anualidad y confirmó dicha decisión.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita condenar a la demandada al pago de (i) «[...] 50 horas extras mensuales diurnas en días ordinarios, laboradas en exceso de la jornada máxima legal [...] (44 horas semanales) [...]»; (ii) «[...] 15 días de salario básico como tiempo compensatorio por cada mes laborado, [...] liquida[d]o proporcionalmente por los días que excedan de los meses de trabajo, toda vez que labor[ó] 360 horas mensuales [...], de las cuales solo 190 [...] son parte de la jornada máxima legal vigente [...]»; (iii) descansos compensatorios, por haber prestados sus servicios «[...] de manera ordinaria días domingos y festivos [...]»; (iv) «[...] recargos nocturnos del 35% en días ordinarios y los recargos diurnos y nocturnos del 200% y 235%, a cifras reales, toda vez que [...] la demandada dividió el salario mensual en 240 horas mensuales y de allí aplico [sic] los porcentajes de recargos conforme a las horas laboradas, desconociendo [...] que el salario de los empleados públicos territoriales se cancela por la jornada máxima legal [...] [de] 44 horas semanales [...]»; y (v) «[...] las diferencias generadas por la inclusión de los factores anteriores [...], en las primas de servicios, vacaciones y de navidad, sueldo de vacaciones y demás factores salariales y prestacionales [...]» recibidos, y en razón a ello, el reajuste de sus cesantías. Dichos emolumentos deberán ser reconocidos de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978 y cancelados a partir del 14 de abril de 2008 hasta la ejecutoria del fallo que los ordene, debidamente indexados. Asimismo, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la actora que «[...] ingres[ó] al servicio del Distrito Capital el día 29 de octubre de 1980 y desde el 1 de enero de 2007 labora en la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, en [...] la [que, actualmente,] ocupa el cargo de Sargento de Bomberos[,] Código 417[,] Grado 18».

Que durante los años de 2008, 2009 y 2010 devengó como asignaciones básicas mensuales las sumas de \$1.143.082, \$1.235.329 y 1.272.884, respectivamente.

Afirma que su «[...] jornada laboral está establecida mediante el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, debido a que el servicio prestado es [...] público esencial [...]», de tal manera que «[...] mensualmente labor[a] 15 turnos de 24 horas de descanso, lo cual equivale a 360 horas de trabajo [...]», y recibe su «[...] salario mensual determinado por el Alcalde Mayor del Distrito Capital,

teniendo como jornada máxima legal [...] 44 horas laborales semanales, equivalentes a 190 horas mensuales [...]», por lo que tiene derecho a que se le paguen «[...] horas extras, recargo[s] [...] y trabajo suplementario [...]» a que haya lugar, por haber prestado sus servicios en jornadas superiores a la máxima legal establecida.

Que el 15 de abril de 2011, a través de apoderado, presentó reclamación laboral ante la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá encaminada a obtener el reconocimiento de los referidos emolumentos y la consecuente reliquidación de sus prestaciones sociales y cesantías, lo cual le fue negado el 25 siguiente, decisión contra la que interpuso recurso de reposición, despachado de manera desfavorable el 10 de junio de ese año, en el sentido de confirmarla, bajo el fundamento de que «[...] *las personas vinculadas a UAECOB en la función de Bombero, mediante el sistema de turnos de 24 horas labor por 24 horas de descanso remunerado [...] [tienen] una jornada ordinaria "especial" en razón de la naturaleza del servicio esencial que se presta [...]*».

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

Dice que en virtud del principio de favorabilidad y derecho a la igualdad «[...] *es imperativo el reconocimiento de las horas extras en el tope legal reclamado [...] máxime que como empleados públicos territoriales perciben su salario por 190 horas de servicio mensual [...]*». Asimismo, la «[...] *realización de jornadas de trabajo de 24 horas [de] labor y 24 horas de descanso viola de manera flagrante la normativa internacional sobre las jornadas de trabajo de 8 horas y 16 horas de descanso [...]*» y sus «[...] *derechos laborales [...], [al] desconocer el reconocimiento de horas extras y descansos compensatorios [...] con la excusa [de] que por ser un servicio público esencial los empleados deben laborar sin limitación de horario y sin pago de tiempo suplementario*».

Que por ser empleada territorial le es aplicable el Decreto 1042 de 1978 que consagra una jornada máxima laboral de 44 horas semanales, lo que equivale a 190 horas mensuales, motivo por el cual se deben liquidar los recargos deprecados con la división de su asignación mensual en esas horas y no en 240, como lo ha hecho la entidad demandada, por lo tanto, en razón a que laboró 360 horas por mes, «[...] *la Administración [le] adeuda 170 horas extras mensuales [...]*» y todo lo que se deriva de ello, como descansos compensatorios.

1.5 Contestación de la demanda (ff. 138 a 157). El Distrito Capital - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (UAECOB), a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en relación con los hechos arguye que algunos son ciertos y otros no le constan.

Asevera que «[...] *no desconoce el derecho al reconocimiento de HORAS EXTRAS del personal de Bomberos [...], sin embargo, la discrepancia jurídica surge en relación con la forma como [la] demandante pretende que se le liquide [el trabajo suplementario] y demás derechos laborales [...]*», y si las pretensiones de la demanda prosperan se le generaría un perjuicio a la accionante, toda vez que «[...] *los valores que se han pagado a los empleados de la UAECOB [...]*», por concepto de horas extras dominicales y festivos «[...] *son mayores a los límites que dispone [...]*» la respectiva normativa, esto es, superior al 50% de la remuneración básica mensual de los empleados. Además, «[...] *se debe tener en cuenta para el cálculo que el reconocimiento de descansos compensatorios no es factor salarial, por lo tanto, no afecta las prestaciones económicas ordinarias y comunes*».

Que no resulta pertinente que para estudiar la situación laboral de la actora se emplee la jornada máxima laboral de 44 horas semanales prevista en el Decreto 1042 de 1978, puesto que «[...] *existe una reglamentación de horario especial regulado por el Decreto 388 de 1951*», el cual no ha sido derogado ni modificado y debe prevalecer frente al primer Decreto citado, ya que este es de carácter especial.

Aduce que «[...] *el personal operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por la naturaleza de sus funciones, no tiene límite en su jornada laboral [...]*», por lo que cuando «[...] *existe una jornada "habitual", tal trabajo no es extra, [...]* [lo que] *significa que las labores se deben desempeñar dentro de la normalidad de la prestación del servicio, que es ininterrumpido y se presta bajo la modalidad de disponibilidad, en consecuencia, una labor dominical y habitual extra, dentro de un servicio permanente no existe pues, su función no lo permite*». Adicionalmente, «[...] *comoquiera que la disponibilidad no se debe tener en cuenta como una prestación efectiva del trabajo, no se puede hablar de un trato inhumano y discriminatorio pues, de lo contrario, estaríamos hablando de un concepto inequívoco y contradictorio, pues en las estaciones de bomberos se cuenta con elementos tales como camarotes y sitios de esparcimiento hasta tanto no sea atendida una llamada de*

urgencia».

1.6 Providencia apelada (ff. 434 a 460). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la sección segunda), mediante sentencia de 19 de septiembre de 2013, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, al considerar que comoquiera que no existe «[...] dentro del ordenamiento legal que regula el régimen de personal de los miembros del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, norma alguna que señale la Jornada máxima legal; dicho vacío debe ser llenado en virtud además, de los principios de favorabilidad e igualdad laboral, con el Decreto Ley 1042 de 1978 artículo 33, por lo cual [su] jornada ordinaria de trabajo [...] es de 44 horas semanales, [220 mensuales], y por tanto toda labor realizada por [la] actor[a] que exceda dicho número [...], constituye TRABAJO SUPLEMENTARIO o de horas extras que por ser tal, debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de Ley».

Que «En aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre la forma, es claro que los Bomberos de Bogotá trabajan más de 50 horas extras mensuales, y que están de acuerdo en que así sea y la prestación eficiente del servicio público bomberil así lo requiere; por tanto y mientras dicha realidad subsista no puede entenderse que la prohibición contenida en el literal d) del artículo 36 [del Decreto 1042 de 1978], autoriza a la accionada a recibir el trabajo extra de sus empleados sin pagarlo en legal forma», en tal sentido, «[...] como en el presente asunto, todo el tiempo de trabajo mensual que supera 220 horas es trabajo suplementario habrá de pagarse como horas extras», esto es, 140 horas, ya que la demandante laboró 360 al mes.

Estima que «[...] al estar demostrado el trabajo ordinario en días dominicales y festivos de manera habitual por parte de la [actora] [...] al servicio del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, pero por ser ese trabajo consecuencia del descanso previo de 24 horas y posterior a 24 horas más, no hay lugar al reconocimiento de días compensatorios».

Que «En cuanto a la remuneración de ese trabajo realizado en dominicales y festivos, existe prueba en el expediente de que se ha liquidado y pag[ado] por la demandada con recargos de 200% para las horas extras diurnas del días (sic) festivo, y 235% para las horas extras nocturnas de esos mismos días, sin embargo [...], tuvo como jornada mensual 240 y no 220 como corresponde, así que solo en ese sentido deberá reliquidarse el pago de dominicales y festivos».

Por lo anterior, ordenó a la demandada «[...] a) el reconocimiento y pago de todo aquel tiempo de trabajo que exceda las 220 horas mensuales como horas extras (en modalidad de extras ordinarias diurnas, nocturnas, diurnas festivas o nocturnas festivas según sea el caso), [y] b) [la] reliquidación de las prestaciones sociales [primas de navidad, vacaciones y riesgo, bonificaciones y vacaciones] d[e] la actor[a] donde sea factor salarial el trabajo suplementario», así como «[...] la reliquidación de las cesantías e intereses a las cesantías [...]». Aclara que «Todos los reconocimientos, reliquidaciones y pagos ordenados, se efectuar[án] a partir del 15 de abril de 2008», debido a la configuración de la prescripción extintiva, ya que presentó reclamación laboral el 15 de abril de 2011, y que «A las sumas a reconocer luego de efectuar lo ordenado, se le descontará el valor que se pagó como recargo del 35%».

1.7 Recursos de apelación:

1.7.1 Parte demandante (ff. 487 a 510). Sus inconformidades respecto de la decisión de primera instancia, radican en que esta no tuvo en cuenta que «[...] el año solar tiene 52 semanas y 12 meses, que al dividir [esas] semanas entre 12 meses resultan 4,3 semanas por mes y que 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, [por lo que] 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 [sic] demandante y en aplicación correcta de la Ley».

Que «[...] sin resolver de manera concreta las pretensiones de reliquidación de recargos ordinarios nocturnos del 35%, recargos festivos diurnos del 200% y recargos festivos nocturnos del 235% [...], la H. Sala niega las demás pretensiones de la demanda sin realizar un análisis de la real situación [de la] demandante».

Asevera que «[...] no existe motivo legal alguno para disponer el descuento de las sumas pagadas como recargo nocturno ordinario del 35% [...]».

Que pese a que solicitó «[...] la INAPLICACION [sic] EN EL PRESENTE PROCESO del inciso tercero del artículo 4 del Acuerdo Distrital 3 de 1999, modificado por el Acuerdo Distrital 9 de 1999, por generar con ello la figura del enriquecimiento sin causa a favor del Distrito Capital y por ende perjuicio patrimonial [a la] demandante, [...] en la parte resolutive de la sentencia no aparece ningún pronunciamiento [...] al respecto [...]».

1.7.2 Entidad demandada (ff. 465 a 486). Estima que no comparte la sentencia de primera instancia, ya que el a quo «[...] aplicó la normatividad establecida para la jornada ordinaria, cuando corresponde [emplear] lo [previsto] legalmente para la jornada mixta», la cual tiene su propia forma de liquidación, ya que la demandante prestó sus servicios a través del sistema de turnos.

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

Sostiene que «Resulta improcedente la reliquidación de prestaciones sociales y demás reconocimientos hechos por el A-quo, por cuanto [la] actor[a] laboró por el sistema de turno o bajo la jornada mixta y en ese mismo sentido fueron hechos todos los reconocimientos y liquidaciones como consta en los actos administrativos de los que aquí se pide su anulación».

II. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos de apelación fueron concedidos mediante proveído de 10 de diciembre de 2013 (f. 526 y 527) y admitidos por esta Corporación a través de auto de 8 de mayo de 2014 (f. 533), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento del artículo 212 del CCA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 28 de julio de 2014 (f. 535), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por las primeras.

2.1.1 Parte actora (ff. 313 a 323). Reitera los argumentos expuestos en el escrito de alzada y agrega que «[...] NUNCA SE LE HAN CANCELADO HORAS EXTRAS, sino solamente recargos [...]» y que la demandada justifica sus omisiones laborales en normas que no están vigentes, toda vez que los Decretos distritales 388 de 1951 y 991 de 1974 fueron derogados por los Decretos distritales 63 de 1963 (artículo 2) y 654 de 2011 (artículo 156), respectivamente.

2.1.2 Demandada (ff. 536 a 541). Expone que la sentencia emitida por el a quo «[...] desconoce flagrantemente la reglamentación Especial de la Unidad, así como los antecedentes jurisprudenciales emitidos por el Consejo de Estado, respecto a la jornada especial de los funcionarios del Cuerpo Oficial de Bomberos», consagrada en el Decreto distrital 388 de 1951, y reitera los argumentos de la apelación en ese sentido.

2.2 Impedimento. Precluída la etapa de alegaciones finales, la consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez manifestó su impedimento para conocer del presente proceso (f. 569), en atención a que integró la Sala que profirió la sentencia apelada, el cual fue aceptado el 13 de mayo de 2015 por la subsección A de la sección segunda de esta Corporación (ff. 575 a 578), motivo por el cual fue enviado el expediente a este despacho para emitir decisión de fondo.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si a la demandante, en su condición de empleada del Cuerpo Oficial

de Bomberos de Bogotá, le asiste derecho al reconocimiento de horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos ordinarios y diurnos y nocturnos en días dominicales y festivos, liquidados con el número de horas laborales previstas para la generalidad de los empleados públicos, esto es, 44 horas semanales, con la consecuente afectación en la liquidación de los factores salariales y prestaciones sociales.

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

3.3.1 De la transformación del Cuerpo Oficial de Bomberos en Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá. Sea lo primero precisar que a partir de la Ley 12 de 1948², se declaró la utilidad pública de los cuerpos de bomberos, por lo tanto, se dispuso dotar de los materiales necesarios para la extinción de incendios, la construcción de cuarteles y construcción de viviendas para bomberos, con recursos destinados en el presupuesto nacional.

Posteriormente, Ley 322 de 1996³ derogó la Ley 12 de 1948 y dispuso la creación del Sistema Nacional de Bomberos, en el que el Cuerpo Oficial de Bomberos es uno de los principales órganos que conforman dicho sistema⁴.

Luego, el Gobierno nacional expidió la Ley 1575 de 2012, «*por medio de la cual se establece la ley general de bomberos de Colombia*», y derogó expresamente la Ley 322 de 1996.

Por su parte, el concejo de Bogotá expidió el acuerdo 257 de 30 de noviembre de 2006, «*por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, distrito capital, y se expiden otras disposiciones*», que, en su artículo 51, modificado por el artículo 29 del acuerdo distrital 546 de 2013, previó:

Integración del Sector Gobierno, Seguridad y Convivencia. El Sector Gobierno, Seguridad y Convivencia está integrado por la Secretaría Distrital de Gobierno, cabeza del Sector, el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público - DADEP, el cual dará soporte técnico al sector, la unidad administrativa especial sin personería jurídica del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá y por las siguientes entidades adscritas [...] (subraya la Sala).

A su vez, el parágrafo 1.º del artículo 52 del aludido acuerdo 257 de 2006⁵ se refirió a las funciones y naturaleza jurídica del Cuerpo Oficial de Bomberos así:

El Cuerpo Oficial de Bomberos estará organizado como una Unidad Administrativa Especial del orden Distrital del sector central, de carácter eminentemente técnico y especializado, sin personería jurídica, con autonomía administrativa y presupuestal y se denominará Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos; tendrá por objeto la prevención y atención de emergencias e incendios y las siguientes funciones básicas [...] (destaca la Sala).

Seguidamente, el alcalde mayor de Bogotá expidió los Decretos distritales 540⁶, 541⁷ y 542⁸ de 2006⁹, a través de los cuales se suprimieron cargos de la secretaría de gobierno distrital, entre los que se encontraban los correspondientes al Cuerpo Oficial de Bomberos¹⁰, se determinó la estructura organizacional y funciones de la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (UAECOB)¹¹, se estableció la planta de personal de la mencionada Unidad¹² y se dispuso que los titulares de los empleos que desempeñaban en el Cuerpo Oficial de Bomberos, serían incorporados en la planta de cargos de la Unidad Administrativa Especial, sin solución de continuidad, y conservando los derechos adquiridos¹³.

Con base en lo anterior, se tiene que, a partir del 1.º de enero de 2007, el Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá dejó de ser parte de la estructura de la secretaría de gobierno de Bogotá y pasó a ser una Unidad Administrativa Especial, sin personería jurídica, con autonomía administrativa y presupuestal, es decir, que depende directamente de la administración central de Bogotá.

De igual modo, al transformarse el Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá en Unidad Administrativa Especial, se preceptuó que se debían respetar los derechos adquiridos de los empleados que estaban vinculados con anterioridad al 1.º de enero de 2007 y serían vinculados a la

UAECOBBS sin solución de continuidad.

3.3.2 Jornada máxima laboral del personal de bomberos que pertenecen a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos. Al respecto, se tiene que la Ley 6.^a de 1945¹⁴, en su artículo 3, contempló el límite de la jornada laboral en 8 horas al día y 48 semanales¹⁵. Posteriormente, dicha jornada fue prevista en el artículo 33 del Decreto ley 1042 de 1978, que, en principio, rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional; no obstante, el artículo 2¹⁶ de la Ley 27 de 1992 hizo extensivo a los servidores de las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas en la precitada norma, en los Decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987.

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

Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente Ley y las contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley.

Entre los empleados a que se refirió el artículo 3 de la precitada Ley 443 de 1998, están los que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del nivel departamental, distrital y municipal y sus entes descentralizados. De la misma manera, lo sostuvo este Cuerpo Colegiado¹⁷, que, respecto de la aplicación del Decreto 1042 de 1978, dijo:

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

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

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

a) Empleos de tiempo completo, como regla general;

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

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

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

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

[...] (se destaca).

Conforme a lo anterior, las actividades que sean de manera discontinua, intermitente o de simple vigilancia se les podrá señalar una jornada de trabajo de 12 horas diarias y hasta de 66 horas a la semana. Pero, esta Sección, en sentencia de 12 de febrero de 2015¹⁸, determinó que el límite máximo legal de 66 horas semanales solo fue previsto para las aludidas actividades, naturaleza de la cual no participa la bomberil, y, por lo tanto, su jornada laboral es de 44 horas semanales.

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

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

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

a) Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al nivel técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.

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

c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

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

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

Artículo 37.- De las horas extras nocturnas. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

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

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

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

Empero, los empleados públicos del Distrito Capital, además de cumplir los requisitos para que proceda el pago de las horas extras, tal como lo consagran los artículos trascritos, deben colmar lo dispuesto en el inciso final del artículo 4 del acuerdo 3 de 1999 del concejo de Bogotá, modificado por el artículo 3 del acuerdo 9 de ese mismo año¹⁹, el cual prescribe:

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

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

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

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

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

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

De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluya horas diurnas y nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.

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

De acuerdo con esta norma, no cabe duda de que los bomberos que prestan sus servicios en la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos lo hacen en jornada mixta, ya que trabajan 24 horas continuas y consecutivas, esto es, desde las 7:00 de la mañana hasta las 7:00 de la mañana del día siguiente, durante jornada diurna y nocturna, con descanso intermedio de 24 horas²⁰.

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

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

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

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

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

3.4 Hechos probados. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

a) Certificaciones expedidas por el director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos (ff. 11 y 41 a 44), en las que se constata que la demandante (i) ingresó al Distrito Capital - secretaría de gobierno - cuerpo oficial de bomberos el 29 de octubre de 1980 y fue incorporada a la planta de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá el 1.º de enero de 2007; (ii) actualmente desempeña el cargo de sargento de bombero, código 417, grado 18; (iii) sus asignaciones mensuales correspondientes a los años de 2008, 2009, 2010 y 2011 fueron de \$1.143.082, \$1.235.329, \$1.272.884 y \$1.272.884, en su orden; (iv) labora «[...] mediante el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, debido a que el servicio [que presta] es un servicio público esencial de conformidad con lo dispuesto en la Ley 322 de 1996»; (v) causó recargos nocturnos y festivos diurnos y nocturnos, los cuales fueron liquidados en porcentajes del 35%, 200% y 235%, respectivamente, para los años de 2008 a 2011; y (vi) devengó por concepto de salario, además de los mencionados recargos, asignación básica, bonificaciones especial por recreación y por servicios prestados, primas de antigüedad, navidad, riesgo, vacaciones y semestral y salario de vacaciones.

b) Escrito de 15 de abril de 2011 (ff. 13 a 15), con el que la actora, a través de apoderado, solicitó de la demandada la liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y la consecuente reliquidación de los factores salariales y prestacionales, incluidas sus cesantías, con su respectiva indexación, desde el 2008.

c) Oficio 2011EE2018 de 25 de abril de 2011 (ff. 18 y 19), por medio del cual se le negó a la accionante la petición relacionada en la letra anterior, bajo el argumento de que «[...] los días de descanso se [le] está reconociendo en la asignación básica mensual» y «Para los años 2008, 2009, 2010 y 2011 se le han venido reconociendo, liquidando y pagando recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos y nocturnos [...]» conforme a la ley, contra el cual interpuso recurso de reposición (ff. 20 a 31), desatado de manera desfavorable el 10 de junio de 2011 (ff. 34 a 39).

3.5 Caso concreto. De las pruebas relacionadas en el acápite anterior, se infiere que la actora se vinculó al Distrito Capital —secretaría de gobierno- cuerpo de bomberos de Bogotá— el 29 de octubre de 1980, y, luego, fue incorporada a la planta de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos el 1.º de enero de 2007 y, en la actualidad, se desempeña como sargento de bombero, código 417, grado 18, condición en la que deprecó de la demandada el reconocimiento de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y la consecuente reliquidación de los factores salariales y prestacionales, incluidas sus cesantías, desde el 2008, por haber laborado más de las 44 horas semanales establecidas como jornada laboral para los empleados públicos territoriales, entre los cuales se encuentra ella, lo cual le fue negado por la Administración.

En principio, resulta oportuno precisar que, en relación con la jornada laboral de los bomberos, la Sala evoca e insiste en el criterio expuesto, en sentencia de 12 de febrero de 2015²¹, consistente en que la labor bomberil no desarrolla actividades de naturaleza discontinua, intermitente o de simple vigilancia, sino de carácter continuo y permanente; y, por ende, el límite máximo legal de 66 horas semanales de jornada laboral, previsto en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, no le corresponde, sino el ordinario de 44, ya que falta una regulación especial sobre la materia²².

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

Para fortalecer lo expuesto, la Sala²³ ha expresado entre otras razones que justifican la aplicación del referido Decreto 1042 de 1978, las siguientes: (i) la norma de carácter territorial (Decreto 388 de 1951²⁴) no contiene una regulación especial de la jornada laboral para los

miembros de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, más allá de unos turnos de labor; (ii) con la expedición del Decreto 1042 de 1978, el reglamento de los bomberos antes citado quedó tácitamente derogado²⁵ al contrariar la jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 del referido Decreto, y, por otro lado, el límite máximo legal de 66 horas semanales solo fue previsto para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la que carece la de estos servidores; y (iii) la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y como tal, tiene un límite del cual no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de determinar el horario de trabajo al amparo de la aludida disposición.

Bajo esta tesitura, no puede aceptarse el argumento de la entidad, consistente en que con la expedición del Decreto 388 de 1951 se reguló lo concerniente a la jornada laboral de los bomberos, pues debe aclararse que una cosa es establecer el sistema de turnos para la prestación del servicio y otra diferente, la regulación de dicha jornada, reservada al legislador, por lo que es evidente que ante la ausencia de normativa especial debe acudir a la general, que, se insiste, es el Decreto 1042 de 1978, que para el caso específico dispone en su artículo 35 que «[...] sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso».

Tampoco, estima la Sala que sea procedente tener en cuenta el parágrafo primero del artículo 131 del Decreto 991 de 1974²⁶, derogado por el artículo 156 del Decreto distrital 654 de 2011²⁷, como regulación especial sobre la materia, en atención a que consultada la norma, esta señala que las jornadas de trabajo allí previstas no se aplican, entre otros funcionarios, a los empleados del cuerpo de bomberos²⁸, además de estar la norma derogada.

Frente al acuerdo 3 de 8 de diciembre de 1999, proferido por el concejo distrital de Bogotá, de su lectura se concluye que este tampoco se ocupó de regular la jornada especial para el cuerpo de bomberos, y en relación con las horas extras de los funcionarios distritales que fijó un límite máximo del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario²⁹, no será considerado por la Sala, toda vez que por disposición del artículo 150, numeral 19, letra e), de la Constitución Política, el régimen salarial de los empleados públicos es de creación legal, competencia reservada exclusivamente al Congreso.

Y si bien el director de la UAECOB, mediante Resolución 656 de 29 de diciembre de 2009, estableció a partir del 1.º de enero de 2010 una jornada máxima especial laboral de 66 horas semanales para los servidores públicos uniformados que allí prestan sus servicios, no se reguló específicamente la jornada laboral para los bomberos, motivo por el cual tampoco aplica³⁰, además de contrariar el Decreto 1042 de 1978.

Es decir, que ante la falta de existencia de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de bomberos de Bogotá, debe aplicarse el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que implica que toda labor realizada en exceso de las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras, las cuales deben ser remuneradas en las condiciones previstas en los artículos 35 y siguientes de la referida norma, previa deducción de los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador.

Ahora bien, el límite legal, de las 44 horas, determina el tope de horas semanales laboradas, que debe multiplicarse por 52 semanas, que son las que tiene el año, y dividir el resultado entre 12 meses, para obtener 190 horas al mes, motivo por el cual el parámetro que aplica la accionada, conforme a su sistema de liquidación de recargos, que según su parecer es adecuado y tiene como fundamento la norma básica de 8 horas diarias por 30 días al mes, bajo una supuesta jornada de 66 horas semanales, no es correcto, por lo que era procedente para la liquidación de las horas extras (trabajo adicional a la jornada laboral establecida), tener en cuenta dicha base (190 horas) para determinar el valor de la hora ordinaria.

Aunque en el proceso no obra autorización del desempeño de funciones en horas extras, conforme lo exige el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, se sobreentiende que al establecerse el sistema de turnos esta va implícita, máxime cuando la entidad accionada reconoce que ha pagado recargos ordinario nocturno, festivos diurno y nocturno, tal como lo dejó sentado en la «liquidación de recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos y nocturnos» (ff. 19 y 19 vuelto), en la que se consignan las siguientes fórmulas:

Recargo ordinario nocturno= Asignación Básica Mensual / 240 x 35% x No. Horas laboradas. (Calculado de 6:00 p.m. a 6:00 a.m.)

Recargo festivo diurno = Asignación Básica Mensual / 240 x 200% x No. Horas laboradas. (Calculado de 6:00 a.m. a 6:00 p.m.)

Recargo festivo nocturno= Asignación Básica Mensual / 240 x 235% x No. Horas laboradas. (Calculado de 6:00 p.m. a 6:00 a.m.)

Lo anterior significa que el pago de los distintos recargos los efectuó la accionada con base en 240 horas mensuales y no en 190 para fijar el valor de la hora ordinaria, sin reconocer las horas extras, pues consideró que estos eran más beneficiosos para la empleada, ya que en ningún caso se podía realizar un pago que excediera las 50 horas extras mensuales³¹.

Sobre el particular, la sentencia de 12 de febrero de 2015, citada en páginas anteriores, sobre las horas extras, en un caso similar al que se examina, dijo:

Al proceso se allegó la certificación de los turnos laborados por el actor, expedida por la Subdirectora de Gestión Corporativa de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos [...] de la que se desprende que trabajó en una jornada de 24 horas de labor por 24 horas de descanso (24 x 24), que incluye horas diurnas y nocturnas, alternando en una semana 4 días de trabajo y 3 de descanso y en la siguiente, 3 días de labor y 4 de descanso, por lo que en una semana laboraba 72 horas y en la otra 96, lo que arroja un promedio de 360 horas laboradas en el mes, superando de esta forma la jornada ordinaria legal de 44 horas semanales que equivalen a 190 horas mensuales³².

De lo anterior se tiene que si el actor trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y si la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces el actor laboró 170 horas adicionales a la jornada ordinaria³³, es decir, tiempo extra, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero 50 horas extras al mes, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. Dicha norma establece que no se pagarán más de 50 horas extras al mes y que las horas extras laboradas que excedan el tope señalado, se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un (1) día hábil por cada 8 horas de trabajo.

Bajo tal entendimiento, como en el presente caso el actor laboró 170 horas extras, de las que sólo se pueden pagar en dinero 50 horas extras y las que superen dicho tope se pagarán con tiempo compensatorio, se deduce que el actor tenía derecho a que le fueran compensadas 120 horas extras al mes, a razón de un (1) día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo, es decir, 15 días de descanso.

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

Así las cosas, el actor tiene derecho al reconocimiento de cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en el mes, tal y como se desprende de los turnos registrados en las planillas, a partir del 27 de noviembre de 2006³⁴, conforme lo solicitó en las pretensiones de su demanda y lo ordenó la sentencia de primera instancia la cual habrá de confirmarse en tal sentido.

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

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

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

[...]

Así las cosas, como en el presente asunto no existe medio probatorio que dé cuenta, de manera expresa y categórica, del número de horas extras laboradas por la demandante, sino que solo hay un documento³⁵ que tiene el registro de las secciones en que prestó los servicios (debe entenderse por sección los turnos en días pares e impares), de lo que se infiere que a ella le correspondieron tres turnos en una semana (72 horas) o cuatro en otra (96 horas), de 24 horas por 24 de descanso, para un total de 360 horas mensuales, lo cual supera el tope legal de las 190 horas.

En ese orden de ideas, se colige que si la actora trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces laboró 170 horas adicionales a la jornada ordinaria, tiempo suplementario, del cual solo se pueden pagar en dinero 50 horas extras al mes, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto ley 10 de 1989³⁶, y las que superen dicho tope, esto es, 120, se pagan con tiempo compensatorio, en razón de un (1) día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo, es decir, 15 días de descanso al mes ($120/8=15$)³⁷, que se demostró la accionante ya había disfrutado, por lo que el tiempo extra que excedió el límite legal permitido, fue debidamente compensado con el turno de descanso de 24 horas.

Por otra parte, como a la demandante se le cancelaron los recargos ordinario nocturno (35%), festivo diurno (200%) y festivo nocturno (235%), pero con una base de 240 horas mensuales (ff. 19 y 19 vuelto), se debe modificar esta forma de realizar el cálculo y hacer la respectiva reliquidación con el denominador de 190 horas mensuales, como atrás se explicó, y no en las que determinó el *a quo*, esto es, 220.

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

Ahora bien, según el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978³⁸, 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 la actora descansaba 24 horas por cada 24 de labor; por lo tanto, le asiste razón al *a quo* en denegar esta pretensión, por comprobarse que ese beneficio ya fue concedido.

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

En cuanto a la reliquidación de los demás emolumentos, tales como bonificaciones, primas de riesgo, antigüedad, servicios, vacaciones y navidad y vacaciones, no se tendrán en cuenta las horas extras y recargos, puesto que los artículos 1.º del Decreto 306 de 1975³⁹, 45, 49 y 59 del Decreto 1042 de 1978 y 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978 no las prevén como factores salariales para su liquidación.

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

A manera de corolario, no le asiste razón a la entidad demandada cuando alega que existía norma especial que regulaba el horario de trabajo de los bomberos de la UAECOBV y que la liquidación que se realizaba era más favorable a la actora, ya que, como quedó demostrado, esta no incluyó el reconocimiento de las horas extras laboradas.

3.6 Síntesis de la Sala. Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se (i) confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, que accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda, (ii) modificará el fallo apelado, en el sentido de ordenar a la entidad demandada reconocer y pagar a favor de la actora a) el valor correspondiente a cincuenta horas (50) extras al mes, con fundamento en los artículos 36 a 38 del Decreto 1042

de 1978, liquidadas con base en el factor hora que resulte de dividir la asignación básica mensual sobre el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral (190); y b) las diferencias que resulten entre lo pagado por concepto de recargos ordinario nocturno (35%) y festivos diurno (200%) y nocturno (235%), el trabajo en dominicales y festivos laborados por la demandante y lo que se debió cancelar por dichos conceptos, con la aplicación del cálculo de 190 horas mensuales, que corresponden a la jornada ordinaria laboral, y no 240, y (iii) revocará la decisión de liquidar las prestaciones sociales con base en el trabajo suplementario del cual se ordena su reajuste.

Por último, en razón a que quien se halla habilitado legalmente para ello confirió poder en nombre de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (ff. 608 a 610), se reconocerá personería al profesional del derecho destinatario de dicho mandato.

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

FALLA:

1.º Confírmase parcialmente la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección A de la sección segunda), que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda incoada por la señora Judith Clemencia Pallares Botiva contra el Distrito Capital - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.º Modifícase el ordinal segundo del fallo apelado, en el sentido de ordenar a la entidad demandada reconocer y pagar a favor de la señora Judith Clemencia Pallares Botiva (i) el valor correspondiente a cincuenta horas (50) extras al mes, con fundamento en los artículos 36 a 38 del Decreto 1042 de 1978, liquidadas con base en el factor hora que resulte de dividir la asignación básica mensual sobre el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral (190), y (ii) las diferencias que resulten entre lo pagado por concepto de recargos ordinario nocturno (35%) y festivos diurno (200%) y nocturno (235%), el trabajo en dominicales y festivos laborados por la actora y lo que se debió cancelar por dichos conceptos, con la aplicación del cálculo de 190 horas mensuales, que corresponden a la jornada ordinaria laboral, de acuerdo con la motivación de esta providencia.

3.º Revocase el ordinal tercero de la parte decisoria de la providencia de primera instancia, que accedió a la reliquidación de las prestaciones sociales devengadas por la demandante, con base en el reajuste del trabajo suplementario y recargos ordenado, para en su lugar negar tal súplica, en atención a las consideraciones de este fallo.

4.º Reconócese personería al abogado Juan Pablo Nova Vargas, con cédula de ciudadanía 74.189.803 y tarjeta profesional de abogado 141.112 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, en los términos del poder conferido.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Impedida

1 De la parte demandante en folios 487 a 510 y de la demandada en los folios 465 a 486.

2 «Por la cual se declaran de utilidad pública las instituciones denominadas Cuerpos de Bomberos y se dictan otras disposiciones».

3 «Por la cual se crea el Sistema Nacional de Bomberos de Colombia y se dictan otras disposiciones».

4 Letra a) del artículo 6.

5 Suprimido por el artículo 30 del acuerdo 546 de 2013, que dispuso «Suprimir del artículo 52 del Acuerdo 257 de 2006, la función básica de prevención y atención de emergencias y por ende el literal b) ibídem, con excepción de las funciones asignadas a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá».

6 Modificado por los Decretos 646 de 2011 y 611 y 612 de 2014.

7 Derogado por el Decreto 555 de 2011.

8 Derogado por el Decreto 189 de 2008.

9 Derogado por el Decreto 189 de 2008, el cual a su vez fue derogado por el Decreto 559 de 2011.

10 Artículo 1 del Decreto 540 de 2006, que ordenó: «Suprímense los siguientes cargos pertenecientes a la planta global de empleos de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá:

[...]

PARÁGRAFO: Los servidores públicos titulares de los cargos que por el presente se suprimen, serán incorporados sin solución de continuidad y conservarán los derechos consolidados y las garantías laborales protegidas por la Ley de conformidad con lo previsto por el parágrafo primero del Acuerdo 257 del 30 de noviembre de 2006, expedido por el Concejo Distrital».

11 Ver Decreto 541 de 2006.

12 Ver Decreto 542 de 2006.

13 Parágrafo del artículo 1º del Decreto 542 de 2006, según el cual «[...] Los servidores públicos titulares de los cargos que fueron suprimidos de la Dirección Cuerpo Oficial de Bomberos en la Secretaría de Gobierno, serán incorporados en los cargos creados en el presente Decreto, sin solución de continuidad y conservarán los derechos consolidados y las garantías laborales protegidas por la Ley de conformidad con lo previsto por el parágrafo primero, artículo 31 del Acuerdo 257 del 30 de noviembre de 2006, expedido por el Honorable Concejo Distrital».

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

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

la ordinaria nocturna entre las 18:00 y las 6:00 horas.

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

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

18 Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, expediente 25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-13), C. P. Gerardo Arenas Monsalve, que reiteró y amplió el criterio jurisprudencial expuesto al decidir los procesos (i) 66001-23-31-000-2003-00041-01 (1022-06), de 17 de abril de 2008, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; (ii) 66001-23-31-000-2003-00039-01 (9258-2005), de 2 de abril de 2009, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; (iii) 2003-00042-01 (1018-06), de 28 de enero de 2010, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero; (iv) 25000-23-25-000-2010-00725-01 (1046-2013) de 30 de agosto de 2012, C. P. Gerardo Arenas Monsalve; y (v) 25000-23-25-000-2010-00515-01 (1051-13), de 31 de octubre de 2013, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁹ «Por el cual se dictan algunas medidas en materia salarial para el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones».

20 Artículos 85, 102 y 134 del Decreto 388 de 1951 y 131 del Decreto 991 de 1974.

21 Como se señaló en la referida providencia, «[...] 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 consultaría 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"».

22 Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 2 de abril de 2009, expediente 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, actor: José Dadner Rangel Hoyos y otros, demandado: municipio de Pereira, en la que se indicó que «[...] La Jurisprudencia de la Corporación ha señalado que por la labor que ejercen las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, no están sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial, que es la regulada por el ente empleador; y como en el sub lite, el ente demandado omitió expedir tal regulación, se debe entender que la jornada de trabajo aplicable a esos servidores es la correspondiente a 44 horas semanales fijada en el Decreto No. 1042 de 1978».

23 Ver entre otras sentencias de la subsección la proferida el 10 de noviembre de 2016, con ponencia del consejero de Estado César Palomino Cortés, expediente 25000-23-25-000-2010-000446-01(4573-13), actor: José Miguel Roza Millán, demandado D. C. de Bogotá-secretaría de gobierno-UAECOB.

24 «Por el cual se establece el Reglamento del Cuerpo de Bomberos».

25 Hay derogación tácita cuando las disposiciones de la ley que deroga no pueden conciliarse con las de la ley anterior, es decir, que van en contravía, tal como se desprende de la parte final del artículo 71 del Código Civil, el cual establece: «La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial».

26 «Por el cual se expide el estatuto de personal para el Distrito Especial de Bogotá».

27 Ibidem.

28 Sobre este aspecto, la sección, en la sentencia de 2 de abril de 2009 dictada dentro del expediente 9258-2005, ya referenciada, expuso que «[...] el vacío normativo respecto a esta labor se suplirá con el Decreto 1042 de 1978 porque tratándose de empleados públicos es la Ley y no el convenio la que tiene la autoridad para fijar el régimen salarial de los empleados. Así mismo se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa al trabajador».

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

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

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

30 Sentencia de 16 de septiembre de 2015, sección segunda, subsección A, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez (E), expediente 25000-23-25-000-2012-00421-01(2538-14), acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Juan Carlos Morea Albañil contra Bogotá. D. C.- Unidad Administrativa Especial Cuerpo oficial de Bomberos de Bogotá.

31 De conformidad con el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, según el cual «Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

[...]

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

32 Cantidad que resulta de multiplicar el número de horas semanales (44) por el factor 4,33 que corresponde al número de semanas en el mes.

33 Cantidad que resulta de la diferencia entre el número de horas laboradas (360) y el número de horas de la jornada ordinaria al mes (190).

34 Lo anterior, teniendo en cuenta que el actor elevó la reclamación en sede administrativa el 27 de noviembre de 2009 (fls. 26 a 28), interrumpiendo de esta forma la prescripción prevista en el Decreto 102 del Decreto 1848 de 1969.

35 Visible en el folio 41.

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

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

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

37 Decreto 1042 de 1978, artículo 36, letra e). «Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se

reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo».

38 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».

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

Relatoría: JORM/DCSG/Lmr.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:00:56