

Radicado: 250002325000201000705 01 (0308-2016)

Actor: Julio César Bojacá Vargas

Demandado: Distrito Capital
Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho.

SE.021

Radicado: 250002325000201000705 01 (0308-2016)

Actor: Julio César Bojacá Vargas

Demandado: Distrito Capital de Bogotá, Secretaría de Gobierno, Unidad Administrativa Especial, Cuerpo Oficial de Bomberos.

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 de 1984

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante y la entidad demandada contra la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Julio César Bojacá Vargas por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Distrito Capital de Bogotá, Secretaría de Gobierno, y a la Unidad Administrativa Especial, Cuerpo Oficial de Bomberos.

Pretensiones

(ff. 73-84 c. ppal.)

1. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1.1 Los proferidos por la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital, Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá que son:

a) Oficio 20093330452291 del 30 de noviembre de 2009 a través del cual se dio respuesta negativa a la reclamación administrativa presentada por el señor Julio César Bojacá Vargas.

b) Resolución 116 del 5 de febrero de 2010 que confirmó la decisión negativa relativa al reconocimiento y pago de horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos ordinarios, recargos festivos diurnos y nocturnos y el pago de las diferencias generadas con la inclusión de los factores salariales mencionados respecto de las primas de servicios, vacaciones y navidad, sueldo de vacaciones y demás salarios y prestaciones sociales percibidos por el demandante en el año 2006 como empleado del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

1.2 Los actos administrativos emitidos por el Distrito Capital, Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos de Bogotá y que corresponden a los siguientes:

a) Oficio sin número del 3 de diciembre de 2009 con radicación 2009 EE 9536 y sus anexos denominados «liquidación de recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos y nocturnos» firmados por la subdirectora corporativa de la misma entidad que resolvieron la petición del 25 de noviembre de 2009.

b) Oficio OAJ-2010-320 radicación 2010 EE 662 del 8 de febrero de 2010 que resolvió el recurso de reposición impetrado contra el acto precitado, que negó el reconocimiento de los conceptos enunciados en el literal b) del numeral 1.1 pero desde el 1 de enero de 2007 en adelante.

2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la **Secretaría de Gobierno del Distrito Capital, Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá**, liquidar y pagar los conceptos laborales que se enunciarán a continuación desde el 25 de noviembre al 31 de diciembre de 2006:

- Horas extra diurnas: 50 horas extra diurnas en días ordinarios conforme el Decreto 1042 de 1978 con la respectiva indexación y proporcionalmente por los meses que excedan el tiempo mencionado.

- Días compensatorios consagrados en el literal e) del artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978: 15 días de salario básico como tiempo compensatorio por cada mes trabajado en el periodo enunciado y proporcionalmente por los meses que excedan los meses de servicio completo. Esto por cuanto se le adeudan 120 horas extras, luego, la norma mencionada indica que se debe reconocer un (1) día de salario por cada 8 horas extras laboradas en exceso del tope legal.

- Los descansos compensatorios de que trata el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978. Los solicita por haber laborado de manera ordinaria domingos y festivos sin que se reconociera descanso por ello.

- La reliquidación de los recargos nocturnos ordinarios (35%), festivos diurnos y festivos nocturnos (200 y 235% respectivamente) desconocidos por la entidad quien los liquidó con base en 240 horas mensuales, con lo que quebrantó el contenido del artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 que establece un máximo semanal de 44 horas.
- Reliquidación de las primas de servicios, vacaciones y navidad, sueldo de vacaciones¹, cesantías y demás factores salariales con la inclusión de los conceptos atrás mencionados.

2.1 Con respecto al **Distrito Capital, Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos de Bogotá**, solicitó emitir la condena en los mismos términos enunciados pero desde el 1 de enero de 2007 y hasta que se profiera decisión definitiva por parte de esta Jurisdicción².

3. Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones (ff. 84-102 c. ppal.):

- 1.** El señor Julio César Bojacá Vargas estuvo vinculado con el Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá desde el 26 de enero hasta el 31 de diciembre de 2006. A partir del 1 de enero de 2007 continuó en la prestación del servicio sin solución de continuidad pero en el Distrito Capital, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá. Ello en virtud de la transformación que de la primera entidad se realizó por medio del Acuerdo 257 de 2006 y la incorporación que se efectuó de los empleados de esta a la segunda, por mandato de los Decretos Distritales 540, 541 y 542 de 2006.
- 2.** El demandante actualmente ocupa el cargo de Bombero código 475 grado 15. Cumple su trabajo mediante un sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso propio de un servicio público esencial. Su asignación salarial desde el 1 de enero de 2007 ha sido la siguiente:

Periodo	Cargo	Salario
1 de enero al 8 de noviembre de 2007	Bombero	\$897.649
9 de noviembre al día 31 de diciembre de 2007	Bombero	\$977.552
1 de enero al 31 de diciembre de 2008	Bombero	\$1.036.206
1 de enero de 2009 en adelante	Bombero	\$ 1.119.828

¹ Sic: Así se indicó textualmente en la demanda. Ver folio 78 del cuaderno principal.
² Folios 80-84 del cuaderno principal.

3. Julio César Bojacá Vargas presentó derecho de petición el día 26 de noviembre de 2009 ante la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá en el que solicitó la reliquidación y pago de las horas extra diurnas y nocturnas en días ordinarios, festivos y domingos laborados durante el año 2006, los descansos compensatorios por el mismo periodo respecto de estos últimos, recargos nocturnos del 35% en días ordinarios, y del 200% y 235% de los domingos y festivos, así como la reliquidación de todas las prestaciones sociales y salarios con la inclusión de estos valores.

4. La petición anterior fue negada por la Secretaría de Gobierno Distrital mediante el Oficio 20093330452291 del 30 de noviembre de 2009, en el cual la entidad argumentó que los bomberos cumplían turnos de 24 horas de labor por 24 de descanso por lo que no procedía el reconocimiento de horas extras. Agregó que el descanso compensatorio es opcional y que los días festivos se pagaron con el doble del valor de un día ordinario y un recargo del 35%.

La decisión fue confirmada a través de la Resolución 116 del 5 de febrero de 2010 que resolvió el recurso de reposición interpuesto por el señor Julio César Bojacá Vargas el día 7 de diciembre de 2009, con lo cual se agotó la vía gubernativa con respecto a las pretensiones referentes al año 2006.

5. El día 25 de noviembre de 2009 el demandante presentó otra petición, esta vez ante la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, en la que solicitó lo mismo que en el derecho de petición inicialmente presentado ante la secretaría de gobierno distrital pero para el periodo correspondiente al 1 de enero de 2007 en adelante.

6. La entidad mediante el Oficio sin número del 3 de diciembre de 2009 y su anexo denominado «Liquidación de recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos y nocturnos» negó lo pedido. Contra dicho acto se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto por medio del Oficio OAJ-2010-320 del 8 de febrero de 2010 en el que se confirmó la decisión inicial.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 1, 2, 13, 25, 39, 48 y 53 de la Constitución Política de 1991. Artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículos 33, 34, 36, 37 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978. Decreto 85 de 1986 artículo 1 al 3. Decreto 1045 de 1978.

a) Fundamento de la vulneración de las normas constitucionales e internacionales citadas.

