



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN "A"

CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación No. 25000 23 25 000 2010 00299 01 (1274-14)
APELACIÓN SENTENCIA
AUTORIDADES DISTRITALES
ACTOR: EDGAR ENRIQUE TOVAR NIÑO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, contra la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2013 por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, EDGAR ENRIQUE TOVAR NIÑO solicita la nulidad de la Resolución 361 de 26 de octubre de 2009 y de los oficios OAJ -20093330267101 de 30 de julio de 2009, OAJ 2009-955 de 10 de agosto de 2009 y OAJ 2009-1312 de 29 de septiembre de 2009 mediante los cuales se negaron las reclamaciones respecto del reconocimiento y pago de horas extras, descansos compensatorios, reliquidación y cancelación de diferencias por concepto de recargos nocturnos ordinarios y recargos festivos diurnos y nocturnos, y de las diferencias causadas con ocasión de la inclusión de tales recargos.

Como consecuencia de tal declaración pide que se ordene la liquidación y cancelación de 50 horas extras diurnas en días ordinarios laborados en exceso respecto de los empleados territoriales, 15 días de salario básico como tiempo compensatorio por cada mes laborado y el proporcional de los días que excedan los meses completos, pagar los descansos compensatorios a que tiene derecho por trabajar de manera ordinaria domingos y festivos por turnos sucesivos de 24 horas; reliquidar y cancelar los recargos nocturnos del 35% en días ordinarios y recargos diurnos y nocturnos del 200% y 235% en días festivos; reliquidar las primas de servicios, de vacaciones, de navidad, sueldo de vacaciones y demás factores salariales y prestaciones con la inclusión de los anteriores conceptos y reliquidar las cesantías; todo ello entre el 21 de julio y el 31 de diciembre de 2006; así mismo, solicita dar cumplimiento a la sentencia en el término previsto en el artículo 176 del C.C.A., si no se da cumplimiento oportuno a la sentencia, reconocer intereses comerciales y moratorios de conformidad con el artículo 177 ídem y actualizar la condena al tenor de lo dispuesto en el artículo 178 ídem.

Como hechos que sirven de sustento a sus pretensiones, relata los que se resumen a continuación:

Es empleado público territorial y prestó sus servicios mediante una relación legal y reglamentaria con el Distrito Capital – Secretaría de Gobierno – Cuerpo Oficial de Bomberos hasta el 31 de diciembre de 2006 y continuó laborando sin solución de continuidad en el Distrito Capital – Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá desde el 1º de enero de 2007 debido a la transformación de la entidad.

El Decreto Distrital 540 de 2006 mediante el cual se estableció la planta de

empleos de la Secretaría de Gobierno determinó que los empleados al servicio del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá serían incorporados sin solución de continuidad y conservando los derechos consolidados y garantías laborales protegidas por la ley; lo mismo se consagró en el artículo 2º del Decreto Distrital 189 de 2008 por el cual se fijó la planta global de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos.

Durante su relación laboral como bombero ha trabajado en turnos alternativos y consecutivos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, es decir, 15 turnos de 24 horas, que equivalen a 360 horas de trabajo mensual.

Los cargos del personal operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos se asimilan a empleos del nivel asistencial y técnico de la administración distrital, quienes cumplen horarios de 42,5 horas semanales y reciben el mismo salario, de modo que no existe explicación para que se desconozcan sus derechos laborales respecto de horas extras, compensatorios, reliquidación de recargos y demás emolumentos en que incida la inclusión de los mismos.

La legislación laboral del país y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por Colombia establecen jornadas laborales máximas de 8 horas diarias de trabajo y 16 de descanso, inclusive para el personal de vigilancia, sin que exista una reglamentación especial en el caso del personal del Cuerpo Oficial de Bomberos y la justificación de que éste es un servicio esencial no constituye una excusa para desconocer las garantías laborales de los empleados públicos que prestan sus servicios en ese organismo.

Dentro del presupuesto del Distrito, está contemplado un rubro para el

reconocimiento en dinero de días compensatorios, de dominicales, festivos y horas extras, así como el recargo nocturno y el trabajo suplementario; sin embargo, se ha omitido liquidar y pagar a los empleados del Cuerpo de Bomberos, lo adeudado por tales conceptos, lo que viola el derecho a la igualdad.

