



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”**

Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre del año dos mil dieciséis (2016)

Referencia: 25000-23-25-000-2011-00111-01

Número Interno: 4893-2015

Actor: MARCO ALEJANDRO GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ

Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARÍA DE GOBIERNO -

DIRECCIÓN CÁRCEL DISTRITAL DE VARONES Y

ANEXO DE MUJERES DE BOGOTÁ

**Asunto: Jornada de trabajo, horas extras y descansos
compensatorios**

Segunda instancia-Decreto 01 de 1984

=====

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de septiembre de 2015, proferida 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 para emitir pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones formuladas por el señor Marco Alejandro Gutiérrez Rodríguez contra el Distrito Capital – Secretaría de Gobierno- Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

1. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor Marco Alejandro Gutiérrez Rodríguez, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹ solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los siguientes actos:

a) Oficio 20103330226461 del 10 de junio de 2010, por medio del cual el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá, dio respuesta a la reclamación laboral sobre la liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y demás prestaciones, manifestándole que una vez fuera recaudada la información procedería a efectuar la correspondiente liquidación.

b) Resolución 472 del 27 de agosto de 2010, expedida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el oficio 20103330226461 del 10 de junio de 2010, confirmando la decisión anterior e informando que se daría aplicación a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la jornada laboral, horas extras, recargos nocturnos, días compensatorios y, declaró agotada la vía gubernativa.

Adicionalmente solicitó, la inaplicación de la Resolución No. 029 de 2010, expedida por la Secretaria de Gobierno Distrital, por la cual se fija la jornada máxima legal de 66 horas para el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

¹ Folios 62 a 136

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la entidad demandada, liquidar y cancelar al actor, a partir del 20 de mayo de 2007, los siguientes emolumentos:

- 50 horas extras diurnas mensuales, laboradas en exceso respecto a la jornada máxima legal para empleados públicos territoriales, de 44 horas.

- 15 días de salario básico como tiempo compensatorio por cada mes laborado y proporcionalmente por los días que excedan de los meses de trabajo completos, por haber laborado 360 horas mensuales (15 turnos mensuales de 24 horas de trabajo), a razón de un día compensatorio por cada 8 horas extras laboradas.

- Descansos compensatorios por trabajo ordinario durante los días domingos y festivos.

- Reliquidación de los recargos nocturnos del 35% en días ordinarios y los recargos diurnos y nocturnos por trabajo en días dominicales y festivos, tomando como base la jornada laboral de 44 horas semanales.

- Reliquidación de primas, factores salariales y cesantías.

Igualmente, solicitó reconocer intereses moratorios de conformidad con el artículo 177 del CCA y la indexación de la condena en los términos del artículo 178 ídem.

1.2 Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes:

- El señor Marco Alejandro Gutiérrez Rodríguez, se vinculó al Distrito Capital – Secretaría de Gobierno - Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, el día 22 de noviembre de 2004 en el cargo de guardián, código 485 Grado 13.

- El 21 de mayo de 2010, reclamó ante la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital el reconocimiento, liquidación y pago de horas extras, descansos compensatorios por trabajo en domingos y festivos, la reliquidación de los recargos nocturnos, reliquidación de prestaciones sociales y reliquidación de la cesantía, la cual fue resuelta desfavorablemente por el Director de Gestión Humana, mediante oficio 20103330226461 del 10 de junio de 2010; decisión esta última contra la cual el actor presentó recurso de reposición.

- Mediante oficio 20103350222661 del 8 de junio de 2010, el Director de Gestión Humana de la Secretaría Distrital de Gobierno certificó el cargo desempeñado, la asignación básica mensual para los años 2006 a 2009 y el horario de trabajo con anterioridad al año 2009, correspondiente a turnos de 24 horas de labor consecutiva, y a partir de este año en adelante, turnos de 66 horas a la semana con fundamento en la Resolución 029 del 15 de enero de 2010.

- Por medio de la Resolución 472 del 27 de agosto de 2010, el Director de Gestión Humana de la Secretaría Distrital de Gobierno, resolvió el recurso de reposición contra el oficio 20103330226461 del 10 de junio de 2010, confirmándolo en todas y cada una de sus partes y, declarando agotada la vía gubernativa.

1.3 Normas violadas y concepto de violación

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

De la Constitución Política, artículos 1, 2, 13, 25, 39, 48 y 53.

Bloque de Constitucionalidad, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7.

De orden Legal: Decreto 1042 de 1978, artículos 33, 34, 36, 37 y 39; Decreto 1045 de 1978, artículos 17, 33, 45.

En el concepto de violación, el apoderado de la parte demandante consideró, que al expedir los actos demandados la administración distrital vulneró las garantías laborales de los empleados públicos que prestan servicios en la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, al desconocer la jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales establecida en el Decreto 1042 de 1978 para el sector oficial, aplicable a las entidades territoriales.

Indicó que el hecho de que las labores de los guardianes, cabos, sargentos y tenientes de prisiones al servicio del Distrito, se desarrollen por el sistema de turnos sucesivos de 24 horas, no convierte la jornada en discontinua o intermitente y, no existe justificación para que a otros empleados del Distrito se les garantice la jornada de 44 horas semanales y a los empleados que prestan el servicio de vigilancia y custodia en la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres no.