En su criterio, la entidad incumplió dichas normas al aplicar jurisprudencia del Consejo de Estado que negaba el reconocimiento de lo pedido y que fue modificada desde el año 2008.

También consideró que la parte demandada desconoció el contenido de la sentencia C-1063 de 2000 que declaró la inexecuibilidad del artículo 3 de la Ley 6.^a de 1945 y determinó la aplicabilidad del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del nivel territorial.

A su juicio, en virtud del artículo 53 constitucional es procedente el reconocimiento de las horas extras solicitadas puesto que otros servidores de entidades distritales sí gozan de esos beneficios. Aseguró además, que los turnos de 24 horas de labor por 24 de descanso vulneran las normas internacionales que establecen jornadas de 8 horas diarias y 16 de descanso y específicamente el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

b) Vulneración de normas legales.

La enjuiciada quebrantó las normas citadas porque: (i) Desconoció la realidad fáctica, las normas legales vigentes y realizó una interpretación de los artículos 34 y 35 del Decreto 1042 de 1978 que va en contravía del principio de favorabilidad que protege a los empleados públicos; (ii) fundamentó sus decisiones en la existencia de reglamentación para turnos de trabajo que no rigen a los servidores públicos (artículos 165 y 166 del Código Sustantivo del Trabajo), y; (iii) desechó la jurisprudencia del Consejo de Estado³ que ha precisado que la jornada laboral de los empleados del orden territorial se encuentra gobernada por el Decreto Ley 1042 de 1978.

Como parte del argumento, explicó que ha trabajado mensualmente 15 turnos de 24 horas para un total de 360 mensuales, lo que excede el máximo de 190 horas regulado en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.

En su sentir, no es aceptable la tesis de la entidad demandada según la cual, la jornada laboral de los empleados públicos del cuerpo de bomberos es de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso por estar autorizada en la Ley 322 de 1996 porque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha ilustrado que tal prerrogativa no puede desconocer los derechos laborales de estos servidores públicos, al reconocimiento de horas extras.

De acuerdo con su posición, denotó que la negativa al reconocimiento de los pagos por horas extras y trabajo suplementario no puede justificarse tampoco en el contenido del Decreto Distrital 388 de 1951, puesto que con la entrada en vigencia del Decreto 1042 de 1978 varió la legislación y en consecuencia, se derogó tácitamente la primera norma mencionada en tanto contrariaba los postulados de esta última.

³ Citó la sentencia proferida por esta sección el 17 de abril de 2008, bajo el radicado: 66001-23-31-000-2003-00041-01 (1022-06).

Finalmente manifestó que de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es procedente, una vez se reconozca el reajuste solicitado, reliquidar las prestaciones sociales a favor del demandante, incluidas la cesantías. Citó amplia jurisprudencia de esta corporación sobre el tema.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (ff. 181-200 c. ppal.)

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda.

Sobre los hechos de carácter general señalados en la demanda expresó que los turnos de los bomberos se encuentran regulados en el Decreto 388 de 1951 y en el parágrafo del artículo 131 del Decreto 991 de 1974, en los que se establecieron turnos de 80 y 88 horas semanales. Agregó que la labor no es ininterrumpida, puesto que tales servidores públicos están sujetos a disponibilidad, no exceden el tiempo legal y descansan en las instalaciones de la entidad.

Como sustento de su defensa, aseguró que ante la falta de reglamentación sobre los factores salariales de los empleados territoriales por parte del gobierno nacional, el Concejo Distrital de Bogotá adoptó los fijados a nivel nacional y en relación con las horas extras y compensatorios de los servidores públicos del Distrito Capital, el Acuerdo 9 de 1999 dispuso: i) que serían pagadas a los empleados que pertenecieran a los niveles técnico, administrativo y operativo; ii) en ningún caso las horas extras tendrían carácter de permanente y; iii) no podrían realizarse pagos mensuales por concepto de horas extras, superiores al 50% de la remuneración mensual de cada funcionario.

Para precisar, advirtió que las horas extras del demandante fueron liquidadas de conformidad con lo fijado en el acuerdo precitado, norma que resaltó, goza de presunción de legalidad.

En el escrito de contestación, afirmó que a los empleados del nivel asistencial sí se les pagó el trabajo suplementario por recargos diurnos, dominicales y festivos en los términos del Decreto 466 de 2008, normativa que especifica que las horas extras no tienen el carácter de permanentes.

A su juicio y de acuerdo con la normativa vigente, no procede el pago de estas, sino de recargos diurnos y nocturnos, lo cual se ha venido cancelando por parte de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá conforme al mandato del artículo 34 del Decreto 1042 de 1978.

En su criterio, el caso *sub examine* no es igual al resuelto en la sentencia del 17 de abril de 2008 en el que se decidió una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por los miembros del cuerpo de bomberos en contra del

municipio de Pereira, Risaralda, por cuanto ese ente territorial no reconocía el trabajo suplementario ni como horas extras, ni como recargos, y adicionalmente porque no precisó por acto administrativo el turno en el que debían laborar los bomberos. En cambio, el Distrito Capital de Bogotá sí expidió dicha regulación a través del Decreto 388 de 1951 y canceló el trabajo suplementario de conformidad con la normativa vigente.

En la contestación también explicó que el Concejo de Bogotá a través del Acuerdo 03 de 1999 reguló el pago de horas extras y a su vez el Decreto Distrital 991 de 1974 definió que el personal de bomberos de la capital no tiene horario, por lo que no es posible aplicar el Decreto 1042 de 1978, toda vez que el régimen que creó el distrito goza de autonomía en atención a las facultades otorgadas por el artículo 41 de la Constitución Política.

En cuanto a los hechos de contenido particular manifestó que el sistema de turnos del distrito se fijó mediante el Decreto 388 de 1951 pero que al tenor de lo dispuesto en el Decreto 991 de 1974 no existe horario de trabajo para el personal de bomberos.

Los razonamientos jurídicos de su defensa son los siguientes:

(i) La entidad no desconoció derecho alguno porque el reconocimiento de los conceptos laborales reclamados solo se generó a partir del cambio jurisprudencial efectuado a través de la sentencia proferida por esta corporación el 17 de abril de 2008 dentro del proceso radicado 1022-2006. Advirtió que la discrepancia no es sobre el reconocimiento sino en la forma de liquidación de lo pedido.

(ii) También aseguró que pagó los recargos nocturnos, diurnos, dominicales y festivos de acuerdo a la jurisprudencia que imperó por más de 60 años, según la cual los bomberos no cumplen una jornada de trabajo. Además se amparó en los Decretos 388 de 1951 y 991 de 1974 que señalan que el horario de trabajo era de 24 horas de labor por 24 de descanso, tiempo tomado como base para liquidar los recargos solicitados.

(iii) Los dominicales y festivos fueron liquidados con fundamento en el artículo 4 del Acuerdo 03 de 1999.

(iv) El reconocimiento de las horas extras en favor del demandante es menos favorable que el pago de recargos, puesto que a las primeras el artículo 4 del Acuerdo 03 de 1999 les fijó un tope del 50% de la remuneración mensual, mientras que los recargos no tienen límite.

(v) En su criterio, la nueva posición jurisprudencial señaló que el Decreto 1042 de 1978 es aplicable para efectos de regular la jornada laboral de los bomberos, cuando el ente territorial no lo hubiera reglamentado, lo que no sucede en el presente caso, pues el distrito expidió los Decreto 991 de 1974 y 388 de 1951.

(Vi) El Decreto 388 de 1951 se encuentra vigente por cuanto no se ha expedido norma especial que lo derogue ya que el Decreto 991 de 1974 excluyó al cuerpo de bomberos de su aplicación. Agregó que tampoco existe una derogación tácita del Decreto 388 de 1951 en tanto que las demás normas del distrito que gobiernan la jornada laboral (Decreto 8911 de 1995, derogado por el Decreto 133 de 2001 y este por el 854 del mismo año) no van en contravía de lo establecido en él.

También manifestó que el Decreto Ley 1042 de 1978 reglamentó de modo general la jornada de trabajo de los servidores públicos, empero el Decreto 388 de 1951 desarrolló de manera especial la labor que deben cumplir los miembros del Cuerpo Oficial de Bomberos del Distrito Capital.

(vii) De acuerdo a su posición, no procede la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión del pago de los compensatorios toda vez que los artículos 45 y 46 del Decreto 1045 de 1978 no incluyeron estos como factor salarial.

En su sustentación, realizó unas observaciones sobre la posición jurisprudencial de esta corporación referida a que el personal de bomberos no tiene una jornada laboral establecida en atención a la clase de labor desarrollada.

Finalmente, advirtió que la entidad a diferencia del caso tratado en la sentencia que sirve de fundamento a la demanda pagaba recargos a los bomberos, lo que significa que su ingreso es superior comparado con el pago de horas extras que se pretende.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Julio César Bojacá Vargas (ff. 461-498 c. ppal.)

Con relación al argumento esbozado en la contestación de la demanda según el cual la entidad aplicó la norma más favorable, expuso que laboró 360 horas mensuales con lo que superó las 190 establecidas en el Decreto Ley 1042 de 1978, luego se le adeudan 170 horas extras y se le ha dejado de pagar el valor de los recargos equivalentes al 35%, 200% y 235%. También señaló que el Decreto 388 de 1951 en el que se ampara la demandada fue abrogada por el Decreto 063 de 1963 norma respecto de la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴ reconoció su vigencia y que fue derogada posteriormente por los Decretos 22 de 1998 y 222 de 1999 los cuales a su vez, quedaron sin vigencia tácitamente con la entrada en vigor del Acuerdo 257 de 2006.

En su sentir, aun cuando el Decreto 388 de 1951 estuviera vigente, el mismo tampoco podría aplicarse al personal bomberil porque el Decreto 1042 de 1978

⁴ Dentro de la cual cita la proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 14 de diciembre de 1998 con radicado 10311. Magistrado ponente Ricardo Hoyos Duque y la emitida por la Sección Primera el 8 de junio de 2006, Consejero ponente Rafael Ostau de Lafont Pianeta, radicado 2004-00159-01.

regula la jornada máxima de trabajo y no el horario laboral, conceptos que asimila la enjuiciada en la contestación de la demanda. De igual manera, enunció jurisprudencia relativa al enriquecimiento sin causa, que a su juicio se daría en el caso concreto si se acepta la aplicación del Acuerdo 03 de 1999 que fijó el tope para el pago de horas extras en un 50%, desconociendo con ello el contenido del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.

Con fundamento en sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander⁵ explicó que el nominador fija el horario laboral, empero, la jornada máxima legal es competencia del legislador, el cual la especificó en el Decreto 1042 de 1978.

Con relación al informe técnico allegado al proceso mediante el cual se explica la forma en que se liquidan los recargos nocturnos, dominicales y festivos, expresó que el mismo está errado porque parte de la base de haber trabajado 240 horas mensuales, no obstante los empleados territoriales solo pueden hacerlo 190 horas.

Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos (ff. 501-512 c ppal.)

En el escrito de alegatos ratificó los argumentos y las excepciones formuladas en la contestación de la demanda. Específicamente señaló que pagó los recargos por turnos nocturnos, festivos y dominicales con fundamento en el Decreto 388 de 1951 por ser mucho más favorable que el Decreto 1042 de 1978, toda vez que si se aplica este deben descontarse todas las sumas que se cancelen por descanso remunerados.

A su vez, destacó que el ejercicio de la función bomberil, dado su carácter permanente, se desarrolla a través de una jornada mixta, la cual está definida para quienes trabajan por medio del sistema de turnos, que en términos del artículo 35 del referido decreto: « [...] cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerara con el cargo del 35% pero podrá compensarse con periodo de descanso»

El Ministerio Público. No se pronunció en esta etapa procesal.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión en sentencia del 8 de septiembre de 2015 declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y condenó al Distrito Capital, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, al pago de los siguientes conceptos:

⁵ Radicado 2006-1702-01. Providencia del 26 de junio 2009.

- (i) Horas extras diurnas causadas sin exceder 50 mensuales; desde el 25 de noviembre de 2006 hasta el 20 de febrero de 2013.
- (ii) El reajuste de lo reconocido al demandante por trabajo nocturno, dominical y festivo con base en 190 horas mensuales, en la asignación básica y en los incrementos por antigüedad;
- (iii) La reliquidación de las cesantías con observancia de la ordenada por el trabajo suplementario, por el lapso señalado en precedencia.
- (iv) Denegó las demás pretensiones de la demanda.

El fondo del asunto:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca realizó un estudio sobre la naturaleza esencial del servicio del cuerpo de bomberos. También efectuó un análisis alusivo a la clasificación que han tenido los empleos que cumplen tal labor, luego de lo cual concluyó que con la reforma introducida por la Ley 1575 de 2012 y la vigencia del Decreto 256 de 2013, los servidores públicos inscritos en la carrera bomberil dejaron de pertenecer a los niveles asistencial y técnico y pasaron a hacer parte del operativo.

Respecto a la jornada laboral de los bomberos, expresó que por tratarse de un servicio excepcional el empleador puede regularla, no obstante tal reglamentación debe respetar los parámetros del Decreto 1042 de 1978. Dicho esto, explicó que el Distrito de Bogotá no reglamentó la jornada laboral del Cuerpo Oficial de Bomberos, puesto que por un lado el Decreto 388 de 1951 no se refirió a esta y por el otro el Decreto 991 de 1974 excluyó a estos servidores públicos de su aplicación. En esa medida, determinó que la labor bomberil se debe regir por el Decreto 1042 de 1978.

De esta manera accedió a las pretensiones de la demanda, al encontrar que al demandante no se le pagaron horas extras y que los recargos se liquidaron con fundamento en 240 horas mensuales, las cuales sobrepasan el límite establecido en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

Finalmente, limitó la condena relacionada con el pago de las horas extras desde el 25 de noviembre de 2006 hasta el 20 de febrero de 2013. Como sustento de ello, indicó que el Decreto 256 de este año clasificó los cargos del cuerpo oficial de bomberos en operativos, y en esa medida, al no pertenecer al nivel técnico grado 9 o al asistencial grado 19, dejó de tener derecho al pago y reconocimiento de este concepto.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Julio César Bojacá Vargas (ff. 558-567 c. ppal.).

El recurso se dirigió a que se modifique el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la orden de limitar el pago de la condena hasta el 20 de febrero de 2013 con fundamento en el Decreto 256 de 2013. Los argumentos del recurso son los siguientes:

(i) Límite del pago de la condena hasta el 20 de febrero de 2013 con fundamento en el Decreto 256 de 2013.

Al limitar la condena hasta la fecha precisada, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció normas más favorables al demandante, tales como la Ley 443 de 1998, el Decreto 1569 de 1998, la Ley 909 de 2004 y el Decreto 785 de 2005.

Al respecto, expresó que no se analizó que los empleados públicos del nivel territorial clasificados en el Decreto 1569 de 1998 en los niveles administrativo y operativo se convirtieron, por disposición del artículo 21 del Decreto 785 de 2005, en personal del nivel asistencial.

Así, el señor Julio César Bojacá Vargas entre los años 1998 a 2005 pertenecía al nivel operativo y entre este año y el 2013 al nivel asistencial. Manifestó que no se pueden desechar sus derechos laborales con fundamento en el Decreto 256 de 2013 porque este fue expedido con un error de apreciación del gobierno nacional, quien no tuvo en consideración la clasificación de que trata el Decreto 785 de 2005.

Además, expuso que en la toma de la decisión se obvió el régimen de transición fijado en el artículo 32 del Decreto 256 de 2013, en el cual se fijó un plazo máximo de tres años para que los cuerpos oficiales de bomberos implementaran lo allí establecido, término durante el cual deben seguirse aplicando las disposiciones legales y reglamentarias del sistema general de carrera administrativa vigentes. Agregó que la Ley 909 de 2004, en su artículo 22, establece que a los empleados de carrera administrativa les es aplicable el Decreto 1042 de 1978.

Unidad Administrativa del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (ff. 568-570 c. ppal.)

La demandada solicitó revocar la sentencia de primera instancia o en su defecto modificar la forma en que se ordenó realizar la liquidación de la condena.

Sobre el particular expresó que esta instancia debe aclarar, a efectos de que exista certeza la forma cómo debe hacerse dicho procedimiento, qué horas comprende la jornada ordinaria diurna y la ordinaria nocturna conforme el Decreto 1042 de 1978, en consideración a que el demandante cumplía turnos de 24 horas seguidas.

Para el efecto, explicó que pagaba al demandante su servicio así:

Horario cumplido	
Fracción del horario	Pago realizado
De 8 a.m. a 6 p.m.	Valor hora según asignación mensual.
De 6 p.m a 6 a.m.	Con un 35% adicional al valor de la hora.
De 6 a.m. a 8 a.m.	Valor hora según asignación mensual.

Radicado: 250002325000201000705 01 (0308-2016)

Actor: Julio César Bojacá Vargas

Demandado: Distrito Capital

Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá

Luego de esto, señaló que de acuerdo a lo expresado en el fallo, la jornada ordinaria laboral tiene el límite de 190 horas mensuales (44 semanales) en virtud del Decreto 1042 de 1978, por lo que las que exceden el mismo deben considerarse como jornada extraordinaria, en este caso 170 horas.

De esta manera, advirtió que la entidad pagó 10 horas al mes con un porcentaje de más (35%) porque sufragó las laboradas así: i) 180 horas con el valor normal de la asignación mensual y; ii) otras 180 con un recargo del 35% sobre el costo de la hora.

A lo expuesto agregó que costó la jornada extraordinaria que excedía las 190 horas con un recargo del 35%, pese a que solo le correspondía cancelar 50 horas, por lo que pagó 120 horas de más al demandante con el recargo aducido.

En su intervención explicó que la forma de liquidación correcta es la aplicada por la entidad, no obstante así no lo consideró el *a quo*. En esa medida expresó que en la providencia debió ordenarse la reliquidación de lo ya pagado por las horas extra diurnas con el porcentaje del 25% y sobre la base de 190 horas mensuales. Ello por cuanto el fallo no puede desconocer los valores que ya percibió el demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Julio César Bojacá Vargas (ff. 609-612 c. ppal.)

El demandante reiteró todos los argumentos contenidos en el recurso de apelación.

Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (ff. 616-629 c. ppal.)

La demandada expuso brevemente cómo funciona la jornada laboral del cuerpo oficial de bomberos e insistió en la competencia que tiene el distrito para fijar los horarios y jornadas ordinarias en sus dependencias. Seguidamente, reiteró el argumento según el cual en el fallo no se tuvo en cuenta los pagos que ya se habían realizado en favor del demandante. Así mismo, discutió la aplicación de la sentencia proferida por esta sección el día 12 de febrero de 2015 con ponencia del consejero Gerardo Arenas Monsalve y radicado 2010-00725-01, por cuanto consideró que la misma no reúne las características propias de una sentencia de unificación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Vencido el término de traslado la entidad guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta instancia, se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La condena emitida en primera instancia en favor del señor Julio César Bojacá Vargas atendió los parámetros legales y la jurisprudencia de esta sección para la liquidación del trabajo suplementario?
2. ¿La entrada en vigencia del Decreto 256 de 2013 eliminó el derecho del señor Julio César Bojacá Vargas como miembro del Cuerpo de Bomberos de Bogotá al reconocimiento de las horas extras y el trabajo suplementario de que trata el Decreto 1042 de 1978?

1. Primer problema jurídico.

¿La condena emitida en primera instancia en favor del señor Julio César Bojacá Vargas atendió los parámetros legales y la jurisprudencia de esta sección para la liquidación del trabajo suplementario?

A efectos de resolver el primer problema jurídico, se abordarán los siguientes temas: **(i)** Normativa aplicable sobre el tiempo de trabajo de los empleados públicos del orden territorial; **(ii)** regulación del pago del trabajo suplementario contenida en el Decreto 1042 de 1978; **(iii)** la jornada laboral del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá y; **(iv)** caso concreto.

- Normativa aplicable sobre jornada laboral a los empleados públicos del orden territorial.

De tiempo atrás, la Sección Segunda de esta corporación adoptó la tesis según la cual, la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial está gobernada por el Decreto 1042 de 1978⁶.

Al respecto, se ha señalado que aunque dicho decreto es aplicable a los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, sus efectos se extienden también a los del orden territorial por disposición del artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y del artículo 87 de la Ley 443 de 1998⁷.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 17 de agosto de 2006. Expediente 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. sentencia del 1 de marzo de 2012. Radicación: 23001-23-31-000-2002-90526-01(0832-08). Actor: Hernán de Jesús Flórez González. Demandado: Municipio de Lorica (Córdoba)

Las aludidas normas hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan «el régimen de administración de personal» contenido no solamente en ellas, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

Ahora, con respecto al concepto de «régimen de administración de personal» a que se refieren el artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, la jurisprudencia de esta sección ha precisado que el mismo comprende el concepto de «**jornada de trabajo**»⁸.

En ese sentido, y como la jornada laboral está reglamentada en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, se ha definido, jurisprudencialmente⁹, que esta norma constituye una adición a los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y por tanto es aplicable a los empleados públicos del orden territorial conforme la extensión del artículo 2 de la Ley 27 de 1992 ratificada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.¹⁰

Igualmente se ha determinado que a los empleados públicos del orden territorial tampoco los gobierna el artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 puesto que la Corte Constitucional en sentencia C-1063 de 2000¹¹ declaró que esta se encuentra vigente solo para los trabajadores oficiales, y no reglamenta la jornada laboral de los empleados públicos, pues esta se rige por el Decreto 1042 de 1978.

En conclusión: El Decreto 1042 de 1978 es la norma que rige la jornada de trabajo para los empleados públicos del orden territorial porque:

(i) El artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998 hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan «el régimen de administración de personal» contenido en ellas y en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

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

⁸ Sentencia de fecha 17 de agosto de 2006. Expediente 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín.

⁹ En la siguiente sentencia se definió un caso similar al aquí analizado. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. sentencia del 23 de febrero de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2001-03838-01(1863-08). Actor: Oscar Antonio Cárdenas Holguín. Demandado: Municipio de Itagüí.

¹⁰ Ver sentencia de 19 de julio de 2007 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, radicación: 05001-23-31-000-1998-02175-01(6183-05), actora: Luz Angelica Mena Pineda y sentencia de la Sección Segunda, Subsección B. sentencia del 15 de marzo de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2001-03212-01(1227-11). Actor: Humberto de Jesús Henao Álvarez. Demandado: Municipio de Itagüí (Antioquia).

¹¹ A esta conclusión se llegó al analizar la mencionada sentencia por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. sentencia de julio 12 de 2012. Radicación: 05001 23 31 000 2002 04837 01(0200-10). Actor: Fernando Luis Zea Ossa. Demandado: municipio de Itagüí (Antioquia).

(ii) El concepto de «régimen de administración de personal» incluye el concepto de «jornada de trabajo» que reguló el Decreto 1042 de 1978 luego este se constituye en una adición del Decreto 2400 de 1968 y;

(iii) El artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 solo es aplicable a los trabajadores oficiales.

- Regulación del pago del trabajo suplementario contenida en el Decreto 1042 de 1978.

Definido entonces que el Decreto 1042 de 1978 es el que determina la jornada de trabajo de los empleados públicos del orden territorial, la Subsección se permite citar el artículo que rige la materia.

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

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

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras [...] ¹² » (Subraya de la Sala).

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

Es claro que la jornada de trabajo que se cumpla influye de manera directa en el salario que devenga el empleado, en tanto que la asignación puede variar si se labora tiempo suplementario, caso en el cual, se reconoce un pago adicional a la remuneración que de forma frecuente percibe el servidor público.

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

¹² Modificado en lo pertinente por los artículos 1 al 13 del Decreto 85 de 1986.

Pagos por trabajo complementario de acuerdo al Decreto 1042 de 1978			
Decreto 1042 de 1978	Jornada laboral	Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales)	Excepción y límites.
Artículo 34	Ordinaria nocturna. El horario que comprende es de 6 p.m. a 6 a.m.	35%	Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos.
Artículo 35	Jornada mixta. Se cumple por el sistema de turnos. Incluye horas diurnas y nocturnas. Por estas últimas se paga el recargo (nocturno, pero podrán compensarse con períodos de descanso).	35% o descanso compensatorio	Sin perjuicio de lo dispuesto para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos.
Artículo 36	Horas extra diurnas. Trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria. Debe ser autorizada por el jefe inmediato.	25% o descanso compensatorio.	No puede exceder de 50 horas mensuales. Si sobrepasa este límite se reconoce descanso compensatorio (un día de trabajo por cada 8 horas extras trabajadas). Conforme el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989, tienen derecho a este los empleados del nivel Operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 098 del nivel técnico.
Artículo 37	Horas extra nocturnas. Trabajo desarrollado por personal diurno (6 p.m. a 6 a.m.)	75% de la asignación mensual.	Igual que en el cuadro anterior referente al artículo 36.
Artículo 39	Trabajo ordinario domingos y festivos. Cuando se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos.	La remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.	

En conclusión: Cuando el empleado público labore tiempo adicional a la jornada ordinaria de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, tiene derecho a que se le reconozca el pago de los recargos o los días compensatorios conforme se estableció en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de dicha disposición, según se especificó en el cuadro anterior.

- La jornada laboral del cuerpo oficial de bomberos.

La jurisprudencia de esta sección¹³ con relación a la jornada laboral del personal del cuerpo de bomberos, señalaba que los mismos contaban con disponibilidad permanente para atender eficiente y eficazmente sus funciones. En esa medida, denotó que estos servidores públicos se regían por las reglamentaciones expedidas por las entidades, lo que de entrada les negaba el derecho al pago de tiempo suplementario de trabajo, en tanto que: (i) No cumplían una jornada ordinaria de trabajo y; (ii) se consideraba que esta era mixta, especial y excepcional de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 6ª de 1945.

Este criterio varió desde el año 2008¹⁴. La nueva posición jurisprudencial indicó que la jornada de trabajo excepcional cumplida por el personal bomberil no podía desconocer el derecho al reconocimiento del trabajo suplementario, puesto que ello vulneraba el principio de igualdad en relación con otros empleados que realizan funciones menos riesgosas.

Por tal razón, se determinó que en el acto administrativo que expida la entidad con el fin de fijar la jornada especial de trabajo para los bomberos debe: (i) Señalar la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar la aludida jornada y; (ii) establecer el pago salarial bajo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978, es decir, la regulación de las jornadas mixtas y con garantía de la remuneración del trabajo suplementario, dentro de los límites previstos en el artículo 33.

Igualmente se definió que en caso de no existir tal régimen o que existiendo, la misma no cumpliera con los parámetros fijados en el párrafo anterior, la situación de los servidores públicos de los cuerpos de bomberos debía regirse por la jornada ordinaria correspondiente a cuarenta y cuatro (44) horas semanales tal

¹³ Sentencias de 4 de mayo de 1990, número interno 4420; sentencia de 9 de octubre de 1979, número interno 1765, confirmada por la Sala Plena de la Corporación mediante sentencia del 19 de octubre de 1982; sentencia de 3 de marzo de 2005. Sección Segunda.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación: 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06), Actor: José Arles Pulgarín Gálvez. Demandado: Municipio de Pereira. Esta posición fue reiterada en las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 2 de abril de 2009. Radicación: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05), Actor: José Dadner Rangel Hoyos y otros. Demandado: Municipio de Pereira.

Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 31 de octubre de 2013. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00515-01(1051-13). Actor: Asdrúbal Lozano Ballesteros. Demandado: Distrito Capital de Bogotá (Secretaría de Gobierno – Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.).

como lo dispone el Decreto 1042 de 1978. Ello, puesto que el régimen especial no puede ir en detrimento de las normas laborales generales y de los derechos irrenunciables de los trabajadores¹⁵.

En conclusión: La entidad a la cual se encuentre vinculado el personal del cuerpo oficial de bomberos puede, mediante el respectivo acto administrativo, fijar la jornada especial de trabajo de estos. No obstante, esta debe ceñirse a los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 sobre jornada máxima laboral, regulación de las jornadas mixtas y salario del trabajo suplementario.

Si no existe tal reglamentación o si existiendo la misma no cumple con las condiciones expuestas, la situación de los servidores públicos de los cuerpos de bomberos debe regirse por el decreto mencionado. Lo anterior por cuanto el régimen especial no puede ir en detrimento de las normas laborales generales y de los derechos irrenunciables de los trabajadores.

- Caso concreto.

En el recurso de apelación la Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos de Bogotá expresó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia de primera instancia desconoció los valores que había percibido el demandante.

i) Condena impuesta.

La situación del señor Julio César Bojacá Vargas la rige el Decreto 1042 de 1978 en relación con la jornada laboral. Así se determinó en el fallo de primera instancia porque la entidad no tenía una regulación propia al respecto.

Ahora, toda vez que este punto no fue objeto de reproche por parte de la entidad en la impugnación, la Subsección se limitará a estudiar si la condena impuesta acató lo establecido en la norma aludida y la jurisprudencia de esta sección. Además, porque la posición del *a quo* de dar aplicación al Decreto 1042 de 1978, es concordante con lo que se expuso en precedencia, sobre la jornada laboral aplicable a los miembros del cuerpo de bomberos cuando la entidad territorial no la fijó o lo hizo sin atender los parámetros del artículo 33 *ibidem*. Dicho esto se pasará a revisar la condena.

Para tales efectos se deja claro que la jornada máxima legal que debe tenerse en cuenta es la establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, esto es, 44

15 Normas de este tipo van en contravía de principios constitucionales como la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53), y resultaría violatorio del artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, así como del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y políticos, artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador «...d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».

horas semanales y 190 mensuales¹⁶ y que el pago del trabajo suplementario se realiza de conformidad con los porcentajes señalados en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 *ibidem*.

En el caso *sub examine* se acreditó que el señor Julio César Bojacá Vargas cumplía turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, alternados así: (i) Una semana laboraba cuatro días (4) y descansaba tres (3) y; (ii) la otra trabajaba tres (3) y descansaba cuatro (4) días (f. 40 c. ppal.).

Realizado el cálculo matemático se encuentra que:

Días laborados semanalmente 3	24 horas X 3= 72 horas.
Días laborados semanalmente 4	24 horas X 4= 96

En promedio, si se tiene en cuenta que son 4,33¹⁷ semanas al mes laborado, el demandante trabajó 360 horas mensuales, cifra que excede el tope máximo legal de 190 horas mensuales.

Conforme a lo expuesto se concluye que el señor Julio César Bojacá Vargas laboró 170 horas adicionales a la jornada máxima legal. Este guarismo se obtiene al restarle a 360 horas las 190 de que trata el Decreto 1042 de 1978.

De acuerdo con lo anterior, procede la Subsección a verificar cada uno de los ítems reconocidos por el Tribunal así:

a) Horas extras:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió al pago de este concepto a favor del demandante y sin exceder de 50 mensuales. El punto de partida para reconocerlas fue el mismo explicado en los párrafos anteriores, esto es, que laboró 360 horas mensuales por lo que sobrepasó el límite de 190 consagradas en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978. El límite de 50 lo estableció con fundamento en el artículo 36 literal d) de la misma norma (ff. 40, 401 c. ppal.).

Ello significa que de las 170 horas laboradas, solo pueden cancelarse en dinero **50 horas extras al mes**, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.

Ahora, debe señalarse que las restantes 120 han de ser pagadas con tiempo compensatorio, a razón de un (1) día hábil por cada 8 horas de trabajo, de

¹⁶ Cantidad que resulta de multiplicar el número de horas semanales (44) por el factor 4,33 que corresponde al número de semanas en el mes.

¹⁷ Promedio tomado de la división de 52 semanas al año en 12 meses. Ver sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 12 de febrero de 2015. Expediente: 25000-23-25-000-2010-00725-01. Referencia 1046-2013. Actor: Omar Bedoya. Demandado: Distrito de Bogotá (Secretaria de Gobierno- Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.)

acuerdo con el literal (e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, lo que equivale a 15 días de descanso.

No obstante, como en el proceso se demostró que por laborar mediante un sistema de turnos el actor disfrutaba de 15 días de descanso al mes, para la Subsección es claro que las 120 horas restantes fueron compensadas debidamente por la entidad demandada.

De esta manera el señor Julio César Bojacá Vargas solo tiene derecho al reconocimiento de cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en cada mes y no al pago de los días compensatorios, tal como se indicó en la providencia recurrida. Por tanto este ítem no será objeto de modificación.

b) Recargos por trabajo nocturno.

El Tribunal Administrativo condenó al pago de este concepto por encontrar demostrado¹⁸ que la entidad pagó este pero con base en un promedio de 240 horas mensuales y no las 190 establecidas en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

Sobre el particular, la Subsección observa que la liquidación ordenada por la primera instancia es acorde con la norma mencionada en tanto que, al mantenerse la misma partiendo de 240 horas, se reduciría el valor del recargo a que tiene derecho el señor Julio César Bojacá Vargas.

Con respecto al recargo nocturno, conviene citar la fórmula establecida por esta Sección en la sentencia del 12 de febrero de 2015¹⁹ :

« [...] En ese orden, hay lugar a ordenar el reajuste de los recargos nocturnos laborados por el actor, 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 * 35% * Número horas laboradas con recargo 190

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

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

¹⁸ Así también lo acepta la entidad en el documento visible a folio 6 vuelto.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 12 de febrero de 2015. Expediente: 25000-23-25-000-2010-00725-01. Referencia 1046-2013. Actor: Omar Bedoya. Demandado: Distrito de Bogotá (Secretaria de Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.).

De esta manera, los recargos nocturnos se liquidan con fundamento en dicha operación matemática y por las horas laboradas entre las 6:00 p.m. a las 6:00 a.m. de conformidad con el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, por tratarse de personal que trabaja mediante el sistema de turnos. Bajo tales parámetros la entidad debía pagar este emolumento al accionante y así fue ordenado por el Tribunal Administrativo, luego no se modificará este punto tampoco.

c) Recargos por trabajo dominical y festivo.

De acuerdo con la certificación allegada al proceso estos valores sí se pagaron al demandante. Sin embargo, el cálculo del porcentaje del 200% (recargo festivo diurno) y 235% (por recargo festivo nocturno) se efectuó sobre 240 horas, lo que implica que se desconoció la jornada máxima laboral de 190 de que trata el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, y en consecuencia, los valores reconocidos resultaron inferiores a los legalmente señalados.

Por esta razón, era procedente ordenar el reajuste de los dominicales y festivos laborados por el señor Julio César Bojacá Vargas, para lo cual, la entidad deberá tener en cuenta los parámetros indicados en los artículos 33, 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978 como bien lo dijo el *a quo*, es decir, el factor hora tiene que ser calculado con base en la asignación básica mensual dividida por el número de horas de la jornada ordinaria mensual, esto es, 190 y no 240. Al haberse ordenado así, la Subsección no lo modificará.

d) Sobre el reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos.

Este punto coincide con lo manifestado en el literal (a) sobre el pago con días compensatorios por las restantes 120 horas extras, en tanto que (según se dijo) está demostrado que por trabajar mediante un sistema de turnos (24 horas de labor por 24 horas de descanso) el señor Julio César Bojacá Vargas disfrutaba de 15 días de descanso al mes, luego sí le reconocieron los descansos compensatorios. Así lo ha concluido la jurisprudencia de esta sección al señalar²⁰:

«[...] 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 por el actor dada 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, razón por la cual, la sentencia, en cuanto reconoció el descanso compensatorio amerita ser revocada [...]».

e) Reliquidación de factores salariales y prestaciones sociales.

²⁰ *Ibidem*. Ver también: Sentencia de 2 de abril de 2009. Sección Segunda, Subsección B. Radicación: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05). Actor: José Dadner Rangel Hoyos y Otros. Demandado: Municipio de Pereira.

Sobre el particular, esta sección se ha pronunciado en reiteradas ocasiones. Así, se ha reconocido la reliquidación de las cesantías con fundamento en el contenido del artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, que incluye como factor salarial para su liquidación, los pagos que se hagan por trabajo suplementario (horas extras) y por dominicales y festivos. En esa medida la orden del *a quo* de reliquidar las cesantías con la inclusión de los valores salariales a que condena es concordante con la posición jurisprudencial y el marco legal del decreto enunciado.

La Subsección no se pronunciará sobre la reliquidación de los demás factores salariales y el pago de los compensatorios, por cuanto no fueron reconocidos en el fallo ni tampoco fueron objeto de apelación.

f) El Tribunal no desconoció el pago hecho por la entidad.

La entidad apelante manifestó que el Tribunal Administrativo al emitir la condena desconoció los valores ya pagados al demandante. Pues bien, la Sala encuentra que la sentencia fue clara al señalar en el numeral segundo que la suma a pagarse al señor Julio César Bojacá Vargas consiste en « [...] las diferencias **que resulten a su favor**, entre lo que ha venido cancelando el extremo pasivo y lo debido por tales conceptos, en virtud del reajuste aquí ordenado [...]» (f. 554 c. ppal.).

Lo mismo se indica en lo relacionado con el reajuste de las cesantías «[...] pagará al señor JULIO CÉSAR BOJACÁ VARGAS de condiciones civiles anotadas, **las diferencias que resulten a su favor** [...]» (f. 555 *ibidem*).

Es evidente entonces, que en la orden dada por el Tribunal Administrativo no se impuso a la demandada la obligación de pagar el reajuste ordenado sin el descuento respectivo de lo que ya había cancelado. Por el contrario, se manda el reajuste de dichas cifras y el pago de las sumas que resulten favorables, luego de restar lo pagado, al señor Bojacá Vargas.

En conclusión: La Sala no observa que el Tribunal Administrativo hubiese ignorado los parámetros jurisprudenciales y legales del Decreto 1042 de 1978 en la liquidación ordenada, puesto que tomó como base la jornada máxima legal y los recargos establecidos en los artículos 34, 35, 36, 37, 38 y 39 del Decreto 1042 de 1978.

Además, es claro que en la sentencia no se impuso a la entidad la obligación de realizar un doble pago sobre los reajustes reconocidos.

2. Segundo problema jurídico.

¿La entrada en vigencia del Decreto 256 de 2013 eliminó el derecho del señor Julio César Bojacá Vargas como miembro del Cuerpo de Bomberos de Bogotá al

reconocimiento de las horas extras y el trabajo suplementario de que trata el Decreto 1042 de 1978?

En el estudio de este problema jurídico se analizará: **(i)** Efectos de la clasificación como «operativo» del personal del cuerpo de bomberos con la entrada en vigencia del Decreto 256 de 2013 y; **(ii)** caso concreto.

- Efectos de la clasificación como «operativo» del personal del Cuerpo de Bomberos con la entrada en vigencia del Decreto 256 de 2013.

De acuerdo con lo expuesto en esta providencia²¹, del contenido de los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978 se desprende que tiene derecho al reconocimiento de las horas extras y el descanso compensatorio el empleado público que acredite, entre otros requisitos, el de pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 9 del nivel técnico²².

En el caso de los bomberos, por ser empleados públicos del orden territorial, se encontraban cobijados por la Ley 443 de 1998, por disposición del artículo 3, antes de que se expidiera el sistema específico de carrera de los mismos.

Así, el Decreto 1569 de 1998 en el artículo 3 clasificó los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por ley mencionada en «Directivo, Asesor, Ejecutivo, Profesional, Técnico, Administrativo y Operativo».

Este último, de acuerdo al artículo 4 de la misma disposición «[...] comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución [...]».

El Decreto 1569 de 1998 fue derogado por el Decreto 785 de 2005, norma que en el artículo 3 clasificó de nuevo los empleos públicos de las entidades territoriales, manteniendo las mismas categorías, excepto el «operativo», el cual sustituyó por el de «nivel asistencial».

No obstante, la Subsección advierte que la mencionada norma en su artículo 21 equiparó la nueva clasificación del empleo a la anterior de «operativo», luego no puede decirse que esta sea distinta. Señaló la norma:

« [...] **Artículo 21.** De las equivalencias de empleos. Para efectos de lo aquí ordenado, fíjense las siguientes equivalencias de los empleos de que trata el Decreto 1569 de 1998, así:

Nivel Administrativo, Auxiliar y Operativo	Nivel Asistencial
635 Bombero	475 Bombero

²¹ Ver cuadro de la página 20.
²² El artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 fue modificado por el Decreto Ley 10 de 1989 en su artículo 13 así: « [...] **Artículo 36 Modificado por el Decreto-Ley 10 de 1989.-** De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.
a. El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:
El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico [...]» (Subraya de la Sala)

[...]».

Además, la definición de este último cargo consagrada en la nueva disposición (artículo 4), coincide plenamente con la que se tenía con respecto al nivel operativo en el Decreto 1569 de 1998. En ese sentido, para la Subsección el simple hecho de que la clasificación de los cargos cambiara de nombre, no implica que los mismos cumplieran distintas funciones.

Posteriormente, se expidió la Ley 1575 de 2012 conocida como la ley general de bomberos de Colombia mediante la cual se derogó la Ley 322 de 1996, se modificó el artículo 4 de la Ley 909 de 2004 y se fijó como sistema específico de carrera administrativa el de los bomberos²³.

La normativa ordenó al gobierno nacional reglamentar este nuevo sistema de carrera, sin embargo, advirtió que mientras ello sucedía, el personal bomberil seguía rigiéndose por las normas generales sobre la materia²⁴. Con fundamento en ese mandato, se expidió el Decreto 256 de 2013 por medio del cual se estableció el sistema específico de carrera para los cuerpos oficiales de bomberos.

Esta disposición en el artículo 4, clasificó a la planta de personal de esta entidad en administrativos y operativos, con la especificación que estos últimos «[...] tienen asignadas funciones misionales relacionadas con la gestión del Riesgo y Desastres [...]».

El Decreto 256 de 2013 en el artículo 6, señaló cual es el personal operativo del cuerpo oficial de bomberos, así:

«[...] Artículo 6°. Estructura del escalafón. El Escalafón del Cuerpo Operativo de los Cuerpos Oficiales de Bomberos estará conformado por dos (2) categorías: Oficiales y Suboficiales. Cada categoría está conformada por diferentes grados, así:

a) Categoría de Oficiales:

1. Comandante de Bomberos.
2. Subcomandante de Bomberos.
3. Capitán de Bomberos.
4. Teniente de Bomberos.
5. Subteniente de Bomberos.

b) Categoría de Suboficiales:

1. Sargento de Bomberos.
2. Cabo de Bomberos.
3. Bombero [...]» (Subraya la Sala).

²³ Artículo 51 Ley 1575 de 2012.

²⁴ Artículo 52 *ibidem*.

Del recuento normativo, la Subsección advierte que la clasificación de los empleos del cuerpo oficial de bomberos ha variado con el paso del tiempo de acuerdo con la norma vigente.

Así, fueron agrupados como del nivel «operativo» en el artículo 3 del Decreto 1569 de 1998, luego como del «nivel asistencial» en el Decreto 785 de 2005 artículo 3 y, finalmente fueron clasificados como «Operativos» con el Decreto 256 de 2013.

No obstante, para la Subsección, la anterior clasificación solo ha radicado en la denominación del empleo, empero, no ha influido en el cambio de funciones de los servidores del cuerpo de bomberos, porque estos han prestado el servicio en iguales condiciones y con equivalentes funciones en vigencia de una u otra norma, por lo que atentaría contra su derechos laborales variar la remuneración a que tienen derecho conforme el Decreto 1042 de 1978 solo por la clasificación del cargo.

En efecto, la modificación que se hizo del nivel «Operativo» al «Asistencial» solo fue formal pues son equivalentes ambos cargos, y las funciones siguieron siendo las mismas. Ahora, con la nueva agrupación de los empleos en «operativo» en nada cambió la labor bomberil puesto que únicamente permitió agrupar las distintas categorías de los empleos.

En conclusión: Del contenido de los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978 se desprende que tiene derecho al reconocimiento de las horas extras y el descanso compensatorio el empleado público que acredite, entre otros requisitos, el de pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 9 del nivel técnico.

La clasificación de los empleos del cuerpo oficial de bomberos ha variado con el paso del tiempo de acuerdo con la norma vigente de «operativo» a «asistencial» y de nuevo a «operativo» no obstante, siempre se han referido al mismo empleo y no cambiaron las funciones.

Por esta razón, toda vez que estos empleados prestaron el servicio en iguales condiciones en vigencia de una u otra norma (Decretos 1569 de 1998, 785 de 2005, Ley 1575 de 2012 y Decreto 256 de 2013), negar la remuneración a que tienen derecho conforme el Decreto 1042 de 1978, atentaría contra sus derechos laborales irrenunciables.

- Caso concreto.

El señor Julio César Bojacá Vargas solicitó en el recurso de apelación modificar el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el cual el Tribunal Administrativo limitó la condena por concepto de horas extra diurnas, nocturnas, trabajo nocturno, dominical y festivo hasta el 20 de febrero de 2013, con fundamento en el Decreto 256 de 2013.

Señaló en el recurso que, el Tribunal Administrativo al limitar la condena hasta dicha fecha: a) Desconoció normas más favorables (artículo 21 del Decreto 785 de 2005 y 22 de la Ley 909 de 2004) y; b) obvió el régimen de transición fijado en el artículo 32 del Decreto 256 de 2013 de tres años.

Pues bien, acorde con el contenido de la respuesta dada por la entidad al derecho de petición del 25 de noviembre de 2009 el señor Julio César Bojacá Vargas ingresó al Distrito el día 26 de enero de 2006 y a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá desde el 1 de enero de 2007, desempeñando como último cargo el de bombero, código 475, grado 15 (f. 6 c. ppal.).

Revisada la clasificación del empleo se evidencia que, en consonancia con el artículo 6 literal (b) del Decreto 256 de 2013 pertenece al nivel operativo en el grado de Suboficial. En esa medida y de acuerdo con los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978 cumplió con el requisito de pertenecer a un cargo del nivel operativo.

Así las cosas, no le asiste razón al *a quo* al negar el pago de las horas extras y los recargos suplementarios con posterioridad al 20 de febrero de 2013 por considerar que el demandante ocupaba un empleo clasificado como de nivel operativo, puesto que es precisamente tal calidad la que le otorga el derecho.

En conclusión: El señor Julio César Bojacá Vargas tiene derecho a que el pago de las horas extras y los recargos suplementarios ordenados en primera instancia se le paguen por todo el tiempo que ha ocupado un empleo en el Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá en el nivel operativo, conforme los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978, y no puede limitarse el mismo hasta el 20 de febrero de 2013.

Lo anterior toda vez que aunque la clasificación de los empleos del cuerpo oficial de bomberos ha variado con el paso del tiempo de acuerdo con la norma vigente de «operativo» (Decreto 1569 de 1998) a «asistencial» (Decreto 785 de 2005) y de nuevo a «operativo» (Decreto 256 de 2013) siempre ha sido equivalente el empleo y en él se han cumplido las mismas funciones.

Además, el pago debe realizarse desde el 25 de noviembre del año 2006, tal cual lo dispuso la primera instancia, porque las dos peticiones se presentaron ante la entidad el día 25 de noviembre del año 2009 (ff. 8-10 y 34-36 c. ppal.), por lo que atendiendo el término de prescripción de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102, desde dicha fecha procede el reconocimiento.

Decisión de segunda instancia.

Por lo expuesto la Subsección A modificará parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia del día 8 de septiembre de 2015 proferida por el

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión, en lo referente a que la condena no se limitará hasta el día 20 de febrero de 2013 y se pagará hasta el cumplimiento de este fallo si el señor Julio César Bojacá Vargas continúa como miembro activo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, en caso de no ser así, se cancelará hasta el día en que se retiró del servicio.

En lo demás se confirmará la sentencia.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

Primero: Modifíquese parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión, el día 8 de septiembre de 2015, en lo siguiente:

(i) La condena impuesta en la sentencia no tendrá como limite el día 20 de febrero de 2013 y se pagará hasta el cumplimiento de este fallo si el señor Julio César Bojacá Vargas continúa como miembro activo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, en caso de no ser así, hasta el día en que se retiró del servicio;

Segundo: Confírmese en lo demás la sentencia impugnada.

Tercero: Sin costas.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

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

Radicado: 250002325000201000705 01 (0308-2016)
Actor: Julio César Bojacá Vargas
Demandado: Distrito Capital
Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