LA SENTENCIA APELADA

La Sección Segunda- Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 19 de septiembre de 2013 accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, para lo cual ordenó: 1) el reconocimiento y pago del trabajo suplementario a partir del 22 de julio de 2006, tomando como base para la liquidación jornada de 220 horas mensuales; 2) el reconocimiento y pago de un día de salario por cada 8 horas que exceden de las 50 horas extras mensuales laboradas; 3) la reliquidación de las prestaciones sociales causadas a partir del 22 de julio de 2006.

Adujo que en la ley no hay una norma en que se establezca la jornada laboral para la prestación del servicio de los bomberos, razón por la cual ese vacío normativo da lugar a aplicar la jornada ordinaria de trabajo prevista en el Decreto 1042 de 1978, aplicación que atiende los principios de favorabilidad e igualdad laboral.

Sostuvo que como las horas extras que labora el demandante exceden el límite de 50 horas que contiene la norma, ello no implica que solo se paguen tales horas, en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formas y favorabilidad; por lo tanto, lo que debe evitar la administración es

que el tiempo extra que sus empleados laboren, exceda el tope mencionado, razón por la cual ordena que todo tiempo que exceda la jornada máxima legal, sea remunerado como tiempo suplementario.

Manifestó que liquidar los recargos nocturnos con base en el 35% atenta contra los derechos del trabajador, pues de la interpretación de la normatividad vigente y de las horas realmente laboradas por el demandante que equivalen a 140 horas es evidente que deben liquidarse como horas extras, por ser más favorable.

Respecto del trabajo en días de descanso obligatorio señaló que no hay lugar a su reconocimiento por haberse demostrado que cada trabajo suplementario habitual tuvo como consecuencia un descanso previo de 24 horas y posterior de 24 horas más.

LA APELACIÓN

Las partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia del Tribunal en los siguientes términos:

La entidad demandada, aseguró que el Cuerpo Oficial de Bomberos tiene un sistema especial mixto por turnos, según lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 que es diferente al ordinario de 44 horas semanales y que el a quo desconoció la existencia de normas especiales como los Decretos 388 de 1951 y el párrafo del artículo 131 del Decreto 991 de 1974, de modo que como existe una norma especial, es ella la que se debe aplicar y no la que rige a la generalidad.

Señaló que las operaciones aritméticas realizadas por el a quo para liquidar los recargos no corresponden a la realidad pues no tiene en cuenta las situaciones administrativas que se deben considerar para tal efecto y la

liquidación, entendida en esos términos, sería desfavorable al accionante; además, al personal operativo del Cuerpo de Bomberos no se le violó el principio a la igualdad, pues tal principio no es absoluto y se debe predicar entre iguales y no entre personas que cuentan con diferentes situaciones jurídicas, máxime cuando este personal cuenta con régimen especial de aportes para riesgos profesionales, prima de riesgo, entre otras prerrogativas tanto físicas como del lugar en que prestan su servicio.

Precisó que el caso que dio lugar al cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado, que se alude en la sentencia recurrida, surgió porque el municipio de Pereira no había regulado una jornada ni horario especial, lo que no ocurre en este caso en que sí existe norma especial que prevé una jornada de 24 horas para la actividad bomberil.

Por su parte el apoderado especial del demandante fundó su oposición contra la decisión del a quo, en los términos en que fueron tomadas las semanas para contabilizar las horas extras reclamadas, lo cual genera un perjuicio a sus intereses; así mismo, consideró que los recargos nocturnos se deben liquidar con base en el 35% de salario, pero tomando como base 190 horas mensuales de la jornada máxima legal y, en similares términos debe procederse con el reconocimiento y pago de los recargos festivos diurnos, festivos nocturnos y descansos compensatorios.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, precisó que ante la falta de regulación por parte de la administración distrital frente al tema de la jornada laboral de los bomberos, se debe acudir al régimen general de sus empleados, el cual se encuentra regulado en el Decreto 1421 de 1993 y en la Ley 237 de 1992.