Agregó que la labor desarrollada por el Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital no es de simple vigilancia, si no más compleja y riesgosa que la de celaduría, motivo por el

cual no se le puede considerar una actividad intermitente o discontinua exceptuada de la jornada ordinaria laboral.

Sostiene que la administración adeuda, por razón de trabajo suplementario o de horas extras, un total de 170 horas extras mensuales, y que atendiendo el tope máximo de 50 horas extras establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, la entidad debe reconocer tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras de trabajo, es decir 15 días hábiles de descanso compensatorio al mes.

De otra parte, expresa que desde hace varios años la entidad demandada viene liquidando de manera errónea los recargos por trabajo nocturno, dominical y festivo, al establecer el factor hora sobre una jornada de 240 horas mensuales siendo que a los empleados públicos les corresponden jornadas de 190 horas al mes.

Manifestó que la realización de jornadas de trabajo de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, viola de manera flagrante la normativa internacional sobre las jornadas de trabajo de 8 horas y 16 horas de descanso, con lo cual se vulnera también el literal d) del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1.4 Contestación de la demanda

El Distrito de Bogotá- Secretaria de Gobierno- Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexos de Mujeres de Bogotá, mediante apoderada judicial se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en las razones que a continuación se sintetizan²:

Sostuvo que la entidad demandada no desconoce el reconocimiento de horas extras del personal de la Cárcel Distrital, reconocimiento que solo se evidenció a partir del cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado adoptado mediante la sentencia del 17 de abril de 2008 expediente 1022-06, reiterada en la sentencia del 2 de abril de 2009 expediente 2003-0039, para el personal de bomberos, por lo que afirmó, que frente al pago de horas extras no hay discrepancia; sin embargo, la discrepancia jurídica surge en relación con la forma como el demandante 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 en el Distrito Capital.

Manifestó que es desfavorable para el trabajador pretender que se le paguen horas extras y no los recargos que venía reconociendo la Secretaria Distrital, toda vez que el reconocimiento de horas extras implica el límite del 50% de la remuneración básica mensual consagrado en el Acuerdo Distrital 3 de 1999, modificado por el Acuerdo 9 de 1999.

Se opuso al pago del trabajo suplementario realizado en dominicales y festivos, así como los recargos nocturnos y los días de descanso compensatorio remunerado, en consideración a que los ha venido pagando con sujeción a los artículos 35 y 39 del Decreto 1042 de 1978.

² Folios 144 a 157

Aseguró que el personal operativo de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres, por la naturaleza de sus funciones no tiene límite en la jornada laboral; sin embargo, en virtud del cambio jurisprudencial, la Secretaria Distrital de Gobierno mediante la Resolución 105 de 2011 reguló la jornada laboral de 44 horas semanales como lo establece el Decreto 1042 de 1978.

Indicó que el reconocimiento de horas extras y los compensatorios no tienen incidencia en la liquidación de prestaciones sociales porque estos no constituyen factor salarial al tenor del Decreto 1045 de 1978.

Expresó que para la liquidación del trabajo adicional se debe tener en cuenta a título de deducción, los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador.

Manifestó que existen múltiples diferencias entre la situación fáctica del personal de bomberos del Municipio de Pereira y la del personal de guardianes de la Cárcel Distrital, para argumentar que la sentencia del 2 de abril de 2009, proferida por esta Corporación para el personal de bomberos, no constituye precedente aplicable a esta situación, en cuanto el mencionado municipio no había regulado la jornada laboral, ni el horario especial.

Afirmó que la sentencia del 2 de abril de 2009 proferida por el Consejo de Estado, no analizó los aspectos en los cuales existe una jornada habitual, cuyo trabajo no es extra, la que se refiere a la prestación del servicio de manera ininterrumpida, bajo la modalidad de disponibilidad y en consecuencia la labor dominical no es extra.

Concluyó expresando que el Gobierno Nacional facultó al Distrito Capital para establecer sus regímenes especiales y por tal motivo el Concejo de Bogotá, mediante Acuerdo 03 de

1999, reglamentó lo relativo al manejo de horas extras y, de la misma manera, mediante Decreto 991 de 1974, el Alcalde de Bogotá, reglamentó el horario de trabajo del personal que labora en el Distrito Capital; por su parte, la Secretaría Distrital de Gobierno, a través de la Resolución 153 de 2009 estableció el horario de trabajo para el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital.

1.5 La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E en descongestión, mediante sentencia proferida el 15 de septiembre de 2015³, declaró de oficio la excepción de inepta demanda y se inhibió para emitir pronunciamiento de fondo.

Consideró el *a quo* que los actos administrativos demandados correspondían a actos de trámite y por tanto, al no ser actos definitivos no eran objeto de control de legalidad por esta jurisdicción, puesto que con ellos no se estaba definiendo la solicitud planteada por el demandante y en ese entendido, no crearon, modificaron o extinguieron una situación administrativa en particular, en tanto que la entidad manifestó que continuaría gestionando lo necesario para determinar la procedencia de lo pedido.

Afirmó que casos similares han sido definidos por la jurisprudencia, en la cual se ha concluido que los mismos, al tener naturaleza de actos de trámite no son demandables.

³ Folios 333 a 346

Finalizó indicando, que ante la ausencia de la manifestación de voluntad de la administración frente a la reclamación laboral, no era dable realizar un estudio de fondo, por lo cual declaró probada la excepción de ineptitud de demanda.

1.6 El recurso de apelación

El 29 de septiembre de 2015⁴ el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en el que solicita revocar la decisión y declarar la nulidad de los actos demandados.

Expresó que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desconoce los precedentes jurisprudenciales dentro de procesos análogos contra la misma entidad demandada, en los que se revocó la sentencia de primera instancia, al considerar que no existía ineptitud sustantiva porque los actos demandados ponían término a la actuación administrativa.

Indicó que el actor presentó recurso de reposición contra la primera decisión que profirió la entidad, el cual fue resuelto mediante la Resolución 472 del 27 de agosto de 2010, en la que se confirma lo decidido anteriormente, manifestando que se procedería a liquidar los emolumentos solicitados con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, e informando que contra dicho acto no procedía ningún recurso, razón por la cual la vía gubernativa fue agotada debidamente.

⁴ Folios 348 a 370

Argumentó que la única alternativa que le asistía al actor, era acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, en consecuencia, la decisión inhibitoria apelada vulnera sus derechos al acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad.

1.7 Alegatos

Parte actora. El apoderado del demandante, a través de escrito presentado el 12 de diciembre de 2016⁵, se refirió nuevamente a los hechos de la demanda y a los argumentos del recurso de apelación para solicitar la revocatoria de la sentencia de primera instancia y el reconocimiento de las pretensiones.

Manifestó que pese a que la entidad no respondió de fondo la reclamación administrativa, esto no impidió continuar el trámite de la actuación y por ello, al momento de realizar la notificación personal de dicho acto, en el anverso del oficio informó que contra el mismo procedía el recurso de reposición; ante esa respuesta y con el fin de agotar la vía gubernativa la actora procedió a recurrir tal decisión.

Expuso que en casos análogos, esta Corporación ha revocado la decisión inhibitoria y con fundamento en esos antecedentes jurisprudenciales solicita revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder a sus pretensiones.

Distrito de Bogotá- Secretaria de Gobierno- Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres. La apoderada de la entidad demandada presentó alegatos de conclusión⁶ el 21 de septiembre de 2016, considerando que debe confirmarse la sentencia proferida por el *a*

⁵ Folios 379 a 392

⁶ Folios 393 a 399

quo en el sentido de declarar la ineptitud sustantiva de la demanda porque los actos demandados no tienen el carácter de actos definitivos.

Expresó que en el oficio 20103330226461, se informó al señor Marco Alejandro Gutiérrez Rodríguez, que la entidad se encontraba recaudando la información correspondiente a los turnos y una vez tuviera la respectiva información sería notificado personalmente.

Resaltó, que aun cuando la administración concedió el recurso de reposición contra dicho acto, ello no significaba que lo resuelto en el mismo correspondía a un pronunciamiento definitivo o de fondo. Igualmente, al expedir la Resolución 472 que resolvió el recurso de reposición, se realizaron consideraciones detalladas respecto de la argumentación jurídica esbozada por el recurrente, sin que de esto se permitiera inferir el cierre de la actuación administrativa y por tal motivo, como los actos demandados corresponden a actos de trámite, no son sujetos de control judicial.

Finalmente manifestó, que la demanda fue presentada por fuera del término de caducidad y en tal sentido solicitó declarar probadas las excepciones de ineptitud sustantiva de demanda y caducidad de la acción.

1.8 Ministerio Público

Mediante escrito presentado el 6 de octubre de 2016, el Ministerio Público rindió su concepto en los siguientes términos:

Manifestó que los actos susceptibles de ser demandados son aquellos que contienen la manifestación de voluntad de la administración, mediante la cual se producen efectos jurídicos; bajo ese entendido, es ese pronunciamiento que niega u otorga la reclamación, junto con los recursos que se interpongan dentro de dicho trámite, lo que permite el acceso a la jurisdicción Contencioso Administrativa.

Sostiene que la entidad demandada, al dar respuesta a la solicitud del actor, indicó que se encontraba recopilando la respectiva información de turnos laborados; no obstante, al resolver el recurso de reposición presentado contra el primer acto administrativo, se refiere a los conceptos solicitados, efectuando un análisis de la regulación aplicable, para concluir que dicha reclamación resultaba errada, fijando su posición al respecto y en ese orden, confirma el contenido del oficio objeto del recurso. Por lo anterior, la excepción de inepta demanda no estaba llamada a prosperar y la sentencia de primera instancia debe ser revocada.

Frente al caso en concreto, analizó las normas y pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, concluyendo que a falta de regulación del ente empleador, se aplica la jornada ordinaria laboral, es decir, la contemplada en el Decreto 1042 de 1978.

Indicó, que se encuentra acreditado que el actor tiene derecho al reconocimiento de las horas extras laboradas en exceso, teniendo en cuenta el límite de 50 horas mensuales, la reliquidación de los recargos nocturnos, el trabajo en días de descanso obligatorio y la reliquidación de las prestaciones sociales; con relación al descanso compensatorio sostuvo que el mismo fue disfrutado por el actor teniendo en cuenta el sistema de turnos en el que laboraba.

2. CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

2.1 Cuestión previa.

El artículo 18 de la Ley 446 de 1998, impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que han venido tramitando hayan pasado al despacho para tal efecto, sin que haya lugar a alterarse dicho orden. Así se observa en la citada norma:

ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social (...).

No obstante lo anterior, el legislador mediante la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, por la cual se reformó la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, en su artículo 16 estableció la posibilidad de que el Consejo de Estado, en sus Salas o Secciones, sometieran a estudio y aprobación los proyectos de sentencia con carácter preferente, esto es, sin atender el

estricto orden de entrada al despacho, cuando la decisión adoptada **entrañe únicamente reiteración de su jurisprudencia.**

Así las cosas, teniendo en cuenta que mediante sentencias de 21 de noviembre de 2013⁷, 1 de julio de 2015⁸, 17 de septiembre de 2015 y 21 de enero de 2016⁹ ya se han resuelto asuntos cuyo problema jurídico guarda identidad con el que hoy formula la parte demandante, la Sala en el caso concreto, entrará a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 15 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sin atender el orden y fecha en que el presente asunto entró para fallo al despacho.

2.2 Problemas jurídicos

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el demandante, corresponde a la Sala determinar, si son susceptibles de control de legalidad en sede judicial los actos administrativos demandados, a través de los cuales la administración resolvió una reclamación laboral sobre el reconocimiento del tiempo suplementario, manifestando que procedería a liquidar los emolumentos reclamados una vez hubiese recaudado la información sobre los turnos laborados.

En caso afirmativo, la Sala entrará a analizar el fondo de la controversia que consiste en establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, descansos compensatorios, reliquidación de recargos nocturnos y trabajo en dominicales y

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado interno: 0267-2013, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado interno: 1088-2014, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicados: 0235-2013 y 1306-2014, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

festivos, y la reliquidación de las prestaciones sociales, con fundamento en el Decreto 1042 de 1978, por trabajar turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso como guardián, Código 485, Grado 13 en el Distrito Capital – Secretaría de Gobierno - Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados por la Sala, y con el fin de verificar si en el presente proceso se cumple con los presupuestos procesales necesarios para emitir una decisión de fondo, concretamente en lo que respecta a la caducidad de la acción (artículos 85 y 136 del CCA), tal y como lo pone de manifiesto la parte demandada en los alegatos de conclusión de segunda instancia, debe detenerse la Sala en forma oficiosa al estudio del presupuesto procesal mencionado.

De la revisión de los documentos que obran en el expediente, para la Sala es claro que la demanda fue presentada dentro del término de caducidad previsto en el artículo 136 del CCA; la Resolución 472 del 27 de agosto de 2010, por la cual se declara agotada la vía gubernativa, fue notificada por conducto del apoderado a la parte demandante el 3 de septiembre del mismo año¹⁰; en la misma fecha, fue radicada ante la Procuraduría 136 Judicial II Administrativa la solicitud de conciliación prejudicial¹¹, La diligencia de conciliación prejudicial, se llevó a cabo el 5 de octubre de 2010¹², fecha esta última a partir de la cual empieza a contarse el término de caducidad para el ejercicio de la presente acción.

La demanda fue presentada el 18 de febrero de 2011¹³

¹⁰ Folio 57

¹¹ Folios 4 a 5

¹² Folios 6 a 8

¹³ Folio 137

Para resolver este asunto, la Sala deberá realizar las siguientes precisiones:

2.3 De los actos administrativos demandados y la inhabilitación declarada en la primera instancia

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

a) Oficio 20103330226461 del 10 de junio de 2010, expedido por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá.¹⁴

b) Resolución 472 del 27 de agosto de 2010, proferida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá.¹⁵

En la sentencia de primera instancia, el Tribunal consideró que los actos acusados no eran objeto de control en sede judicial, en tanto que en el primero, la administración se limitó a indicar que se encontraba recopilando información 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 reconociera o negara derecho alguno.

¹⁴ Folio 37

¹⁵ Folios 49 a 57

Por su parte, en el recurso de apelación el demandante manifiesta que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta los precedentes jurisprudenciales considerados en casos análogos en los que fue revocada la sentencia inhibitoria y se procedió a dictar sentencia; adicionalmente manifiesta, 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 472 del 27 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 21 de mayo de 2010¹⁶, el señor Marco Alejandro Gutiérrez Rodríguez 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 20103330226461 del 10 de junio de 2010¹⁷ en el que manifestó:

¹⁶ Folios 33 a 35

¹⁷ Folio 37

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 MARCO ALEJANDRO GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 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 Gutiérrez Rodríguez 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 CCA¹⁸, 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

¹⁸ Norma aplicable al caso, en consideración a que la demanda fue presentada el 8 de febrero de 2011, es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, por la cual se adoptó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPCA, lo que ocurrió el 2 de julio de 2012.

pronunciado en casos análogos al presente¹⁹, 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 24 de junio de 2010²⁰, 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 20103330226461 del 10 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 29 de junio de 2010²¹, 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 49²² del CCA.

¹⁹ Consejo de Estado, 17 de septiembre de 2015, Número interno 0235-2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

²⁰ Folio 37 vto.

²¹ Folios 38 a 48

²² “Art. 49.- Improcedencia. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”.

Ahora bien, del contenido de la Resolución 472 del 27 de agosto de 2010²³ 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 50²⁴ del CCA, la Resolución 472 del 27 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 135²⁵ ibídem.

Aunado a lo anterior, la referida resolución agotó la vía gubernativa al resolver el recurso de reposición, según el artículo 63 del CCA.²⁶

²³ Folios 49 a 57

²⁴ “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”.

²⁵ **“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. (...)”

²⁶ “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”.

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 2013²⁷, 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

²⁷ 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 Cárcel de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá. C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

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 petitum 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.

En este orden de ideas, la sentencia de 15 de septiembre de 2015 debe ser revocada, en cuanto se inhibió para decidir de fondo, toda vez que los actos demandados que pusieron fin a la actuación administrativa iniciada con la petición del actor de 21 de mayo de 2010 en torno a la liquidación del tiempo suplementario, sí son actos enjuiciables y por tanto el demandante se encontraba facultado para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en procura de obtener el control de legalidad de los mismos.

En estas condiciones, la Sala procederá a proferir sentencia sobre el fondo del asunto.

2.4 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 Sección²⁸, 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.

²⁸ Sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006). Exp. No. 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

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 semanales²⁹ y por excepción la Ley 909 de 2004³⁰, 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

²⁹ Decreto 1042 de 1978, artículo 33.

³⁰ Artículo 22.

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.

2.5 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 precedente³¹ 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, de conformidad con el Decreto Distrital 539 de 2006.

³¹ 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.

La Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá, expidió la Resolución 153 del 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 2010³², 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, 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, debe ser regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante la expedición del 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

³² Folios 8 A 9.

parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978, en cuanto al límite de la jornada laboral y su forma de remuneración³³.

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 Políticos³⁴, 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 la jornada laboral que rige en el Distrito de Bogotá para el personal del Cuerpo 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

³³ 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.

³⁴ Aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968.

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 CP.), 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 del Cuerpo 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 constitucional³⁵ al establecer que *“La protección al trabajo establecida por mandato del artículo 25 constitucional, incluye la fijación de*

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1998.

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, no serán considerados, y en su lugar se dará aplicación al Decreto 1042 de 1978, debiéndose remunerar el trabajo suplementario.

2.6 Análisis de la Sala

Hechos probados

Vinculación laboral. El demandante ingresó a laborar a la Secretaría Distrital de Gobierno el 22 de noviembre de 2004, en el cargo de guardián código 485 grado 13³⁶.

Jornada laboral. El Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno certificó, que el actor laboró en turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso que van de 7:00 a.m. a 7:00 a.m. del día siguiente, con fundamento en la Resolución 153 del 31 de marzo de 2009.³⁷

³⁶ Folios 13 a 14

³⁷ Folio 14

Recargos nocturnos y trabajo en dominicales y festivos pagados por la entidad demandada al actor. Mediante oficio 20103350222661³⁸, la Secretaría de Gobierno certificó que el actor recibió pagos por concepto de recargos nocturnos correspondientes al 35% y por trabajo en dominicales y festivos en un 200% y 235%, de conformidad con el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978.

De las planillas obrantes en el expediente³⁹, se puede establecer que entre el 20 de mayo de 2007 y el 31 de mayo de 2012, el actor devengó recargos nocturnos y recargos por trabajo en dominicales y festivos.

De la reclamación en sede administrativa. Mediante petición radicada el 21 de mayo de 2010⁴⁰, el demandante solicitó a la Secretaria de Gobierno del Distrito Capital la liquidación y pago de las horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales con la respectiva indexación a partir del 2007 en adelante.

A través de oficio 20103330226461 del 10 de junio de 2010⁴¹, el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno Distrital le respondió al apoderado del actor, que dicha Secretaria se encontraba recopilando la información correspondiente a los turnos laborados y una vez recaudada entraría a liquidarle los emolumentos solicitados.

El 29 de junio de 2010, el demandante presentó recurso de reposición contra el oficio anterior, por considerar que debía aplicarse el artículo 33 del Decreto Extraordinario 1042

³⁸ Folios 13 a 14

³⁹ Folios 60 a 61 y 170 cuaderno principal y folios 1 a 6 cuaderno de pruebas

⁴⁰ Folios 33 a 35

⁴¹ Folio 37

de 1978 sobre jornada ordinaria laboral para los empleados públicos⁴².

Mediante Resolución 472 de 27 del agosto de 2010, el Director de Gestión Humana de la Secretaria Distrital de Gobierno resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando el oficio inicial, 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 prestaciones con la respectiva indexación en favor del actor⁴³.

Caso Concreto

A partir de los argumentos expresados en el recurso de apelación presentado por la parte demandante, procede la Sala a establecer si el actor tiene derecho

al reconocimiento y pago de horas extras, descansos compensatorios, reliquidación de recargos nocturnos, trabajo en dominicales y festivos y, la reliquidación de las prestaciones sociales con sujeción al Decreto 1042 de 1978.

Del reconocimiento de horas extras

El demandante pretende el reconocimiento de cincuenta (50) horas extras diurnas en días ordinarios, laboradas en exceso de la jornada máxima legal para los empleados públicos territoriales, conforme a lo previsto en los artículos 33 y 36 del Decreto 1042, laboradas por el actor a partir del 20 de mayo de 2007, en turnos de 24 horas de labor por 24 horas de

⁴² Folios 38 a 48

⁴³ Folios 49 a 57

descanso como cabo de prisiones de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

El Director de la Secretaría Distrital de Gobierno certificó mediante oficio visible a folios 13 y 14, que el actor durante su vinculación laboral con el Distrito de Bogotá ha cumplido la jornada de trabajo establecida en la Resolución 153 del 31 de marzo de 2009, correspondiente a 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.

Igualmente certificó, los recargos nocturnos, festivos diurnos y festivos nocturnos laborados por el actor entre mayo de 2007 y mayo de 2012⁴⁴, lo que permite establecer que el señor Marco Alejandro Gutiérrez Rodríguez desarrollaba jornadas mixtas de trabajo, en consideración a que las labores se prestaban por el sistema de turnos que incluían horas diurnas y nocturnas de 24 horas de labor por 24 de descanso.

Atendiendo el criterio jurisprudencial de la Sección Segunda, la Sala acudirá a las disposiciones del Decreto 1042 de 1978 que regulan la jornada laboral en el sector público, en el entendido de que a falta de disposición especial sobre la jornada laboral del personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital, regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, debiéndose remunerar el trabajo suplementario para de esta manera no lesionar derechos del servidor sometido a jornadas que superan la ordinaria.

⁴⁴ Folios 60 a 61 y 170 cuaderno principal y folios 1 a 6 cuaderno de pruebas

Lo anterior es apenas razonable por criterios de igualdad⁴⁵ y proporcionalidad, ya que si la jornada ordinaria máxima legal -de 44 horas-, aumenta por necesidades del servicio, es consecuente que el salario también lo haga, ya que no sería justo para quien cumple una jornada excepcional que supera la ordinaria, que su salario sea igual al de un empleado que labora 44 horas a la semana.

En consideración a los turnos desarrollados por el actor, según planillas visibles en el cuaderno 3 de pruebas anexo al expediente, de las que se desprende el número de horas con recargo nocturno, dominicales y festivos, se puede afirmar que el demandante superó la jornada ordinaria legal de 44 horas semanales que equivalen a 190⁴⁶ horas mensuales, al laborar por el sistema de turnos de 24 horas por 24 horas de descanso (24 x 24), en jornadas diurnas, nocturnas y en días festivos, lo que determina un promedio de 360 horas laboradas al mes.

De lo anterior se concluye que el actor trabajó 170 horas adicionales a la jornada ordinaria⁴⁷, es decir, tiempo extra, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero 50 horas extras al mes, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del

Decreto-Ley 10 de 1989. Dicha norma establece que no se pagarán más de 50 horas extras al mes y que las horas extras laboradas que excedan el tope señalado, se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un 1 día hábil por cada 8 horas de trabajo.

⁴⁵ Artículo 53 de la C.P.

⁴⁶ Cantidad que resulta de multiplicar el número de horas semanales (44) por el factor 4,33 que corresponde al número de semanas que tiene el mes.

⁴⁷ Cantidad que resulta de la diferencia entre el número de horas laboradas (360) y el número de horas de la jornada ordinaria al mes (190).

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

En el proceso se demostró, según planillas anexas, que el actor disfrutaba de 15 días de descanso al mes; en tal sentido, concluye la Sala, que el tiempo extra que excedió el tope legalmente permitido fue debidamente compensado por el sistema de turnos, razón por la cual, la Sala se abstendrá de ordenar el reconocimiento de un día de salario por cada 8 horas extras excedidas, pues como ya se indicó, las horas extras excedidas fueron compensadas con 15 días de descanso por cada mes⁴⁸.

Así las cosas, el actor tiene derecho al reconocimiento de 50 horas extras diurnas laboradas cada mes, a partir del 21 de mayo de 2007⁴⁹ por haber desarrollado los turnos de 24 horas de labor por 24 de descanso en la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá⁵⁰.

⁴⁸ 120 horas extras a razón de 1 día por cada 8 horas extras, equivalen a 15 días de descanso.

⁴⁹ Lo anterior, teniendo en cuenta que la reclamación en sede administrativa se formuló el 19 de mayo de 2010.

⁵⁰ Para efectos de la liquidación, la entidad deberá descontar los valores efectivamente pagados al demandante, según se registra en las planillas aportadas al expediente a folios 223 a 227.

Para respaldar los turnos laborados, la Sala tiene en cuenta la prueba documental obrante a folios 13 a 14 y, las planillas del cuaderno anexo de pruebas, en las cuales se detalla el número de horas con recargo nocturno, dominicales y festivos laboradas por el actor, prueba que no fue controvertida por las partes y por tal razón se le otorga pleno valor, teniendo como tiempo extra aquel que excedió de 44 horas semanales o 190 horas mensuales.

Reitera la Sala que en ningún caso podrá pagarse más de cincuenta 50 horas extras mensuales porque habrá de tenerse en cuenta el límite previsto en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 respecto de las horas extras excedidas.

Verificadas las planillas se observa, que hasta febrero de 2010, la entidad no reconoció ningún valor por concepto de horas extras, y a partir de enero del 2010 hasta el 31 de diciembre del 2011, según lo certifica la Secretaría Distrital de Gobierno⁵¹, al señor Marco Alejandro Gutiérrez Rodríguez le fueron cancelados algunos valores que se registran en las mismas planillas por concepto de horas extras; en vista de lo cual, la entidad demandada al proceder a la liquidación de las horas extras cuyo reconocimiento aquí se ordena, deberá proceder a descontar los pagos ya efectuados por este concepto dentro de los períodos indicados.

La Sala no ordenará el reconocimiento del tiempo compensatorio, toda vez que como se anotó, las horas extras adicionales fueron compensadas con tiempo de descanso, según el sistema de turnos que desarrollaba el actor, quien gozaba de un descanso de 24 horas por cada 24 horas de labor.

⁵¹ Folios 170 cuaderno principal y 1 a 6 del cuaderno de pruebas

Sobre la reliquidación de los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos

Advierte la Sala que la administración ha venido cancelando al actor el trabajo realizado en jornada nocturna, dominical y festiva, teniendo en cuenta los recargos indicados en el Decreto 1042 de 1978.⁵²

Al contestar la demanda, el Distrito de Bogotá informó que ha venido pagando los recargos ordinarios nocturnos, dominicales y festivos, utilizando la siguiente fórmula⁵³:

$ABM / 240 * 35\% * \text{NÚMERO DE HORAS.}$

$ABM / 240 * 200\% * \text{NUMERO DE HORAS (dominicales y festivos)}$

$ABM / 240 * 235\% * \text{NUMERO DE HORAS (dominicales nocturnos).}$

En consideración a lo anterior, no resulta procedente ordenar el reconocimiento de los recargos nocturnos, dominicales y festivos que ya fueron liquidados y pagados al actor según las certificaciones mencionadas; sin embargo, como se advierte que la administración ha venido empleando para el cálculo del valor de tales recargos, una base de liquidación de 240 horas mensuales, cuando en realidad la jornada laboral en el sector oficial es de 190 horas mensuales, resulta procedente ordenar el reajuste de los valores que fueron liquidados y pagados por tales conceptos, y reconocer las diferencias que resulten de la modificación en el sistema de cálculo.

⁵² Folios 13 a 14, 60 a 61, 170 cuaderno principal y planillas de cuaderno de pruebas

⁵³ Folios 147 a 148

Al respecto, la Sala precisa que al tenor del artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, el recargo nocturno equivale a un 35% del valor de la hora ordinaria, la cual se determina con sujeción a la asignación básica que corresponde a la jornada de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 ibídem, jornada que equivale a 190 horas mensuales y no 240.

Así las cosas, 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; 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

190

recargo

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 expediente principal y al cuaderno anexo de pruebas 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 desprende de 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.

Sobre el reconocimiento del descanso compensatorio por trabajo en dominicales y festivos

Al tenor del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 los empleados públicos que en razón a la naturaleza de su trabajo deben laborar habitual o permanentemente los domingos y festivos tienen derecho, además de la remuneración allí prevista, al disfrute de un día compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber laborado el mes completo.

En el presente caso quedó demostrado que el actor laboró, de manera habitual y permanente, domingos y festivos, en razón a los turnos de 24 horas de labor por 24 de descanso desarrollados según documentos obrantes en el expediente.

En consideración a la jornada desarrollada, por cada turno de 24 horas laboradas gozaba de un descanso de 24 horas, lo cual equivale a un día de descanso compensatorio, con lo que

se satisface el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que consagra el derecho a disfrutar un día de descanso compensatorio (cuya duración mínima debe ser de 24 horas) por trabajo habitual en domingos y festivos.

Por lo anterior, la Sala no accederá al reconocimiento del descanso compensatorio reclamado, toda vez que el mismo fue consagrado en el sistema de turnos que debió cumplir el actor.

En este sentido, la Sala en sentencia de 2 de abril de 2009⁵⁴, expresó lo siguiente:

“Advierte la Sala que el descanso compensatorio surge del trabajo realizado en días que no son hábiles y como quedó demostrado en el plenario que los actores laboraban 24 horas pero descansaba otras 24, no hay lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio”. (Subraya la Sala).

En criterio de la Sala, las 24 horas de descanso por cada turno de 24 horas laboradas, otorgadas por la administración al actor, garantizaban plenamente su derecho fundamental al descanso, el cual sin lugar a dudas, resultaba necesario para permitirle “recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona”⁵⁵.

La anterior situación, torna improcedente el reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, pues en criterio de la Sala, los mismos fueron disfrutados

⁵⁴ Sentencia de 2 de abril de 2009. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05). Actor: JOSE DADNER RANGEL HOYOS Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA.

⁵⁵ Sentencia C-710 de 1996. Corte Constitucional.

por el actor en razón a la jornada especial que desempeñó al laborar 24 horas diarias y descansar 24; proceder al reconocimiento de los compensatorios solicitados implicaría otorgar unos descansos adicionales que exceden los autorizados por la ley.

Reliquidación de factores salariales y prestaciones sociales

El reconocimiento del trabajo suplementario a que tiene derecho el actor con fundamento en las directrices señaladas en el Decreto 1042 de 1978, conlleva el reajuste o reliquidación de las cesantías, de conformidad con lo previsto en el artículo 45⁵⁶ del Decreto Ley 1045 de 1978, respecto a los periodos que no se encuentren afectados por el fenómeno de la prescripción.

⁵⁶ **Artículo 45º.-** *De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones.* Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. **Modificado posteriormente.**

En cuanto a la reliquidación de los demás factores 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, al tenor de lo previsto en el artículo 59⁵⁷ del Decreto 1042 de 1978, y artículos 17⁵⁸ y 33⁵⁹ del Decreto 1045 de 1978.

⁵⁷ **Artículo 59º.-** De la base para liquidar la prima de servicio. La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:

- a) El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo.
- b) Los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- c) Los gastos de representación.
- d) Los auxilios de alimentación y transporte.
- e) La bonificación por servicios prestados.

Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los ordinales precedentes a 30 de junio de cada año.

⁵⁸ **Artículo 17º.-** *De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones.* Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios;
- g) La bonificación por servicios prestado.

En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 15 de este Decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlas.

⁵⁹ **Artículo 33º.-** De los factores de salario para liquidar la prima de navidad. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios y la de vacaciones;
- g) La bonificación por servicios prestados.

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

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

La Sala ha señalado, en anteriores oportunidades, que *“la prescripción a la que se refiere el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 comprende, además de los derechos prestacionales, los derivados del sueldo”*⁶⁰.

En este orden, por efectos de la prescripción trienal, dado que la reclamación fue radicada el 21 de mayo de 2010⁶¹, el derecho le asiste al demandante a partir del 21 de mayo de 2007, encontrándose afectados por la prescripción los causados con anterioridad a dicha fecha.

En estas condiciones, la Sala procederá a acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. En ese orden, se reconocerá (i) 50 horas extras diurnas mensuales laboradas por el actor desde el 19 de mayo de 2007 (ii) el reajuste de los recargos nocturnos, dominicales, festivos, sobre 190 horas mensuales y no 240 como lo efectuó la entidad demandada y (iii)

⁶⁰ Sentencia de 12 de junio de 2003 Exp. No. 4868-2002 Actor: JULIO RAFAEL DEL CASTILLO CASTRO. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante, en la que se cita la sentencia de 2 de octubre de 1996, Consejero Ponente: Carlos Orjuela Góngora, Exp. No. 8092.

⁶¹ Folios 33 a 35

la reliquidación de las cesantías e intereses a las cesantías con fundamento en las razones expuestas; se negarán los días de descanso compensatorio por dominicales y festivos y, los descansos compensatorios previstos en el literal e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, por encontrarse debidamente acreditado su disfrute conforme a las pruebas allegadas al proceso; asimismo, la Sala se abstendrá de ordenar la reliquidación de la prima de servicios, vacaciones y navidad, por cuanto el trabajo suplementario no constituye factor salarial para su liquidación.

El reconocimiento de las horas extras y la reliquidación del trabajo en dominicales y festivos, se ordenará a partir del 21 de mayo de 2007.

Las sumas resultantes de la condena a favor del demandante se actualizarán, aplicando para ello la fórmula que se indicará en la parte resolutive.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 15 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal 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 formuladas por el señor Marco Alejandro Gutiérrez Rodríguez contra el Distrito Capital – Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del oficio 20103330226461 del 10 de junio de 2010 y la Resolución 472 del 27 de agosto de 2010, proferidos por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno de Bogotá, a través de los cuales, se dio respuesta a la reclamación laboral sobre la liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestaciones, presentada por el señor Marco Alejandro Gutiérrez Rodríguez.

TERCERO: CONDENAR al Distrito Capital – Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, a reconocer y pagar al señor Marco Alejandro Gutiérrez Rodríguez, identificado con la cédula de ciudadanía 80.072.821 de Bogotá, los siguientes derechos laborales:

a). El valor correspondiente a cincuenta (50) horas extras diurnas al mes, desde el 21 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 desde el 21 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 21

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:

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

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.

SÈPTIMO: 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.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER