



Sentencia 00203 de 2018 Consejo de Estado

JORNADA LABORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL / TRABAJO SUPLEMENTARIO DEL PERSONAL DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DE LA CÁRCEL DISTRITAL DE VARONES Y ANEXO DE MUJERES - Aplicación del Régimen de los empleados del orden nacional / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD / PRINCIPIO DE IGUALDAD

Se tiene que esta Corporación de acuerdo con las jurisprudencias relacionadas 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.(...) 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 trabajadores. 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.

JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO - Límite

De la transcripción de la norma [Artículo 33 del decreto 1042 de 1978] 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.

HORAS EXTRAS DEL PERSONAL DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DE LA CÁRCEL DISTRITAL DE VARONES Y ANEXO DE MUJERES- Límite / HORAS EXTRAS - Compensación

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. Se estableció que el accionante gozaba de 15 días de descanso al mes, concluyéndose que el tiempo extra excedió el tope permitido, fue debidamente compensado por el sistema de turnos, por lo cual, en esta providencia se abstendrá de ordenar el reconocimiento de un día de salario por cada 8 horas excedidas, toda vez que las horas extras excedidas fueron compensadas con 15 días de descanso por cada mes. NOTA DE RELATORÍA : Consejo de Estado , Sentencia de 11 de noviembre de 2016, Sección Segunda ,Subsección «B» C.P. César Palomino Cortés. Sentencia de 11 de noviembre de 2016 Rad 25000-25-000-2011-00201-01(1906-15).

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1978

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.: 25000-23-25-000-2011-00203-01(0226-13)

Actor: CRISTO JESÚS HERNÁNDEZ SILVA

Demandado: DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE GOBIERNO – DIRECCIÓN CÁRCEL DISTRITAL DE VARORES Y ANEXO DE MUJERES DE BOGOTÁ

SE. 0010

Asunto: Fallo ordinario CCA – Horas extras, dominicales y compensatorios.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia de 19 de julio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección E – Sala de descongestión, que declaró de oficio la excepción de inepta demanda y se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo sobre el asunto.

ANTECEDENTES

El señor Cristo Jesús Hernández Silva por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., pidió la nulidad del Oficio 2010333022341 de 9 de junio de 2010, suscrito por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno, por medio del cual se le informó que esa entidad estaba recopilando información sobre los turnos laborados por él y que de conformidad con ello entraría a liquidar los emolumentos solicitados; así mismo la Resolución 429 de 17 de agosto de 2010, proferida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital, mediante la cual se resolvió recurso de reposición frente al Oficio de 9 de junio de 2010, en donde se confirmó lo establecido en el mismo.

También pidió que se decrete la inaplicación de la Resolución 029 de 15 de enero de 2010, emitida por la Secretaría de Gobierno Distrital, en donde se fijó la jornada laboral máxima en 66 horas semanales para los servidores públicos que pertenecen al Cuerpo de Custodia Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la entidad demandada a que reliquide y pague los factores salariales correspondientes a: 50 horas diurnas en días ordinarios laborados en exceso de la jornada máxima legal para empleados públicos territoriales¹; 15 días de salario básico desde el 18 de mayo de 2007 hasta la fecha en que ejecute el fallo que ponga fin al proceso y proporcionalmente por los días que excedan de los meses de trabajo completos, por haber laborado 360 horas mensuales²; descansos compensatorios por haber laborado de manera ordinaria días domingos y festivos; reliquidación de recargos nocturnos del 35% en días ordinarios y los recargos diurnos y

nocturnos del 200% y 235% a cifras reales; reliquidación y pago de las diferencias generadas por la inclusión de los factores anteriores, en las primas de servicios, vacaciones, navidad y sueldo de vacaciones; y traslado correspondiente de la diferencia que incida en el auxilio de cesantías la fondo al que se encontraba afiliado el señor Cristo Jesús Hernández Silva.

Que la sentencia sea proferida de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

HECHOS

El apoderado de la parte demandante expresó que el señor Cristo de Jesús Hernández Silva ingresó al servicio del Distrito Capital el 19 de abril de 1995 en el cargo de Guardián Código 485 Grado 13 y que desde el 24 de junio de 2008 se encuentra encargado del empleo de Cabo de Prisioneros Código 428 Grado 15, siendo nombrado mediante Resolución 189 de 29 de marzo de 1995 suscrita por el Alcalde Mayor de Bogotá.

Señaló que elevó el 19 de mayo de 2010 una solicitud al Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá, en donde pidió una certificación mediante la cual se señalara la fecha de su ingreso como empleado público, el cargo desempeñado, los salarios básicos de los años 2006, 2007, 2008 y 2009, horario de trabajo, la forma como se liquidaron las horas diurnas nocturnas y festivas. Lo anterior con el objeto de aclarar la jornada laboral semanal y mensual realizada por él.

Manifestó que se le dio respuesta ante su solicitud, pero de manera parcial, por lo tanto, presentó derecho de petición el 30 de julio de 2010 en donde pidió copias de los Oficios 2010340000183 de 4 de enero de 2010 y 2010334000253, siendo contestado mediante Oficio 20103340297311 con elusiva y que por tal motivo presentó derecho de petición el 9 de agosto de 2010, requiriendo se le diera una respuesta completa.

Adujo que el día 3 de septiembre de 2010 recibió el Oficio 20103340333511 emitido por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en donde se le dijo que para la entrega de las copias requeridas debía cancelar los valores correspondientes a las mismas en la Tesorería Distrital.

Dijo que el 19 de mayo de 2010 el apoderado del demandante reclamó en escrito ante la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá la liquidación y pago de lo siguiente: «1. Horas extras diurnas y nocturnas en días ordinarios, dominicales y festivos, laborados desde el año 2007 en adelante en exceso de las 44 horas semanales; 2 Descansos compensatorios del año 2007 en adelante correspondientes a los días festivos y dominicales. 3. La reliquidación de los recargos nocturnos del 35% en días ordinarios y de los días domingos y festivos del 200% y 235% a los factores reales del 35%, 200% respectivamente; 4. La reliquidación de primas de servicios, vacaciones y de navidad del año 2007 en adelante así como el sueldo de vacaciones y demás factores salariales percibidos por el poderdante con base en la liquidación total de horas extras laboradas y recargos nocturnos reliquidados así como los compensatorios cancelados; 5. La reliquidación de la cesantía ante el respectivo fondo o FAVIDI.» (f. 70).

Narró que el 21 de mayo de 2010 pidió al Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital la expedición de una constancia sobre los turnos laborados y emolumentos percibidos por él entre el 18 de mayo de 2007 hasta el 30 de abril de 2010.

Contó que el 10 de junio de 2010 mediante Oficio 201003330223421 de 9 de junio de 2010 el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno le contestó que «La Secretaría Distrital del Gobierno actualmente se encuentra recopilando la información correspondiente a los turnos laborados por la (sic) Hernández Silva y de acuerdo a ello entrar a liquidarle los emolumentos solicitados. En consecuencia, cuando la entidad cuente con la mencionada liquidación de su representado procederá a notificársela personalmente.» (f. 71).

Frente al derecho de petición se dio contestación por parte de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía de Bogotá D.C., en Oficio 20103340231921 de 15 junio de 2010, en donde se le indicó al demandante de conformidad con los archivos de la entidad los reportes de recargos nocturnos, dominicales y festivos efectuados por la Dirección del Cuerpo de Custodia de la Cárcel Distrital al igual que los emolumentos devengados por el accionante desde el 18 de mayo hasta el 30 de abril de 2010. Resaltando el apoderado de la parte demandante que no se dio respuesta respecto de los turnos laborados por el funcionario a pesar de haber instaurado una petición concreta.

Que el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno expidió la Resolución 429 de 17 de agosto de 2010, mediante la cual se confirmó la decisión recurrida considerando que se agotó la vía gubernativa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó como normas violadas las siguientes disposiciones:

Constitucionales: El Bloque de Constitucionalidad artículo 7³ y el preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 25, 39, 48 y 53 de la Carta Política.

Legales: Decreto extraordinario 1042 de 1978 artículos 33, 34, 36, 37 y 39.

En lo referente al preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 25 y 53 de la Constitución Política se limitó a transcribirlos.

Frente al bloque de Constitucionalidad, expresó que existe una vulneración del mismo, ya que se violaron las garantías laborales de los empleados públicos que presentan sus servicios en la Cárcel Distrital de Bogotá.

Hizo alusión al caso de los empleados de los Cuerpos de Bomberos, a los cuales se les negaba hasta el año 2006 las reclamaciones laborales bajo el pretexto 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 si 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 cubre a los empleados de la Cárcel Distrital.

Opinó que 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.

Señaló que 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. 77).

Dijo que la Resolución 1563 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.

Expuso que la Resolución 429 de 2010 expedida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno se equivocó al aplicar en el caso del demandante lo establecido en el artículo 3 de la Ley 6 de 1945 cuando 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 es 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 días domingos y festivos.

Adujo que de conformidad con lo anterior, se tiene que reliquidar las primas de navidad, vacaciones, semestral y demás factores salariales como también los aportes para las cesantías.

TRÁMITE PROCESAL

· El conocimiento del asunto le correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, quien mediante providencia de 17 de marzo de 2011 admitió la demanda (ff. 140 – 141).

· La demanda fue contestada por parte de la apoderada de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (ff. 143 - 160).

· El tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió auto de 20 de junio de 2011, mediante el cual abrió el proceso a pruebas (ff. 224 a 227).

· El Tribunal en mención, expidió auto de 19 septiembre de 2011 en donde corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (f. 267). El demandante y entidad demandada hicieron uso del mismo a folios 268 a 343 y 435 a 438 del expediente respectivamente.

· El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, mediante auto de 3 de febrero de 2012, remitió el proceso a la Subsección E, Sala de Descongestión del mismo Tribunal (f. 440). Quien a su vez profirió sentencia el 19 de julio de 2012, en donde se declaró de oficio la excepción de inepta demanda y se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo sobre el asunto (ff. 441 - 456).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., se opuso a las pretensiones de la demanda (ff. 143 - 160), aduciendo que la Secretaría Distrital de Gobierno – Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres no desconoce el reconocimiento de las horas extras del personal de la Cárcel Distrital, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado en esa materia.

Precisó que la discrepancia con el demandante radica en la forma como pretende que se le liquiden las horas extras y demás derechos laborales, y si en virtud del principio de favorabilidad, resulta más beneficioso para el trabajador el reconocimiento de horas extras o el sistema de pago de recargos que se maneja con el Distrito Capital.

Afirmó que la Secretaría Distrital de Gobierno – Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres ha pagado a sus servidores los recargos nocturnos, diurnos, y festivos de conformidad con la ley.

Dijo en cuanto al caso de los bomberos, que ellos están sometidos a una jornada de trabajo especial, la cual debe ser regulada por el ente empleador y que si no existe esa regulación se tiene que aplicar el Decreto Ley 1042 de 1978 en su artículo 33, el cual también es aplicable a los empleados de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres.

Declaró que el trabajo suplementario es el correspondiente a horas extras que excede la jornada ordinaria, el cual deben ser autorizadas por el jefe del Organismo.

Señaló que las horas extras se encuentran reglamentadas en los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978 haciendo la salvedad que en ningún caso se podrá pagar más de 50 horas extras. También dijo que frente al reconocimiento y liquidación de las mismas se deben deducir los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador.

En cuanto a los recargos nocturnos se liquidarán conforme al artículo 35 del Decreto 1042 de 1979 con los descuentos que a que haya lugar.

Frente a los días dominicales y festivos mencionó que el artículo 39 de precitado decreto estableció que se aplica para aquellos empleados que en razón de su trabajo deben laborar habitualmente y permanentemente los dominicales.

Expresó que no hay descanso compensatorio por cuanto este surge en días que no son hábiles, además no constituyen factor salarial ni afectan las prestaciones económicas ordinarias y comunes.

Esbozó que el horario de trabajo para el cuerpo de custodia y vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá está establecido mediante la Resolución 153 de 2009 expedida por el Gobierno Nacional, sin que se desconociera la aplicación del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 en lo referente a las 44 horas.

Manifestó que Bogotá D.C., tiene un régimen especial. Que el Consejo de Bogotá expidió el Acuerdo 3 de 1999 en el que se reglamentó las horas extras. Y que la Secretaría Distrital de Gobierno aplicó esa norma mediante la Resolución 153 de 31 de marzo 2009, en donde se indicó que el horario del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital, circunstancia que conlleva la no aplicación del Decreto 1042 de 1978 por cuanto el régimen de empleados públicos de Bogotá cuenta con pena autonomía.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección E, Sala de Descongestión mediante providencia de 19 de julio de 2012 declaró de oficio la excepción de inepta demanda y se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo sobre el asunto (ff. 441 - 456).

Señaló que los actos administrativos controvertidos⁴ no producen efectos jurídicos definitivos. Por cuanto no cumplen los presupuestos para tal fin, toda vez que no contienen la voluntad de la administración con miras a crear, modificar o extinguir una situación particular o que decidan directamente o indirectamente el fondo del asunto.

Lo anterior como quiera que la administración no negó ni accedió a la petición por parte del señor Cristo de Jesús Hernández Silva sobre la liquidación de horas extras diurnas y nocturnas en días ordinarios dominicales y festivos; descansos compensatorios; recargos nocturnos y reliquidación de las diferencias causadas en primas, vacaciones y demás factores salariales.

Dijo que los actos demandados solo se limitaron a informar al peticionario que la entidad se encontraba recaudando la información necesaria para resolver la solicitud instaurada por él.

Por lo expuesto anteriormente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró de oficio la excepción de inepta demanda y se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo sobre el asunto.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado del señor Cristo de Jesús Hernández interpuso recurso de alzada (ff. 463 - 472). Manifiesta que no está de acuerdo con la decisión del *a quo*, señalando básicamente lo mismo que expuso en la demanda.

Agregó que en procesos de la misma índole se analizaron los mismos supuesto fácticos en donde se revocaron rechazos de demanda de empleados de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres con actos administrativos idénticos, concluyendo que esos mismos actos demandados si eran susceptibles de acción de nulidad y restablecimiento de derecho, en los cuales quedó agotada la vía gubernativa, en el que se dijo que se tenía que analizar el control de legalidad de los mismos por parte de esta jurisdicción.

Para fundamentar lo anterior, transcribió apartes de jurisprudencia y allegó copia de las sentencias respectivas.

Asevera que los actos demandados no son de trámite y que por ende las pretensiones de la demanda tienen que prosperar. Expresa que con la decisión oficiosa del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de ineptitud de la demanda se vulneró los derechos del demandante entre otros el de petición, el acceso a la administración de justicia, el debido proceso y favorabilidad laboral.

Por todo lo anterior pide que se revoque la sentencia de 19 de julio de 2013 y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado para alegatos de conclusión las partes hicieron uso del mismo.

El apoderado de la parte demandante en escrito de alegatos de conclusión (ff. 504 - 517) hizo un recuento de los hechos, manifestó que el *a quo* no analizó en la sentencia recurrida que el día 25 de agosto de 2010 con la notificación de la Resolución 429 de 17 de agosto de 2010, quedó agotada la vía gubernativa frente a la reclamación presentada el 19 de mayo de 2010, y que aunado a ello la Administración Distrital declaró agotada la vía gubernativa, pero que contrario a lo anterior consideró de manera oficiosa que se presentó la excepción de inepta demanda.

Afirmó que la Resolución 429 de 2010 es una decisión concreta que pone fin a una actuación administrativa y que la única alternativa que tenía frente al Oficio 20103330223421 de 9 de junio de 2010 y la Resolución 429 del 17 de agosto de 2010 era la de agotar la vía gubernativa como requisito de procedibilidad y posteriormente acudir ante la jurisdicción competente para lograr la nulidad de los mismos.

Situación que fue expresa por la administración en la aludida resolución y que el *a quo* no tuvo en cuenta en el momento del fallo por cuanto no miró el anverso del «folio 37 del expediente (oficio demandado), donde aparece la constancia de notificación y la manifestación de la Entidad demanda sobre la procedencia del recurso de reposición contra el mismo así como la decisión de la administración de declarar agotada la vía gubernativa con la Resolución 429 de 2010» (f. 510).

También volvió a aludir los mismos argumentos del recurso de apelación frente a sentencias sobre casos similares y el trato que se le ha dado.

· La apoderada de la Secretaría de Gobierno D.C., Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexos de Mujeres presentó como alegatos de conclusión (ff. 526 – 547).

Manifestó que reitera lo expuesto en los argumentos de la contestación de la demanda.

Señaló que los actos demandados no son definitivos por cuanto no se resolvió el fondo del asunto.

La Sala observa para resumir que dijo esencialmente lo aludido en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos se circunscriben a determinar: i). si los actos demandados eran de trámite o definitivos, y ii). Si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de manera oficiosa podía decretar la excepción de inepta demanda.

Caso en concreto.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección E – Sala de Descongestión, mediante sentencia de 9 de julio de 2012, declaró de oficio la excepción de inepta demanda, por cuanto consideró que los actos demandados son de trámite.

En la demanda se solicitó la nulidad del Oficio 2010333022341 de 9 de junio de 2010, suscrito por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno, por medio del cual se le informó que esa entidad estaba recopilando información sobre los turnos laborados por el señor Cristo de Jesús Hernández Silva y la Resolución 429 de 17 de agosto de 2010, proferida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital, mediante la cual se resolvió recurso de reposición frente al Oficio de 9 de junio de 2010 en donde se confirmó lo establecido en el mismo.

El Oficio 2010333022341 de 9 de junio de 2010 señaló lo siguiente:

«En atención a la reclamación administrativa del asunto, mediante la cual solicita liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestaciones con la respectiva indexación desde el año 2007 en adelante, a favor del señor CRISTO JESUS HERNANDEZ SILVA, quien labora en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres, le manifiesto los siguiente:

La Secretaría Distrital de Gobierno actualmente se encuentra recopilando la información correspondiente a los turnos laborados por el señor Hernández Silva, y de acuerdo a ello entrar a liquidar los emolumentos solicitados.

En consecuencia, cuando la entidad encuentre con la mencionada liquidación de su representado procederá a notificársela personalmente. ...» (f. 37).

Frente al anterior Oficio el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto mediante la Resolución 429 de 17 de agosto de 2010, proferida por la Secretaría Distrital de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. en donde resolvió:

«Confirmar la decisión contenida en el oficio con radicación No. 20103330223421 de 09 de junio de 2010 en el sentido de aplicar la nueva jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la jornada laboral, para la liquidación y pago de horas, extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales con la respectiva indexación a favor del señor CRISTO JESUS SILVA, identificado con la cédula de ciudadanía numero (sic) 79.503.200» (f. 53 vuelto).

i. Actos demandados son de trámite o definitivos?.

Ahora bien, el inciso final del artículo 85 del CCA dice que:

«(...) Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite podrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla».

A su vez el artículo 135 del CCA dispone que:

«ARTÍCULO 135. Modificado por el art. 22, Decreto Nacional 2304 de 1989. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo (...).

Se tiene que esta Corporación analizó mediante sentencia de 2 de junio de 2016⁵ los precitados artículos en donde dijo lo siguiente frente a los actos definitivos y los actos de trámite:

«... los actos definitivos son aquellos que ponen fin a la actuación administrativa, en tanto resuelven el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, ya que crean, modifican o extinguen una situación jurídica particular; a diferencia de las de trámite y preparatorios, que como su nombre lo indica, dan impulso a la actuación preliminar de la administración u organizan los elementos de juicio que se requieren para que esta pueda adoptar, a través del acto principal la decisión de fondo sobre el asunto. Aunque excepcionalmente un acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando decida la cuestión de fondo, de suerte que se haga imposible la continuación de la actuación».

De conformidad con todo lo anterior, se vislumbra que el primer acto demandado es de trámite y el segundo si es un acto definitivo el cual se susceptible de ser de los actos demandado. Por cuanto en el Oficio 2010333022341 de 9 de junio de 2010, se lee claramente que la Secretaría Distrital de Gobierno actualmente se encuentra recopilando la información correspondiente a los turnos laborados por el señor Hernández Silva, y de acuerdo a ello entrar a liquidar los emolumentos solicitados. Y de acuerdo con lo analizado en la sentencia transcrita de esta Corporación este acto sería de trámite, por cuanto da impulso a la actuación preliminar de la administración u organizan los elementos de juicio que se requieren para que esta pueda adoptar, a través del acto principal la decisión de fondo sobre el asunto, que sería liquidar los emolumentos solicitados por el demandante.

En cuanto a la Resolución 429 de 17 de agosto de 2010, proferida por la Secretaría Distrital de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá .D.C., en donde resolvió confirmar la decisión anterior, es evidente que es un acto definitivo por cuanto en la parte considerativa si se le da una contestación frente a los solicitado por el demandante, ya que observa que manifestó que se debe aplicar la nueva jurisprudencia del Consejo de Estado para la liquidación y pago de horas, extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales con la respectiva indexación a favor del señor Cristo Jesús Hernández Silva, en la precitada resolución también se puede lo siguiente:

«...este despacho infiere que para hallar el total de las horas laboradas al mes por el personal del cuerpo de custodia y vigilancia de la Cárcel

Distrital se debe dividir la jornada semanal cualquiera que ella sea (44, 48 o 66) en el número de días hábiles a la semana y multiplicarlo por los 30 días al mes, y no como se enuncia erradamente en el recurso.» (f. 53 vuelto). Negrilla fuera del texto.

Es más, esta Corporación mediante providencia de 10 de noviembre de 2016⁶ en caso similar frente a los actos demandados y la inhibición declarada en primera instancia dijo que:

«En la demanda se solicita la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) Oficio 20103330223351 del 9 de junio de 2010, expedido por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá.

b) Resolución 431 del 17 de agosto de 2010, proferida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá.

En la sentencia de primera instancia, el Tribunal consideró que los actos acusados no son objeto de control en sede judicial, en tanto que en el primero de ellos, la administración se limitó a indicar que se encontraba recopilando información necesaria para proceder a reliquidar los emolumentos solicitados; y en el segundo, si bien se anunció la intención de aplicar la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se efectuó la liquidación definitiva y concreta del tiempo suplementario laborado por el demandante. Con fundamento en este argumento, el Tribunal se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo, al considerar que no se demandó ningún acto administrativo que creara, modificara o extinguiera una situación jurídica, ni que reconociera o negara derecho alguno, pues los actos contra los cuales se dirigió la demanda requerían de una decisión posterior con carácter definitivo.

Por su parte, en el recurso de apelación el demandante manifiesta que existen errores de apreciación en la sentencia recurrida, ya que la vía gubernativa fue agotada con la presentación del recurso de reposición, el cual era procedente de acuerdo a lo indicado por la propia administración al momento de notificar el acto administrativo inicial, recurso que fue decidido a través de la Resolución 431 del 17 de agosto de 2010.

En este orden, le corresponde a la Sala establecer si los actos demandados son susceptibles de control de legalidad en sede judicial, en los siguientes términos:

Del material probatorio allegado al proceso se desprende que el 19 de mayo de 2010, el señor Julio César Caballero Galindo solicitó, por conducto de apoderado, a la Secretaría de Gobierno Distrital realizar la liquidación y pago de horas extras diurnas y nocturnas en días ordinarios, dominicales y festivos, liquidación y cancelación de los descansos compensatorios del año 2007 en adelante, reliquidación de los recargos nocturnos del 35% en días ordinarios y de los días domingos y festivos del 200% y 235%, reliquidación y cancelación de las diferencias, de las primas de servicios, vacaciones y de navidad, y reliquidación de las cesantías reportadas al Fondo Nacional de Ahorro o FAVIDI.

Para dar respuesta a la petición anterior, el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá, expidió el oficio No. 20103330223351 del 9 de junio de 2010 en el que manifestó:

En atención a la reclamación administrativa del asunto, mediante la cual solicita liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestaciones con la respectiva indexación desde el año 2007 en adelante, a favor del señor JULIO CÉSAR CABALLERO GALINDO, quien laboraba en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres, le manifiesto lo siguiente:

La Secretaría Distrital de Gobierno actualmente se encuentra recopilando la información correspondiente a los turnos laborados por el señor Caballero Galindo y de acuerdo a ello entrar a liquidarle los emolumentos solicitados (sic).

En consecuencia, cuando la entidad cuente con la mencionada liquidación de su representado procederá a notificársela personalmente.

La presente decisión se notificará de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo. (Subraya la Sala).

Según el texto anterior, la administración procedería a liquidar los emolumentos solicitados por el demandante, teniendo en cuenta los turnos laborados, una vez fuera recopilada la información correspondiente.

En principio, esta respuesta podría considerarse en sentido formal, como un acto de trámite, en el entendido que la administración no contaba con los elementos necesarios para liquidar el tiempo suplementario laborado por el actor y requería dicha información, para lo cual, era factible, al tenor del artículo 6 del CCA, informarle al solicitante los motivos de la demora y señalarle a la vez, la fecha en que daría respuesta definitiva.

En relación con la naturaleza jurídica de los actos administrativos demandados, la Sala se ha pronunciado en casos análogos al presente⁷, y ha considerado bajo los argumentos que en esta oportunidad se reiteran, que las decisiones administrativas proferidas en respuesta de los requerimientos formulados por el actor, sí son demandables ante esta jurisdicción.

La tesis expresada por la Sala, se resume en los siguientes argumentos:

(i) La administración manifestó claramente que entraría a liquidar los emolumentos solicitados y a notificar personalmente dicha decisión al actor.

(ii) En el oficio con el cual se da respuesta a la petición formulada por el demandante, se dispuso la notificación personal del mismo, de acuerdo con los artículos 44 y 45 del CCA, prevista para los actos que ponen término a una actuación administrativa.

(iii) En el texto de la notificación personal llevada a cabo el 10 de junio de 2010⁸, la administración indicó la procedencia de los recursos en sede gubernativa, de acuerdo con el artículo 47 ibídem, como si se tratara de un acto definitivo.

A partir de lo anterior, la apariencia formal del oficio 20103330223351 del 9 de junio de 2010 como un simple acto de trámite, quedó desvirtuada con la actuación surtida por la administración. El demandante presentó el recurso de reposición el 17 de junio de 2010⁹, el cual fue resuelto por la entidad, hecho que reafirma, que el primero de los actos expedidos no era un simple acto de trámite, pues de considerarlo así, era improcedente el recurso interpuesto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 49 del CCA.

Ahora bien, del contenido de la Resolución 431 del 17 de agosto de 2010¹⁰ proferida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital, se observa que al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto inicial, la entidad sí decidió el fondo del asunto, pues aunque en la resolución no se realizó la liquidación solicitada por el demandante, sí se expresó a lo largo de su motivación la voluntad de acoger los lineamientos jurisprudenciales en torno a la jornada laboral en el sector oficial y, de proceder a liquidar el trabajo suplementario desarrollado por el actor de acuerdo a tales lineamientos, para lo cual debía realizar un cruce de cuentas, en consideración a los pagos realizados por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos.

Al tenor del inciso final del artículo 50¹¹ del CCA, la Resolución 431 de 17 de agosto de 2010, que decidió el fondo del asunto, es un acto que pone fin a una actuación administrativa, razón por la cual, era susceptible de control en sede judicial, según el artículo 135¹² ibídem.

Aunado a lo anterior, la referida resolución agotó la vía gubernativa al resolver el recurso de reposición, según el artículo 63 del CCA.¹³

Por las razones expuestas, considera la Sala que la decisión inhibitoria debe ser revocada toda vez que, contrario a lo afirmado por el a quo, los

actos demandados no podían considerarse como simples actos de trámite exceptuados del control jurisdiccional, pues a través de los mismos, la administración decidió la petición del actor, y además, se dio término a la actuación administrativa con la expedición de la resolución que desató el recurso de reposición.

En este sentido, la Sección Segunda, Subsección A de la Corporación, en un caso análogo, se pronunció mediante sentencia de 21 de noviembre de 2013¹⁴, revocando la sentencia de primera instancia en la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se había declarado inhibido de decidir de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, y sostuvo lo siguiente:

En el presente caso, no le asiste razón al Juez cuando indica que los actos administrativos referidos son de trámite y por ende no son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa. Son dos razones las que fundamentan esta conclusión:

En primer lugar, no tiene sentido hablar de “agotamiento de vía gubernativa” si se hace alusión a los actos que son de trámite. Bien lo señala el artículo 49 del C.C.A., cuando prescribe que contra estos, ni contra los actos de ejecución, ni contra los de carácter general, proceden recursos en vía gubernativa. En este caso se expidió un primer acto, que fue recurrido en reposición; la entidad resolvió el recurso, con lo que se reafirma que la actuación no era meramente preparatoria o de trámite pues en ella se indicó de manera expresa la procedencia del recurso de reposición.

-

En segundo lugar, se ha hecho uso del derecho fundamental de petición por parte del ciudadano que funge hoy como demandante. Las dos actuaciones, oficio y resolución, que son atacadas en el presente juicio de nulidad, no contienen una respuesta definitiva que decida la petición de la demandante; pero, no hay que perder de vista que el artículo 31 del C.C.A., indica que debe darse respuesta oportuna a las peticiones emanadas de la ciudadanía, dando aplicación al artículo 45 de la Constitución Política. Ahora, si la entidad no contó al momento de expedir los actos, con la información primordial para dar solución al petitorio de la demandante, no cabe trasladar esa carga a ésta, quien no tiene la obligación jurídica de cargar con ese perjuicio. La falla de la administración no tiene que ser soportada por el apelante. De manera tal que, si no se dio la respuesta oportuna requerida por la accionante, ello no implica que los actos atacados sean de trámite, como quiera que ponen fin precisamente al trámite iniciado con la petición, pero culminando de una forma deficiente.

En las anteriores condiciones y agotada la vía gubernativa, la actora puede acudir directamente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de conformidad con el artículo 135 del C.C.A., por lo que no es posible exigírsele otra actuación jurídica diferente para que se estudie la legalidad de los actos acusados, pues si bien es cierto que los actos demandados no son definitivos, también lo es que pusieron fin a la actuación administrativa, porque dado su contenido hicieron imposible continuarla (Subraya la Sala).

Como se observa, en dicho pronunciamiento, la Subsección A consideró, que a pesar de que la administración no resolvió de manera oportuna y completa lo solicitado por el demandante, los actos no podían considerarse de simple trámite, porque de su contenido se desprende que los mismos pusieron fin a la actuación administrativa.

La Sala reitera que es el contenido del acto administrativo y no su apariencia formal lo que determina su carácter de enjuiciable al tenor del artículo 50 del CCA.

El incumplimiento de la administración de las normas que regulan el derecho de petición, mediante respuestas incompletas y/o evasivas, que postergan, sin razón aparente, la definición del asunto a un acto posterior que jamás llega a producirse, pone fin a la actuación administrativa, y por lo tanto no puede, de ninguna manera, verse afectado el derecho que tiene el particular de obtener pronta respuesta y ejercer el control de legalidad de los actos de la administración».

Por lo tanto, se deduce indudablemente que sí existe una respuesta negativa a lo peticionado por el actor, lo que conlleva a que esos actos son susceptibles de ser demandados tal como se pudo evidenciar en la sentencia citada.

ii. En cuanto a si oficiosamente el Juez puede decretar excepciones.

El artículo 164 del CCA, dispone lo siguiente:

«Excepciones de fondo. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión. ...»

Por lo tanto los Magistrados integrantes del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección E – Sala de Descongestión que profirieron el fallo recurrido de 19 de julio de 2012, podían de oficio declarar la excepción de inepta demanda, sin embargo, como se pudo apreciar los actos acusados dieron una respuesta negativa al accionante la cual es susceptible de ser enjuiciada y por lo tanto debe ser resuelta en esta instancia judicial.

Aunado a lo anterior se tiene que esta Corporación señaló frente a los fallos inhibitorios lo siguiente en sentencia de tutela de 31 de marzo de 2016 MP. William Hernández Gómez¹⁵:

«La Corte Constitucional ha sido enfática al establecer que es obligación de los jueces decidir de fondo la problemática puesta a su consideración⁵. No obstante, ha sostenido que en algunos casos y de forma excepcional, es procedente que la autoridad judicial profiera un fallo inhibitorio, esto es, mediante el cual pone fin a un proceso pero no estudia el fondo del asunto. Así en sentencia T-713 de 2013, afirmó:

“(…) en principio, las decisiones inhibitorias no tienen cabida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, pues impiden la garantía de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, por cuanto no resuelven de fondo la controversia por la cual el ciudadano acudió a la jurisdicción, prolongando con ello la incertidumbre sobre el derecho subjetivo alegado.

No obstante, la Corte manifestó que dicha afirmación no podía ser absoluta, considerando así la posibilidad de que existan fallos inhibitorios en “casos extremos”, cuando quiera que se establezca con plena seguridad que el juez no tiene otra alternativa. Según lo indicado por esta Corporación, lo anterior debe corresponder “a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial”, pues de lo contrario, como ya se expresó, constituiría una forma de obstruir a las personas el acceso a la administración justicia y, en consecuencia, la incursión por parte del juez en uno de los defectos señalado por la jurisprudencia para que proceda la acción de tutela. (...)”

En ese orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos eventos en los que es posible que los jueces dicten fallos inhibitorios, estos son: i) falta de jurisdicción y ii) cuando agotados los mecanismos jurídicos con los que cuenta el juez, no es posible decidir de fondo.

Esta Corporación a su vez ha venido reiterando esta posición, en los siguientes términos:

“(…) el juez debe siempre procurar dictar sentencias de fondo que pongan fin al conflicto jurídico que le proponen las partes. Los fallos inhibitorios son la excepción y únicamente proceden cuando es insuperable la causa que no se advirtió al inicio del proceso y que se mantiene aún en la sentencia, como en el caso de la caducidad de la acción (...)”

En consecuencia, se observa que de conformidad con el antecedente judicial los jueces deben procurar proferir decisiones de fondo, y solo en los casos expresamente señalados proceder a la expedición de sentencias inhibitorias».

En consecuencia con todo lo expuesto y analizado, esta Sala proferirá decisión de fondo, por cuanto los actos demandados pusieron fin a lo reclamado por el señor Cristo Jesús Hernández Silva.

CUESTIONES PREVIAS.

Se tiene que esta Corporación ya había analizado el tema en cuestión mediante sentencia de 11 de noviembre de 2016¹⁶ 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 Sección¹⁷, 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 3º 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 regularon 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 semanales¹⁸ y por excepción la Ley 909 de 2004¹⁹, 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 precedente²⁰ 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 2º, 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 2010²¹, 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.C., que tornan razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una jornada especial, también lo es que la misma, ha de ser regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a dicha jornada laboral excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978, en cuanto al límite de la jornada laboral y su forma de remuneración²².

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 Políticos²³, 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 constitucional²⁴ 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 1o. 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 19 de abril de 1995 en el cargo de Guardián Código 485 Grado 13 y desde el 24 de junio de 2008 en el cargo de Cabo de Prisiones Código 428 Grado 16 de conformidad con el documento Radicado con el número 20103350222681 del 8 de junio de 2010²⁵, suscrito por la Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., al igual que también se visualiza que prestaba turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso.
2. Que mediante el documento anteriormente aludido, la Secretaría de Gobierno señaló que el actor recibió pagos correspondientes a recargos nocturnos del 35%, por dominicales y festivos en 200% y 235%, según el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978. (Folio 13).
3. 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. 56 a 59) donde se certifica que el señor Cristo Jesús Hernández Silva devengó recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales.
4. El señor Cristo Jesús Hernández Silva 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 19 de mayo de 2010 radicado con el número 2010-624-012588-2 (ff. 33 a 35) de la siguiente manera:

«1). Horas extras diurnas y nocturnas en días ordinarios, dominicales y festivos, laboradas por el funcionario desde el año 2007 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 2008 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 2008 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 2008 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. 33 y 34).

5. La anterior solicitud fue contestada mediante la Resolución 429 de 17 de agosto de 2010, expedido por la Secretaría Distrital (ff. 50 – 54), en donde se le dijo al actor que:

«...este despacho infiere que para hallar el total de las horas laboradas al mes por el personal del cuerpo de custodia y vigilancia de la Cárcel Distrital se debe dividir la jornada semanal cualquiera que ella sea (44, 48 o 66) en el número de días hábiles a la semana y multiplicarlo por los 30 días al mes, y no como se enuncia erradamente en el recurso.» (f. 53 vuelto).

Se tiene que esta Corporación de acuerdo con las jurisprudencias relacionadas 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 1998²⁶, 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»²⁷ 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 trabajadores²⁸.

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 se 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 [...]»²⁹ (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 varia 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	Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales)	Excepción y límites.
Artículo 34	Ordinaria nocturna. El horario que comprende es de 6 p.m. a 6 a.m. para empleados que trabajen por el sistema de turnos.	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 de 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.

Se estableció que el accionante gozaba de 15 días de descanso al mes, concluyéndose que el tiempo extra excedió el tope permitido, fue debidamente compensado por el sistema de turnos, por lo cual, en esta providencia se abstendrá de ordenar el reconocimiento de un día de salario por cada 8 horas excedidas, toda vez que las horas extras excedidas fueron compensadas con 15 días de descanso por cada mes.

Por lo tanto, el demandante tiene derecho al reconocimiento de 50 horas extras diurnas laboradas cada mes, a partir del 19 de mayo de 2007³⁰, 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 se tienen que de acuerdo con la contestación de derecho de petición por parte de la Alcaldía Mayor de Bogotá radicado número 20103340231921 existentes a folios 56 a 57 y las planilla obrantes folios 58 y 59, se pueden 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 manifestó a folio 148 que la cancelación de los recargos ordinarios nocturnos, dominicales y festivos se realizan aplicando las siguientes fórmulas así:

ABM / 240 X 200% X número de horas

ABM / 240 X 35% X número de horas

ABM / 240 X 235% X 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.

En el mismo sentido la sentencia de 11 de noviembre de 2016³¹ 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 x 35% x 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 1978,³² 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, se deniega 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 por lo tanto se debe revocar la providencia impugnada de 19 de julio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 19 julio de 2012, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección «E», que declaró de oficio la excepción de inepta demanda y se inhibió para emitir pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda y se inhibió para emitir pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones formuladas por el señor Cristo Jesús Hernández contra el Distrito Capital – Secretaría de Gobierno, Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio 2010333022341 del 9 de junio de 2010 y la Resolución 429 del 17 de agosto de 2010, expedidos por la Secretaría de Gobierno de Bogotá, mediante los cuales se contestó la solicitud laboral consistente en la liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales presentado por el señor Cristo Jesús Hernández Silva.

TERCERO: CONDENAR al Distrito Capital – Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, a que reconozca y pague al señor Cristo de Jesús Hernández Silva, identificado con la cédula de ciudadanía número 79.503.200 de Bogotá los siguientes derechos laborales:

a). El valor correspondiente a cincuenta (50) horas extras diurnas al mes, desde el 19 de mayo de 2007, con fundamento en los artículos 36 a 38 del Decreto 1042 de 1978, acorde con la prueba documental allegada al proceso, 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 19 de mayo de 2007, 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 demandante, 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 demandante desde el 19 de mayo de 2007, 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 condena a favor del demandante se actualizarán, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = \frac{RH \text{ ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo 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.

CUARTO: 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.

QUINTO: NEGAR la reliquidación de las primas de servicios, vacaciones y navidad, por cuanto el trabajo suplementario no constituye factor salarial para su liquidación.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SÉPTIMO: No hay lugar a condena en costas.

OCTAVO: ORDÉNASE el cumplimiento de la condena en los términos de los artículos 176 y 178 del CCA.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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 44 horas semanales.

2 15 turnos mensuales de 24 horas de trabajo.

3 Pacto Internacional de Derechos Económicos.

4 Oficio número 20103330223421 de 9 de junio de 2010, emitido por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital, mediante el cual se le informó al demandante sobre la forma de liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestaciones con la respectiva indexación, y la Resolución número 429 de 17 de agosto de 2010, también expedida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital mediante la cual se resolvió de manera negativa la reposición contra el oficio anterior.

5 Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección A MP. William Hernández Gómez. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00557-02(3502-14). Actor: Javier Leonardo Galeano Méndez. Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.

6 Sentencia de 10 de noviembre de 2016. Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección «B». Radicación número 25000-23-25-000-2011-00200-01(0283-13). Actor: Julio César Caballero Galindo. Demandado: Distrito Capital - Secretaría de Gobierno - Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

7 Consejo de Estado, 17 de septiembre de 2015, Número interno 0235-2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

8 Folio 36 vuelto.

9 Folios 37 a 47

10 Folios 49 a 53

11 “Art. 50. (...) Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”.

12 “Art. 135. Posibilidad de demanda ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo contra actos particulares. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo. (...)”

13 “Art. 63: Agotamiento de la vía gubernativa. El agotamiento de la vía gubernativa acontecerá en los casos previstos en los numerales 1º y 2º del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja”.

14 Proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el No. 25000-23-25-000-2011-00110-01 (0267-2013). Actor: Flor María Quevedo Garay, Demandado: DISTRITO CAPITAL - SECRETARÍA DE GOBIERNO -DIRECCIÓN DISTRITAL DE VARONES Y ANEXO DE MUJERES DE BOGOTÁ. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

15 Consejo de Estado Sección Segunda - Subsección «A». M.P. William Hernández Gómez. Sentencia de 31 de marzo de 2016. Radicación número: 11001-03-15-2016-00402-00 (AC). Actor: Ana Cecilia Díaz Herrera y otro. Demandado: Tribunal Administrativo de Antioquia.

16 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 Velándia. Demandado: Distrito Capital - Secretaría de Gobierno - Dirección

Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

17 Sentencia de 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. M.P. Ana Margarita Olaya Forero.

18 Decreto 1042 de 1978, artículo 33.

19 Artículo 22.

20 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.

21 Folios 8 a 9.

22 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.

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

24 Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1998.

25 Folios 12 y 13.

26 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección «A». M.P. Alfonso Vargas Rincón. Bogotá D.C., 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 Loricá - 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.

27 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.

28 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».

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

30 Esa fecha se tiene como resultado de la aplicación de la prescripción trienal por cuanto la solicitud fue elevada el 19 de mayo de 2010. (ff. 33 a 35).

31 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 Ruíz Velandia. Demandado: Distrito Capital – Secretaría de Gobierno – Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

32 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 08:36:12