Señaló que en vista de que el actor laboró tres turnos de 204 horas en una semana, le reconocieron y pagaron los recargos nocturnos dentro de la jornada ordinaria del 35%, los festivos diurnos del 200% y festivo nocturno del 235% con base en el Decreto 1042 de 1978 y recibió un día de compensación por cada 24 horas de trabajo, por tanto se infiere que existe un margen de horas laboradas que están por fuera de su jornada laboral y que exceden las 44 horas semanales, las cuales merecen ser reconocidas por la entidad demandada como horas extras.

CONSIDERACIONES

En el presente caso el señor EDGAR ENRIQUE TOVAR NIÑO solicita la nulidad de la Resolución 361 de 26 de octubre de 2009 y de los Oficios OAJ - 20093330267101 de 30 de julio de 2009, OAJ 2009-955 de 10 de agosto de 2009 y OAJ 2009-1312 de 29 de septiembre de 2009 mediante los cuales se negaron las reclamaciones respecto del reconocimiento y pago de horas extras, descansos compensatorios, reliquidación y cancelación de diferencias por concepto de recargos nocturnos ordinarios y recargos festivos diurnos y nocturnos, y de las diferencias causadas con ocasión de la inclusión de tales recargos.

Sobre el tema de la jornada de trabajo de los empleados del orden territorial, ésta Corporación ha señalado que el Decreto 1042 de 1978, si bien en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 2° de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas no solamente en la norma precitada, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987; tal normatividad fue ratificada por el artículo 87, inciso segundo de la Ley 443 de 1998.

En efecto, el citado Decreto 1042 de 1978, *“por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”*, es el que regula la jornada laboral de los empleados públicos, aplicable, en principio, a los de la rama ejecutiva del orden nacional¹.

Esta disposición en su artículo 33 señala:

“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.”. (Negrilla fuera de texto).

A su turno, el artículo 2º de la Ley 27 de 1992², por la cual se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, estableció que las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios a la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987, así como sus Decretos reglamentarios y los demás que los modifiquen o adicionen,

¹ “Artículo 1o.- Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente decreto regirá para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante.”.

² Derogada por el artículo 43 de la Ley 443 de 1998, que de todos modos conservó la vigencia del Decreto Ley 2400 de 1968 que regulaba el tema.

son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios a las entidades u organismos del nivel nacional, departamental, distrital y municipal.

Ahora, en lo que tiene que ver con la vigencia de las anteriores disposiciones, el inciso 2º del artículo 87³ la Ley 443 de 1998, precisó:

“Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente ley y las contenidas en los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3º de la presente ley.”.

El artículo 3º *ibídem*⁴, en similares términos a los establecidos en el artículo 2º de la Ley 27 de 1992, dispuso que las normas serían aplicables a los empleados que presten sus servicios a la rama ejecutiva del sector municipal, entre otros.

Finalmente, la Ley 909 de 2004, *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 22 estableció sobre la jornada laboral lo siguiente:

“Artículo 22. Ordenación de la Jornada Laboral.

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

a) Empleos de tiempo completo, como regla general;

³ “ARTICULO 87. (...)Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente Ley y las contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley.”

⁴ “Las disposiciones contenidas en la presente ley son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles Nacional, Departamental, Distrital, Municipal y sus entes descentralizados; en las Corporaciones Autónomas Regionales; en las Personerías”.

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

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

No sobra señalar que la mencionada Ley 909, fue modificada en su artículo 4° por el artículo 51 de la Ley 1575 de 2012, en el sentido de adicionar como sistema específico de carrera administrativa, *"El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos"*, para ello el artículo 52 de la Ley 1575 de 2012 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir normas con fuerza de ley que contengan el sistema específico de carrera de los Cuerpos Oficiales de Bomberos, pero estableció un régimen de transición frente al tema. Dijo la norma:

"Artículo 52. Facultades Extraordinarias. *Revístase al Presidente de la República de facultades extraordinarias de conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de promulgación de la presente ley, para expedir normas con fuerza de ley que contengan, el sistema específico de carrera de los Cuerpos Oficiales de Bomberos.*

Parágrafo. Régimen de transición. *Mientras se expiden los decretos con fuerza de ley que desarrollen las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por este artículo, continuarán rigiendo las disposiciones legales y reglamentarias de carrera administrativa vigentes al momento de la promulgación de la presente ley. "*

Pese a lo anterior, la mencionada regulación no ha sido expedida por el legislador extraordinario.

Agotado lo anterior, la Sala se pronunciará sobre la regulación de la jornada laboral de los bomberos en el Distrito Capital.

Esta Subsección indicó en la sentencia de 17 de abril de 2008, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez Aranguren⁵, que **por la labor que ejercen** las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, no están sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial, que es la regulada por el ente empleador.

Lo anterior, en razón a las particulares características de la labor, encaminadas a prevenir que la comunidad se vea expuesta a situaciones de peligro y/o a conjurar el riesgo que se pueda presentar para responder de una manera eficaz y eficiente a la protección de la sociedad y así ampararla de un daño grave originado en un fenómeno natural o por la acción del hombre.

Dijo la Corporación en aquella oportunidad que el horario de trabajo especial tiene sólida fundamentación en la naturaleza misma de la actividad, que requiere la prestación del servicio en forma continua y permanente, razón por la que es la entidad a la que se presta el servicio, la Pque debe reglamentar el horario, *“tanto para garantizar la prestación efectiva del servicio bomberil, como para garantizar los derechos del trabajador expuesto a dicha actividad, porque no consultaría los principios constitucionales de la dignidad y de la igualdad, la exclusión de las garantías correspondiente a los beneficios de la jornada ordinaria para someterlos a un régimen especial que va en detrimento de sus derechos laborales”*.

Para el caso del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, debe decirse que éste se rige por el reglamento dispuesto en el Decreto 388 de 1951, expedido por el Alcalde Distrital, en cuyo artículo 10º establece que el personal de la institución debe estar siempre listo y con ánimo de marchar al lugar donde

⁵ Proceso radicado con el No. 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06), Actor: JOSÉ ARLES PULGARIN GALVEZ, Demandado: Municipio de Pereira.

las necesidades del servicio lo exijan y el Comando lo disponga; no se aceptan ni se tienen en cuenta necesidades e inconvenientes de familia para efectos de traslados, comisiones y demás servicios, pues es obligatorio cumplir las órdenes del comando.

Ahora bien, la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo de Bomberos mediante Resolución No. 656 de 29 de diciembre de 2009 estableció que la jornada máxima especial laboral de los servidores públicos uniformados que pertenecen a esa Unidad Administrativa es de 66 horas semanales, pero no reguló específicamente la jornada laboral de los Bomberos.

En atención a que la actividad del Cuerpo de Bomberos Distrital es de carácter permanente y se presta de forma continua e ininterrumpida, la Unidad Administrativa estableció un sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado⁶, teniendo en cuenta la jornada ordinaria que incluye horas diurnas y nocturnas, dominicales y festivos de manera continua, es decir que en una semana se trabajan 3 días y descansan 4 y la siguiente semana viceversa.

En este escenario, no puede aceptarse el argumento de la entidad, consistente en que con la expedición del Decreto 388 de 1951 se reguló lo concerniente a la jornada laboral de los bomberos, pues debe aclararse que una cosa es establecer el sistema de turnos para la prestación del servicio y otra bien diferente, es la regulación de la jornada laboral, por lo que es evidente que ante la ausencia de normativa especial debe acudir a la norma general, que se insiste, es el Decreto 1042 de 1978, que para el caso específico dispone en su artículo 35 que *“Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas,*

⁶ Así se indica en la certificación obrante a folio 7. del expediente, suscrita por la Subdirectora de Gestión Corporativa de la UAE - Cuerpo Oficial de Bomberos, de conformidad con el artículo 134 del Decreto Distrital 388 de 1951.

la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.”.

Tampoco puede aceptarse que el parágrafo del artículo 131 del Decreto 991 de 1974⁷ contiene la regulación especial sobre la materia, como dice la entidad, en atención a que consultada la norma, esta señala que las jornadas de trabajo allí previstas no se aplican, entre otros funcionarios, a los empleados del cuerpo de bomberos.

Sobre este aspecto, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de abril de 2009 dictada dentro del expediente 9258-2005⁸; puntualizó que *“el vacío normativo respecto a esta labor se suplirá con el Decreto 1042 de 1978 porque tratándose de empleados públicos es la Ley y no el convenio la que tiene la autoridad para fijar el régimen salarial de los empleados. Así mismo se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa al trabajador”.*

Por lo anterior fuerza concluir, que debe acudirse en este caso a los parámetros establecidos para la jornada laboral establecida en el Decreto Ley 1042 de 1978 como lo indica el artículo 22 de la Ley 909 de 2004, en ausencia de reglamento que expida la entidad territorial.

Ahora bien, respecto de la jornada de trabajo el artículo 33 del mismo estatuto dispuso lo siguiente:

⁷ Por el cual se expide el estatuto de personal para el Distrito Especial de Bogotá.

⁸ Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, demandante: José Dadner Rangel Hoyos y otros.

“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 la horas extras.”.

De la norma en cita se colige que en ausencia de regulación especial, para los miembros de los Cuerpos Oficiales de Bomberos la jornada laboral es considerada como mixta atendiendo al sistema de turnos ya referido, el cual debe ser liquidado conforme a un parámetro de 44 horas semanales.

Este parámetro legal (44 horas) es el que nos sirve para determinar el tope de horas semanales laborales en el *sub lite*, dentro de una jornada mixta de trabajo, que debe multiplicarse por 52 semanas, que son las que tiene el año y dividir el resultado por 12 meses, para obtener **190 horas**.

Lo anterior es contrario al parámetro al que atiende la accionada, es decir, 240 horas, conforme a su sistema de liquidación de recargos, que en su parecer es adecuado por tratarse de un principio contable consagrado en el manual de liquidación de prestaciones sociales del Distrito Capital, que tiene como fundamento la norma básica de 8 horas diarias por 30 días al mes, atendiendo a una supuesta jornada de 66 horas semanales. No obstante, en su defensa, la entidad adopta otra postura al indicar que la jornada es de 330 horas y ni siquiera de 240 o 190 como señala el demandante.

Tal afirmación es errónea, pues al contrario, como ha quedado señalado, a falta de regulación especial debe atenderse a la jornada ordinaria laboral consagrada en el Decreto 1042 de 1978.

Así pues, si la entidad ha venido liquidando de forma equivocada el trabajo suplementario desarrollado por el actor, por desconocimiento del parámetro de 190 horas mensuales laboradas como jornada laboral de acuerdo al Decreto 1042, deberá ordenarse su reliquidación.

En estos términos, la Sala rectifica la postura adoptada en oportunidades anteriores, en las que avaló la fórmula utilizada por la entidad para el pago del trabajo suplementario, de los recargos ordinarios nocturnos y de los recargos festivos diurnos y nocturnos sobre una jornada ordinaria de 240 horas, pues como se precisó anteriormente, la jornada ordinaria equivale a 190 horas mensuales, teniendo en cuenta que la jornada máxima semanal es de 44 horas.

En ese orden, se impone el estudio de cada uno de los elementos reclamados, en los siguientes términos:

1. Del Trabajo Suplementario

1. 1 Horas extras

Es considerado como trabajo en horas extras, el que se presta en horas distintas de la jornada ordinaria de trabajo, las cuales deben ser autorizadas por el Jefe del respectivo organismo, o por las personas en quien hubiere delegado tal atribución.

El reconocimiento y pago de horas extras o el descanso compensatorio, de acuerdo con lo establecido en los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978, se sujeta a los siguientes requisitos:

a) El empleado deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 9 del nivel técnico (Decreto 10 de 1989).

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

c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del 25% o 75% sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, en tanto horas extras diurnas o nocturnas. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del citado Decreto 1042 se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d) En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales (Decreto 10 de 1989, artículo 13).

Frente a las anteriores previsiones, es del caso precisar que en el expediente no obra constancia de autorización de trabajo suplementario, tal y como lo exige la norma reseñada -como acto administrativo-, pero la voluntad de la administración se traduce y evidencia en las órdenes del día que establecían los turnos a realizar por el actor, evitando con ello que el mismo trabajador pudiese disponer arbitrariamente del horario; turnos que como efectivamente se demuestra en el plenario, excedieron la jornada de 44 horas semanales, con lo que se encuentra satisfecho dicho requisito legal.

Esto es evidente, como se advierte de la liquidación de recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos y nocturnos, para el personal operativo de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, en donde se indica que laboraban por el sistema de turnos de 24 horas, por lo que se reitera que el demandante desarrollaba jornadas mixtas de trabajo, correspondientes a 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, en turnos que incluían horas diurnas y nocturnas (fl.7).

Frente al tema de las horas extras, la entidad no las pagó pero a cambio adoptó un sistema de pago de recargos, al considerar que reconocer horas extras generaba un detrimento a los empleados del nivel operativo por el tope que señalan el Decreto Ley 1042 de 1978 y el Acuerdo 03 de 1999.

En efecto, el recaudo probatorio corrobora lo señalado por la entidad, es decir, que no reconoció ni pagó horas extras al actor; pero si allegó certificaciones que acreditan la aplicación del llamado “**sistema**” de pago de recargos, que en su parecer, es más beneficioso al trabajador.

Ahora bien, como se concluye del marco normativo a que se ha hecho referencia y al acervo probatorio, le asiste derecho al demandante al pago de las horas extras laboradas que excedieron la jornada de 44 horas semanales, de acuerdo a las previsiones señaladas en los artículos 35 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, deduciendo para tal efecto los días de descanso remunerado, vacancias, licencias y permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador.

Lo anterior, en tanto la entidad no probó que hubiera realizado reconocimiento alguno por tal concepto, sino que al contrario argumentó que no aplicaba tal “*sistema*”, sino uno de creación propia, que es el “*sistema de recargos*”, que no puede avalarse en tanto que no cuenta con ningún sustento legal y excluye el reconocimiento de las horas extras, a las que como se vio tiene derecho el actor.

Deberá entonces, observarse el límite de reconocimiento que estatuye el artículo 36) literal d) del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto 10 de 1989, en tanto estableció que no podrán pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales, pero su liquidación se efectuará de

acuerdo a las previsiones señaladas en los artículos 35 y siguientes del Decreto No. 1042 de 1978, como se indicó en sentencia citada.⁹

Dando plena aplicación normativa, deberá atenderse también a la previsión contenida en el numeral e) del artículo 36 del Decreto Ley 1042, es decir *“Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superar dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.”*

Ahora bien, el Acuerdo Distrital No. 3 de 1999 *“por el cual se fija el incremento salarial para la vigencia fiscal de 1999, de las distintas categorías de empleo del Concejo, la Contraloría, la Personería y la administración central del Distrito Capital y se dictan otras disposiciones”* precisó en el inciso final del artículo cuarto, modificado por el artículo 3° del Acuerdo Distrital 9 de 1999, que *“En ningún caso se pagará, mensualmente, por concepto de horas extras, dominicales o festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario”*.

En principio, tal prohibición sería aplicable al *sub lite* en tratándose de un funcionario de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos de Bogotá, entidad que pertenece al orden distrital sector central; sin embargo, como tal restricción está contenida en una norma de carácter territorial, y entra en contradicción con el Decreto Ley 1042 de 1978, norma que como se dijo es la que contiene la jornada ordinaria que rige el caso, dicha razón conlleva necesariamente la inaplicación al caso de la referida exclusión.

1.2. De los recargos nocturnos

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, 2 de abril de 2009, Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05), Actor: JOSE DADNER RANGEL HOYOS Y OTROS, Demandado: Municipio de Pereira.

El artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, estipula un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre la asignación mensual para los empleados que trabajan ordinariamente en la jornada nocturna en el sistema de jornadas mixtas, como el caso del actor. Dispone la norma:

“ARTICULO 35. DE LAS JORNADAS MIXTAS. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para los funcionario que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan **horas diurnas y nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con periodos de descanso.**

Los incrementos de salario a que se refiere los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo.”
Negrilla y subrayas de la Sala.

En ese orden de ideas, no cabe duda de que el actor laboró 24 horas del día, de 8:00 de la mañana a 8:00 de la mañana del otro día, esto es, durante jornada diurna y nocturna, con descanso intermedio de 24 horas, por lo que le asiste el derecho a la liquidación de dicho trabajo, conforme a la norma en cita

Por tal razón revisará la Sala los términos de la liquidación efectuada por la entidad, en capítulo posterior.

1.3. Trabajo en días de descanso obligatorio, dominicales y festivos

Respecto del trabajo en días de descanso obligatorio, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 reguló el asunto en los siguientes términos:

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

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

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

El artículo transcrito señala que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos corresponde a los empleados públicos que en razón de sus funciones deban laborar habitual y permanentemente tales días.

En esos casos, el trabajo se remunera con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo habitual por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado, **sin perjuicio del recargo a que haya lugar por el trabajo nocturno realizado en día de descanso obligatorio.**

En efecto, la jornada laboral del actor se desarrollaba bajo el sistema de turnos, lo que implica una previa programación de su jornada laboral mensual, por lo que conocía de antemano los domingos del mes que debía prestar sus servicios, convirtiéndose en un hábito laborar, según la rotación de turnos prevista, lo que hace que su labor en días de descanso se convirtiera en algo habitual¹⁰.

Entonces, al estar demostrado el trabajo ordinario en días dominicales y festivos de manera habitual por parte del señor EDGAR ENRIQUE TOVAR NIÑO al servicio del Cuerpo de Bomberos de Bogotá D.C., posteriormente Unidad Administrativa Especial, es procedente el reconocimiento de la remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado.

Pese a lo anterior, advierte la Sala que el descanso compensatorio surge del trabajo realizado en días que no son hábiles, y como quedó demostrado en el

¹⁰ Consejo de Estado, Sentencia 268-06 de 28 de febrero de 2008, actor: Claudia Posada Aguilar, M. P. Doctor Jaime Moreno García.

plenario que el actor laboraba 24 horas pero descansaba otras 24, inclusive en días hábiles, no hay lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio, posición reiterada de esta Corporación¹¹.

Conforme al marco normativo y jurisprudencial procede entonces la Sala a establecer los términos del restablecimiento del derecho frente a los recargos ordinarios y festivos nocturnos y el trabajo en días de descanso obligatorio.

2. Del restablecimiento del derecho frente a los recargos ordinarios y festivos nocturnos y el trabajo en días de descanso obligatorio

De acuerdo con las pruebas aportadas, aprecia la Sala que la entidad demandada pagó “recargos ordinarios nocturnos” del 35%, “recargos festivos diurnos” del 200% y “recargos festivos nocturnos” (235%), de la siguiente manera (FI-43):

AÑO	Recargo ordinario nocturno 35%		Recargo festivo diurno 200%		Recargos festivo nocturno 235%	
	No. de	Valor Horas	No. de	Valor Horas	No. de	Valor Horas
AÑO 2007	1676	\$2.391.064	365	\$2.975.979	384	\$3.678.057
AÑO 2008	1678	\$2.703.858	378	\$3.468.900	366	\$3.950.391
AÑO 2009	751	\$1.216.285	170	\$1.573.280	180	\$1.957.345

En dicha certificación, la entidad señaló la fórmula utilizada para la liquidación de los valores mencionados en los siguientes términos:

¹¹ Consejo De Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil ocho (2008), Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06).



Recargo ordinario nocturno = Asignación básica mensual / 240 X 35% X No. Horas laboradas. (6:00pm a 6:00am)
Recargo festivo diurno = Asignación Básica Mensual / 240 X 200% X No. Horas laboradas. (6:00am a 6:00pm)
Recargo festivo nocturno = Asignación Básica Mensual / 240 X 235% X No. Horas laboradas.” (6:00pm a 6:00am)

Como se aprecia, la formula empleada por la entidad no se ajusta a las normas analizadas, por cuanto los dominicales y festivos, como los mismos recargos tanto ordinarios como festivos nocturnos, deben ser retribuidos al tenor del referido Decreto 1042 de 1978 que establece 44 horas semanales, por lo que debe partirse de una base de 190 horas mensuales, y no de 240, como lo hizo la entidad.

En consecuencia, le asiste derecho al actor a que la entidad le reliquide y pague los recargos ordinarios nocturnos del 35%, a la remuneración por trabajo en días de descanso obligatorio y al pago de los recargos festivos nocturnos, pero **partiendo de 190 horas mensuales como jornada ordinaria laboral**, para lo cual deben observarse los parámetros de liquidación consagrados en los artículos 35 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978 y no el sistema de recargos a que acudió la demandada, pues frente al trabajo en dominicales y festivos la última de las normas señaladas dispone que los trabajadores *“tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado.”*

3. De la reliquidación de prestaciones sociales:

Corolario de lo anterior, tiene derecho el demandante al reconocimiento del trabajo suplementario por horas extras con sus descansos compensatorios-si hubiere lugar-, la remuneración por su trabajo en días de descanso obligatorio y los recargos tanto ordinarios como festivos nocturnos, sobre una base de 190 horas mensuales laboradas dentro de la jornada ordinaria laboral, situación de la cual depende la reliquidación de las prestaciones sociales, incluyendo las cesantías e intereses por este concepto.

Conforme a ello, la accionada procederá a reliquidar las prestaciones sociales reconocidas y pagadas al actor durante el tiempo de vinculación a la entidad, incluyendo en la base salarial los conceptos a que se ha hecho referencia¹², desde el 22 de julio de 2006, por prescripción trienal, atendiendo a los parámetros señalados en esta providencia.

No sobra mencionar que de presentarse alguna diferencia en perjuicio del actor entre lo que se le ha venido pagando por parte de la entidad y el reconocimiento efectuado a través de esta providencia, no habrá lugar a devolución de suma alguna, atendiendo a la previsión consagrada en el numeral 3º del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, pues no se afirmó ni se demostró que el demandante hubiera incurrido en actos dolosos y de mala fe para obtener el reconocimiento de las diferencias señaladas; por lo tanto no está obligado a devolver lo que le fue pagado por este concepto.

Las sumas a pagar se actualizarán de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada concepto, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

¹² Hora extras, trabajo en días de descanso obligatorio y los recargos impetrados ordinarios y festivos nocturnos, sobre una base de 190 horas mensuales laboradas.

De igual manera la entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Decreto 01 de 1984.

En los anteriores términos, la Sala modificará parcialmente la sentencia de primera instancia con el fin de ajustar los parámetros previamente establecidos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-Sección “A” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

1.- INAPLÍCASE el inciso 3° del artículo 4° del Acuerdo 3 de 1999, *"Por el cual se fija el incremento salarial para la vigencia fiscal de 1999, de las distintas categorías de empleo del Concejo, la contraloría, la personería y la administración central del distrito capital y se dictan otras disposiciones"*, conforme a lo señalado en precedencia.

2.- MODIFÍCASE el numeral segundo de la sentencia apelada, el cual quedará así:

“CONDENÁSE al Distrito Capital de Bogotá D.C. – Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, a reconocer y pagar al señor EDGAR ENRIQUE TOVAR NIÑO, el trabajo que exceda de 190 horas mensuales y para ello liquidará y cancelará las horas extras con sus descansos compensatorios –si hubiere lugar-, la remuneración por su trabajo en días de descanso obligatorio, dominicales y festivos, así como los recargos tanto ordinarios como festivos nocturnos que hubiere laborado, desde el 22 de julio de 2006, en la forma motiva de esta providencia.



Para el efecto, se deducirán los días de descanso remunerado, las vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador, y cancelará la diferencia que surja entre los valores cancelados por el sistema que venía aplicando la entidad demandada y la orden que se impone.

De surgir alguna diferencia en perjuicio del actor frente a lo que se le ha venido cancelando por la entidad y el reconocimiento efectuado a través de esta providencia, no se ordenará devolución alguna.

3. CONFIRMASE en lo demás

Se reconoce personería al abogado Quintiliano Pineda Cespedes como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder que antecede.

En firme la presente sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN SANDRA LISETT IBARRA VELEZ (E)

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO