



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

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

Radicado	: 25000232500020110061101
Nº Interno	: 3709 – 2015
Demandante	: JOSÉ CARLOS DAZA CALDERÓN
Demandado	: Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.
Acción	: Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema	: Jornada de trabajo, horas extras y descansos compensatorios
Segunda Instancia – Decreto 01 de 1984	

Se desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la parte demandada contra la sentencia del dieciséis (16) de junio de dos mil quince (2015) por medio de la cual la Sala de Descongestión, Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda promovida por José

Carlos Daza Calderón contra el Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

José Carlos Daza Calderón, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó la nulidad del Oficio 2010EE2347 del 12 de mayo de 2010 y de la Resolución 513 del 24 de septiembre de 2010, suscritos por el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, a través de los cuales da respuesta negativa a la reclamación administrativa presentada por el actor con relación al pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios, así como la reliquidación de los factores salariales y prestacionales a los que tiene derecho; y resuelve los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada a liquidar y cancelar al actor, por el tiempo laborado desde el 28 de octubre de 2006 en adelante, las horas extras laboradas en exceso respecto a la jornada máxima legal, los recargos nocturnos, compensatorios, dominicales y festivos, así como la reliquidación de factores salariales y prestacionales, incluyendo la prima de antigüedad. Igualmente, solicitó reconocer los intereses moratorios de conformidad con el artículo 177 del CCA y la indexación de la condena en los términos del artículo 178 *ibídem*.

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda (ff. 29 – 61), en síntesis son los siguientes:

El señor José Carlos Daza Calderón se vinculó desde el 15 de mayo de 2000 y para la fecha de presentación de la demanda se encuentra vinculado a la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. desempeñando el cargo de Bombero Código 475 Grado 15. Sostiene que labora por el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, incluyendo dominicales y festivos.

La Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., no le ha reconocido al demandante los días de descanso compensatorio por dominicales y festivos laborados conforme a lo establecido en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, como tampoco las horas extras, compensatorios, dominicales y festivos, ni la reliquidación de factores salariales y prestacionales a los que considera tener derecho, sin embargo, afirmó que se le han cancelado algunos recargos.

Argumentó que el 11 de noviembre de 2009, reclamó ante la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., el reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y la reliquidación de los factores salariales y prestaciones sociales con la correspondiente indexación.

Mediante oficio dirigido al demandante, el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos da respuesta simple al trámite respecto de la reclamación administrativa mencionada, y en la cual se

le informa al actor que la respectiva respuesta se dará el 26 de marzo de 2010, decisión reiterada mediante Oficio 2010EE1558 del 26 de marzo de 2010, en la cual le informó que la decisión en torno a la solicitud presentada será expedir el 12 de mayo de 2010.

Con oficio 2010EE2347 del 12 de mayo de 2010, el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., da respuesta negativa a la reclamación administrativa mencionada, argumentando que *“(...) atendiendo los criterios legales y jurisprudenciales vigentes y la especialidad e importancia de la labor desempeñada, no es viable atender sus peticiones favorablemente, pues, hecha la liquidación por ésta entidad y recalculada la nómina no se encuentra un resultado a favor.”*

Contra la anterior decisión el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, el cual fue resuelto mediante la Resolución 513 del 24 de septiembre de 2010, que confirmó la decisión recurrida, negó el recurso de apelación y declaró agotada la vía gubernativa.

1.2. Normas violadas

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 53 y 229 de la Constitución Política; Convenios Internacionales de Trabajo ratificados por Colombia; 33, 34, 36, 37, 39, 40 y 42 del Decreto 1042 de 1978; 45 y 46 del Decreto 1045 de 1978; el Decreto 388 de 1951 y el Decreto 991 de 1974.

2. Contestación de la demanda

El Distrito Capital, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, mediante apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (ff. 95 – 132):

Manifestó que la UAECOB, ha reconocido los derechos laborales del actor tanto en salario como en prestaciones sociales. Aclara que si bien la entidad no liquida horas extras diurnas, nocturnas ni descansos compensatorios, como lo establece el Decreto 1042 de 1978, y conforme a la jornada de 44 horas semanales, sí reconoció y pagó los recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos y nocturnos, en cumplimiento a la normatividad especial que regula dicho aspecto la entidad, la cual es más favorable al demandante, como quiera que recibe ingresos económicos superiores a los que se solicita en la demanda.

Afirmó que conforme a lo establecido en el Decreto 388 de 1951, el personal operativo tiene un horario de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, el Decreto 991 de 1974 determina que el personal de bomberos no está sujeto a los horarios de los demás empleados distritales y el Acuerdo 3 de 1999 establece la forma de liquidar las horas extras y recargos, normatividad que es más favorable para el demandante, como quiera que en aplicación de las mismas, no se afectan los descuentos ni las limitaciones que consagra el Decreto 1042 de 1978.

Propuso la excepción de caducidad de la acción, en consideración a que la última notificación se realizó por edicto, el 29 de noviembre de 2010, la solicitud de conciliación se presentó el 24 de marzo de 2011, llevándose a cabo el 8 de junio de 2011 y la demanda se radicó el 28 de junio de 2011,

sobrepasando de esta forma los 4 meses que la norma exige para acudir ante la jurisdicción.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la sentencia del 16 de junio de 2015 (ff. 267 – 297), accedió a las pretensiones de la demanda y condenó al Distrito Capital, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá a que reconozca y pague al demandante a partir del 11 de noviembre de 2006, lo correspondiente a: 50 horas extras diurnas al mes, reajustar los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos laborados por el actor, sobre la base de 190 horas mensuales y pagar las diferencias que resulten a su favor, entre lo pagado por el Distrito Capital por el sistema de recargos que venía aplicando y los que surjan de la presente condena, así como a reliquidar el valor de las cesantías reconocidas y pagadas con el valor que surja por concepto de las diferencias en horas extras y dominicales y festivos; declaró la prescripción de las diferencias causadas con anterioridad al 11 de noviembre de 2006 y negó las demás pretensiones de la demanda.

Acató el precedente jurisprudencial proferido por esta Corporación¹, para manifestar que la labor que desarrolló el demandante no es intermitente sino posee el carácter de permanente, atendiendo el deber de velar por la seguridad y tranquilidad de los habitantes de la ciudad, y que esta acción demanda sigilo, independientemente de las instalaciones confortables en que argumenta la

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve mediante sentencia del 12 de febrero de 2015, dentro del expediente No. 250002325000201000725-01

entidad demandada o de que en el turno se presenten o no situaciones de emergencia, por lo que el personal debe permanecer en aquellas y cumplir un horario.

Sostuvo que aunque la jornada de trabajo del personal de Bomberos se encuentra regulada en el Decreto 388 de 1951, dicha norma no señala nada respecto de la jornada especial, por lo que los argumentos de la entidad demandada no están llamados a prosperar, comoquiera que para el referido personal, se rige por la norma general de los empleados públicos. Afirmó que mientras no exista un régimen especial que reglamente la jornada máxima de trabajo del personal de bomberos, estos se encuentran sujetos a la jornada máxima de trabajo fijada para el resto de los empleados públicos, que no es otra que 44 horas semanales o 190 horas mensuales, toda labor que exceda del referido tiempo, constituye trabajo suplementario que debe ser reconocido con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de ley.

Encontró probado que el demandante se ha desempeñado en turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, esto es, en una semana trabaja 3 días y descansa 4, y en la siguiente, lo contrario, con la finalidad de prestar un servicio ininterrumpido. Conforme con lo anterior, en una semana laboró 72 horas y en la siguiente 96, para un total de 260 horas mensuales. Entonces si bien el Distrito Capital ha procurado reconocer unos factores por los turnos de 24 x 24 que presta el Cuerpo Oficial de Bomberos, han implicado un sobresueldo al personal asistencial, tal actuación no tiene sustento legal, máxime cuando el reconocimiento de horas extras y compensatorios, no es incompatible con el de recargos.

Conforme con lo anterior, como la jornada máxima laboral mensual de todo empleado público, es de 190 horas, es procedente concluir que se encuentra debidamente soportado que el actor laboró en exceso 170 horas semanales. Así las cosas, ordenó el pago de 50 horas extras al mes conforme a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, sin lugar a reconocerle el compensatorio por las 120 horas restantes, en cuantos estos se entienden ya disfrutados, por virtud del sistema especial de turnos que el demandante prestó.

De la misma forma, manifestó que la entidad demandada le ha cancelado al actor el pago de recargos nocturnos del 35% en todos los días, sean ordinarios o no; además por los dominicales y festivos una remuneración doble con fundamento en el Decreto 1042 de 1978, artículos 34 y 39. Por lo anterior, dispuso la reliquidación de los valores no prescritos, sobre la base de 190 horas conforme a la jurisprudencia de esta Corporación. Por otro lado, reconoció el descanso compensatorio por el trabajo habitual en domingos y festivos, adicional al reconocimiento del doble pago realizado por la entidad, en consideración a que por cada turno de 24 horas laboradas, el actor gozaba de un descanso remunerado.

Ordenó la reliquidación de las cesantías en virtud de los conceptos antes reconocidos, horas extras, dominicales y festivos, conforme a lo establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; y respecto de los demás factores, no hay lugar a reliquidarlos por cuanto las horas extras y el trabajo suplementario no tiene incidencia para la liquidación de las primas de servicios, navidad y vacaciones, ni la prima de antigüedad.

Teniendo en cuenta que la petición que origino la acción fue radicada el 11 de noviembre de 2009, los emolumentos causados con anterioridad al 11 de

noviembre de 2006, se encuentran prescritos al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

4. Fundamento del recurso de apelación

4.1. Por la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C. – UAECOB

Mediante memorial visible a folios 300 a 310 reverso del expediente, la entidad demandada solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en cuanto no solo se opone a los argumentos fácticos y jurídicos expuestos sino porque, de prosperar las pretensiones de la demanda, se afectaría gravemente los intereses de los trabajadores de la entidad.

Argumentó que la prestación del servicio en el caso de los bomberos, de quienes se exige permanente disponibilidad, no permite la causación de horas extras o el derecho a una remuneración adicional por concepto de trabajo suplementario, en cuanto no se encuentran sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, pero si a una jornada especial, regulada por el Decreto 388 de 1951 y aceptada desde el momento de su incorporación por el personal en un sistema de turnos 24 x 24.

Sostuvo que el Tribunal incurrió en un error al aplicar el régimen general previsto para los empleados del orden territorial, al personal vinculado a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, puesto que por la naturaleza del servicio, estos últimos no tienen horario y están sujetos a una jornada especial establecida a través del sistema de turnos,

reglamentada mediante el Decreto 388 de 1951 y el párrafo del artículo 131 del Decreto 991 de 1974.

Aseguró que el sistema de liquidación de recargos nocturnos es más favorable para el personal del Cuerpo Oficial de Bomberos, máxime cuando el sistema no tiene límite de horas a cancelar cada mes, lo que hace que todos esos pagos sean base para las prestaciones sociales y pago a la seguridad social, mientras los compensatorios generados por horas extras no.

4.2. Por la parte demandante

La parte demandante, a través de apoderado judicial, formuló recurso de apelación parcial en contra de la providencia de 16 de junio de 2015, en el cual solicita se modifique la decisión tomada respecto de negar las demás pretensiones de la demanda, para en su lugar, ordenar el pago de la totalidad de las 170 horas extras mensuales laboradas por el demandante desde el 11 de noviembre de 2006, puesto que no es válido aplicar limitante alguna que reduzca el monto del pago de los dineros y/o compensatorios que se le adeudan al actor; así como lo referente al pago del descanso compensatorio por el trabajo habitual en domingos y festivos laborados.

Afirmó que “se desconoce lo establecido en el artículo 33, 36 y 39 entre otros del decreto 1042 de 1978, puesto que no es viable, ni posible en aplicación de las normas constitucionales, principios y derechos mencionados aplicar limitante alguna que limite o reduzca el monto del pago de los dineros y/o compensatorios que se le adeudan a mi poderdante, teniendo en cuenta que la violación de las normas planteada en la demanda, fue producto de la acción u omisión de la entidad

demandada y por lo tanto las consecuencias de la misma, no pueden ser asumidas por mi poderdante, sino por los funcionarios que eventualmente incurrieron en estas irregularidades.”

Argumentó que el no reconocimiento del pago de los descansos compensatorios por la labor ejecutada durante 120 horas extras mensuales, excluidas con el fallo recurrido, constituyen en un desconocimiento de los derechos laborales, porque significa que los bomberos tiene una jornada permanente e ininterrumpida, argumento que desvirtúa el reconocimiento de otros derechos que se decide favorablemente en el presente fallo.

Sostuvo que los compensatorios que deben ser reconocidos al demandante deben serlo por medio de la cancelación de su equivalente en dinero, aplicando los principios de gestión administrativa e interés general de los habitantes del Bogotá D.C.

Manifestó que el no reconocimiento del descanso compensatorio por parte de la entidad demandada, se constituye en un desconocimiento injustificado del principio de favorabilidad y una violación del derecho a la igualdad respecto de los servidores públicos que eventualmente laboren en días dominicales y festivos o cualquier otro funcionario que si tuviese el derecho a los descansos compensatorio por la labor que ejecuten los dominicales y festivos.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Por la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C. – UAECOB

Precisó que la UAECOB no desconoce el derecho al reconocimiento de horas extras al personal de bomberos, el cual solo se evidenció a partir del cambio jurisprudencia de esta Corporación adoptado mediante sentencia del 17 de abril de 2008, ratificado mediante sentencia del 2 de abril de 2009. La discrepancia radica en la forma en que se deben liquidar las horas extras y demás derechos laborales, y 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.

Sostuvo que los descansos compensatorios no forman parte de los factores salariales para liquidar otra clase acreencias laborales, y ello obedece a su objetivo, que se trata de otorgar un día de descanso al trabajador por las labores prestadas en un día de descanso obligatorio, por lo que el compensatorio en dinero es especialísimo y merece una aprobación previa a fin de poderlo cancelar con el valor de un día normal, pues se brinda en una jornada hábil de trabajo y tiene su reconocimiento económico por el valor de un día trabajado.

5.2. Por la parte demandante

Reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso de primera instancia así como de los expuestos en el recurso de apelación. Manifestó respecto al recurso de apelación presentado por la entidad demandada, que en el mismo no se precisan cuáles son las decisiones adoptadas por el fallador que se cuestionan, salvo algunas referencias generales relacionadas con la aplicación de algunas normas y una aplicación tergiversada respecto de los fallos del Consejo de Estado, sin precisar los cuestionamientos.

Manifestó que la parte demandada se *“limita a repetir fundamentalmente lo consignado en la contestación de la demanda y que hacen que en sentido material no exista como tal recurso de apelación de parte de la entidad demandada”*.

Afirmó que la jornada de trabajo aplicable a los bomberos no puede ser otro que el máximo legal establecido en el Decreto 1042 de 1978, lo anterior porque no existe en el Decreto 388 de 1951 una jornada de trabajo semanal.

Por otro lado, sostuvo que el hecho de que la entidad demandada haya pagado los recargos ordinario nocturno correspondiente a un 35%, el recargo festivo diurno en un 200% y un recargo festivo nocturno en un 235%, no significa que se hayan reconocidos al actor las horas extras, compensatorios, dominicales y festivos y menos que se hayan efectuado las reliquidaciones objeto de dicha reclamación. Lo anterior porque el reconocimiento, liquidación y pago de las horas extras, compensatorios, dominicales y festivos no son incompatibles con el reconocimiento, liquidación y pago de los recargos ordinarios nocturnos, festivos diurnos y festivos nocturnos que ha pagado la entidad demandada.

6. Concepto del Agente del Ministerio Público

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, mediante concepto No. 27 – 20176 del 3 de febrero de 2017, en escrito visible a folios 375 a 386 del expediente, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, se consideró que ante la falta de existencia de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, debía aplicarse el artículo 33 del decreto 1042 de 1978, que implica que toda labor realizada en exceso de las 44 horas semanales, constituye trabajo suplementario o de horas extras, las cuales deben ser remuneradas en las condiciones previstas en el artículo 35 *ibídem* deduciendo para dicho efecto los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador. Entonces la jornada laboral para esta clase de labor, debía suplirse con lo establecido en el Decreto 1042 de 1978.

Aseveró que “para el cálculo del tiempo suplementario el Distrito de Bogotá debió tener en cuenta la asignación básica mensual sobre el número de horas de la jornada ordinaria mensual equivalente a 190 horas y no 240, al no ser así, se afectó el cálculo con base en la asignación básica mensual dividida por el número de horas de la jornada ordinaria mensual (190) y no 240, tal como fue señalado en la sentencia de primera instancia recurrida. Así como, como se deberá reconocer cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en el mes.”

Respecto al reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, manifestó que el actor laboró en forma habitual y permanente en domingos y festivos en razón a la jornada mixta acogida por la función a cumplir y en acatamiento a lo establecido en el Decreto Distrital 388 de 1951, por lo que por cada turno de 24 horas laboradas gozaba de un descanso de 24 horas, con lo cual se satisface el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, de ahí que el actor recibió el respectivo descanso compensatorio remunerado. Lo anterior tiene incidencia en las cesantías

liquidadas al actor, lo que conlleva al reajuste o reliquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 45 *ibídem*.

Manifiesta que no hay lugar a la reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, tales como la prima de servicios, vacaciones y prima de navidad, por las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos, pues no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas en concordancia con lo establecido en el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978.

Respecto a la prescripción que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, al haber ingresado el actor a la entidad demandada el 15 de mayo de 2000 y la reclamación administrativa se presentó el 11 de agosto de 2011, los derechos anteriores al 11 de agosto de 2008, prescribieron.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo², el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

² El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.

2.2. Cuestión previa

Corresponde a la Sala pronunciarse frente al impedimento del Doctor Carmelo Perdomo Cuéter con fundamento en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que conoció el proceso de la referencia, cuando se desempeñaba como Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Al respecto se evidencia que efectivamente el Doctor Carmelo Perdomo Cuéter sustanció el proceso en primera instancia³; en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 160 A del Código Contencioso Administrativo, se aceptará el impedimento manifestado y se le declarará separado del conocimiento del presente asunto.

2.3. El problema jurídico

En los términos de los recursos de apelación interpuestos, corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, descansos compensatorios, reliquidación de recargos nocturnos y trabajo en dominicales y festivos y, la reliquidación de las prestaciones sociales con sujeción al Decreto 1042 de 1978, por trabajar turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso como Bombero, Código 475 Grado 15 de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la sentencia del 16 de junio de 2015, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

³ Folios 64 a 178 del expediente. Mediante auto del 30 de julio de 2012 el Magistrado Dr. Carmelo Perdomo Cuéter envió el proceso al Despacho en descongestión, en cumplimiento a lo dispuesto en el Acuerdo PSAA 12-9524 de 2012 del Consejo Superior de la Judicatura.

2.4. Análisis de la Sala

Para resolver este asunto, la Sala deberá precisar cuál es el régimen que gobierna la jornada laboral de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, D.C.

2.4.1. Marco jurídico y jurisprudencial⁴

2.4.1.1. Del régimen sobre la jornada laboral de los empleados públicos territoriales.

De acuerdo con la tesis adoptada por la Sección⁵, 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.

⁴ La Sala en esta oportunidad, para efectos metodológicos, previo a resolver el caso concreto, retoma el marco jurídico y jurisprudencial del cual ya se había ocupado la Sección Segunda en la sentencia de 30 de agosto de 2012. Radicación número: 05001-23-31-000-1999-03941-01 (0739-10). Actor: CARLOS MARIO PINO MUNERA. Demandado: MUNICIPIO DE COPACABANA – ANTIOQUIA. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, reiterado y ampliado en la sentencia de 12 de febrero de 2015, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda, radicado No. 2010-00725-01 (1046-2013) por el mismo ponente.

⁵ 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.

La Corte Constitucional en la sentencia C - 1063 de 2000 mediante la cual se declaró la exequibilidad de la parte inicial del artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, que contempla una jornada de trabajo de 8 horas diarias y 48 horas semanales, precisó que tal norma cobijaría únicamente a los trabajadores oficiales de cualquier orden, pues respecto de los empleados públicos y de los trabajadores del sector privado, otras disposiciones regularon el tema de la jornada de trabajo máxima legal.

El régimen que gobierna a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 2º de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas no solamente en él, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las leyes 13 de 1984 y 61 de 1987. La extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el artículo 3º de esta misma ley y posteriormente por la Ley 909 de 2004.

De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales. La mencionada disposición también prevé la existencia de una jornada especial de doce (12) 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 semanales⁶ y por excepción la Ley 909 de 2004⁷, creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

La jornada laboral se encuentra íntimamente ligada al salario, el cual puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en que se deben ejercer; dentro de dichas variables se encuentra por ejemplo el trabajo nocturno comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m, que tiene una sobre remuneración del 35%, o el trabajo suplementario por dominicales y festivos, así como el ordinario o habitual y el ocasional, que tiene una regulación específica.

Recargo Nocturno

El artículo 35 del Decreto 1042 citado, regula que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo laborado durante éstas últimas se remunerará con recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso.

⁶ Decreto 1042 de 1978, artículo 33.

⁷ Artículo 22.

Trabajo ordinario en días dominicales y festivos

El artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, y la forma en que se debe remunerar.

Conforme a dicha norma, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual.

Se establece igualmente, el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

Jornada Extraordinaria

Está regulada en los artículos 36, 37 y 38 del Decreto Ley 1042 de 1978 y en las normas que anualmente establecen las escalas de asignación básica mensual para los empleados públicos. Entendiéndose como tal, la jornada que excede a la ordinaria. Se presenta cuando por razones especiales del servicio es necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, en cuyo caso, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes esté delegada la función, autorizan el descanso

compensatorio o el pago de horas extras. Para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos:

i) Que el empleado pertenezca a los niveles técnico y asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente.

ii) Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita.

iii) Su remuneración se hará: con un recargo del 25% si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas.

iv) No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales.

v) Las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras trabajadas.

vi) Si el empleado se encuentra en comisión de servicios, y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago.

vii) Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.

2.4.1.2. De la jornada laboral de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, D.C.

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 de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos de Bogotá, D.C., 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 precedente de la Sala de Sección fijado en sentencia de doce (12) de febrero de dos mil quince (2015)⁸, a partir del cual, se desarrolla la siguiente argumentación:

Con la expedición del Acuerdo Distrital 257 de 2006 la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, D.C., se estableció como una Unidad Administrativa Especial del orden distrital, del sector central, sin personería jurídica.

En desarrollo del parágrafo 1 del artículo 52 del referido acuerdo, el Alcalde Mayor de Bogotá, a través del Decreto 541 de 29 de diciembre de 2006, determinó el objeto, la estructura organizacional y las funciones de la referida Unidad, cuyo objeto es dirigir, coordinar y atender en forma oportuna las distintas emergencias relacionadas con incendios, explosiones y calamidades conexas. Por otra parte, mediante Decreto 542 de 29 de diciembre de 2006 estableció la planta global, de conformidad con las necesidades del servicio, los planes, programas y proyectos, la naturaleza de

⁸ Expediente 25000-23-25-000-2010-00725-01 Radicado Interno 1046 – 2013.

las funciones, los niveles de responsabilidad y el perfil de los cargos, la cual fue modificada mediante Decretos 105 de 14 de marzo de 2007 y 189 de 18 de junio de 2008.

Como lo ha reiterado la Sala, es claro que quienes prestan sus servicios en la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo de Bomberos del Distrito Bogotá son servidores públicos, razón por la cual, al tenor del literal e) numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, su régimen salarial y prestacional es de creación legal.

Sobre la jornada laboral de los bomberos, la Corporación⁹ venía sosteniendo que dichos servidores públicos estaban obligados a una disponibilidad permanente para atender eficiente y eficazmente el servicio público asignado, por lo cual, quien ingresaba a la administración pública en esta clase de labor, se entendía que aceptaba las reglamentaciones que sobre el particular tuvieran las entidades, de manera que no existía la posibilidad de reclamar el pago de tiempo suplementario de trabajo como horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos o compensatorios, porque dicho personal no estaba sujeto a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial regulada por el ente empleador. En consecuencia, se consideraba que la jornada de veinticuatro (24) horas desarrollada por los servidores del cuerpo de bomberos, se ajustaba a las previsiones de la Ley 6 de 1945 en su artículo 3, parágrafo 1, ya que era una jornada de trabajo máxima, especial y excepcional, que comprendía un lapso de trabajo diurno y otro nocturno y con fundamento en ello no resultaba procedente el reconocimiento del trabajo suplementario.

⁹ Sentencias de 4 de mayo de 1990. N.I. 4420, C. P: Dr. Alvaro Lecompte Luna; sentencia de 9 de octubre de 1979, N.I. 1765, C.P: Dr. Ignacio Reyes Posada, confirmada por la Sala Plena de la Corporación mediante sentencia del 19 de octubre de 1982, Consejero Ponente: Dr. Jorge Dangond Flórez; sentencia de 3 de marzo de 2005. Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla.

En sentencia de 17 de abril de 2008¹⁰, la Sección Segunda - Subsección A introdujo un cambio en la anterior postura jurisprudencial para señalar que, si bien el trabajo desarrollado por el personal de bomberos cuya jornada es excepcional por la actividad ejercida puede ser regulado en 24 horas diarias, tal situación debía generar el reconocimiento del trabajo suplementario, pues de lo contrario, la situación de tales servidores resultaría inequitativa y desigual respecto de otros empleados que realizan funciones que son menos riesgosas. Así las cosas, se consideró que ante la falta de existencia de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, debía aplicarse el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que implica que toda labor realizada en exceso de las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras, las cuales deben ser remuneradas en las condiciones previstas en el artículo 35 y siguientes del referido decreto, deduciendo para dicho efecto los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador.

En este orden, se concluyó que el vacío normativo respecto a la jornada laboral para esta clase de labor debía suplirse con el Decreto 1042 de 1978. La Sala reiteró esta tesis en sentencia de 2 de abril de 2009¹¹ y en sentencia de 31 de octubre de 2013¹², en la que señaló:

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06), Actor: JOSE ARLES PULGARIN GALVEZ, Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO , ARDILA, sentencia del 2 de abril de 2009, Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05), Actor: JOSE DADNER RANGEL HOYOS Y OTROS, Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA.

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P: Bertha Lucía Ramírez de Páez (E). Sentencia de 31 de octubre de 2013. Radicación número: 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 la actividad del Cuerpo de Bomberos Distrital es de carácter permanente y se presta de forma continua e ininterrumpida, la Unidad Administrativa estableció como jornada de trabajo un sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, teniendo en cuenta la jornada ordinaria que incluye horas diurnas y nocturnas, dominicales y festivos de manera continua, es decir que en una semana se trabajan 3 días y descansan 4 y la siguiente semana viceversa.

Este tipo de jornadas llamadas mixtas se encuentran reguladas en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 de la siguiente manera:

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

Respecto de la jornada de trabajo el artículo 33 del mismo estatuto dispuso lo siguiente:

“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.

Para los miembros de los Cuerpos Oficiales de Bomberos la jornada laboral es considerada como mixta por el sistema de turnos ya referido, el cual debe ser liquidado teniendo en cuenta las horas extras ordinarias y de los días festivos, sean diurnas o nocturnas”.

(...)

Atendiendo la normativa y jurisprudencia citadas, resulta evidente que en el caso concreto debe aplicarse lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la jornada laboral y la liquidación del tiempo trabajado en jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo, según la naturaleza de la función (Subraya la Sala).

Para la Sala es claro, como lo ha venido reiterando, que las labores realizadas por los bomberos implican una disponibilidad permanente por lo que es razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una jornada especial, la cual debe ser regulada por el jefe del organismo mediante la expedición del respectivo acto administrativo que

determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se vean sometidos a esa jornada máxima legal excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales¹³, es decir, dentro de los límites allí previstos¹⁴ y observando la forma de remuneración establecida para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y festivos, cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno en dominicales y festivos.

Lo anterior, por cuanto, como se señaló en la sentencia ya mencionada, de fecha 12 de febrero de 2015, un régimen especial tendiente a excluir o disminuir los beneficios laborales mínimos correspondientes a la jornada ordinaria previstos en el Decreto 1042 de 1978, 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 Políticos¹⁵, 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

¹³ Disposición aplicable a las relaciones legales y reglamentarias del orden territorial en virtud de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 27 de 1992, y posteriormente el artículo 87 inciso 2 de la Ley 443 de 1998 y artículo 55 de la Ley 909 de 2004.

¹⁴ 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.

¹⁵ Aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968.

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 de bomberos y su remuneración, se reitera en esta oportunidad que a falta de regulación especial, se aplica el Decreto 1042 de 1978 y no el Decreto 388 de 1951, razón por la cual debe reconocerse el trabajo suplementario para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.

La Sala ha expresado entre otras razones que justifican la aplicación del Decreto 1042 de 1978, las siguientes:

(i) Porque la norma de carácter territorial no contiene una regulación especial de la jornada laboral para los miembros de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.

(ii) Porque al expedirse el Decreto 1042 de 1978, la norma de carácter territorial contenida en el Decreto 388 de 1951 que establecía 24 horas de labor para el personal de bomberos quedó tácitamente derogada¹⁶ por contravenir la jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 y también el límite máximo legal de 66 horas semanales sólo fue previsto para actividades discontinuas,

¹⁶ Hay derogación tácita, cuando las disposiciones de la ley que deroga no pueden conciliarse con las de la ley anterior, es decir que van en contravía, tal y como se desprende de la parte final del artículo 71 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

"La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial".

intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la cual no participa la actividad de los bomberos.

(iii) La jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite del cual no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo al amparo de la referida disposición.

2.4.2. Hechos probados

Vinculación Laboral. El demandante ingresó a laborar al Distrito Capital el 15 de mayo de 2000 y a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos el 1 de enero de 2007 desempeñando el cargo de Bombero Código 475 grado 15¹⁷.

Jornada laboral: Laboró por el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, incluyendo dominicales y festivos.

La Subdirectora de Gestión Corporativa de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos certificó mediante documento obrante a folios 12 y 13 del expediente, que el actor *“laboró en turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, distribuidos en dos secciones de acuerdo a las necesidades y requerimientos para la prestación del servicio”*, entre enero de 2007 y diciembre de 2009.

De la liquidación de recargos nocturnos y festivos efectuada dentro del mencionado documento, es posible establecer que desde el año 2007 a

¹⁷ Folios 12 a 13 del expediente.

2009, le fueron cancelados al actor los valores correspondientes a tales conceptos, teniendo como base de cálculo el sueldo básico y los porcentajes establecidos en el Decreto 1042 de 1978.

Reclamación en sede administrativa: El demandante elevó petición ante la Alcaldía Mayor de Bogotá¹⁸ el 11 de noviembre de 2009, en procura de obtener la liquidación y pago de las horas extras diurnas y nocturnas en los días ordinarios, dominicales y festivos, los descansos compensatorios, los recargos nocturnos del 35% en los días ordinarios y festivos, con base en el 200% y 235% respectivamente, así como el pago de las diferencias salariales y prestacionales percibidas, entre éstas, las primas de servicio, vacaciones y navidad, así como el sueldo de vacaciones.

Mediante oficio 2010EE2347 O 1 del 12 de mayo de 2010, el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., negó la reclamación del actor por considerar que cumplía una jornada especial de 24 horas de labor por 24 de descanso, que no generaba el reconocimiento de horas extras¹⁹.

El actor interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del oficio anterior, por considerar que con la negativa de la entidad se vulneraban las disposiciones legales y constitucionales en materia laboral y de la misma manera se desconocía el precedente jurisprudencial respecto al tema, por tal motivo señaló que era procedente el pago de horas extras, junto con los recargos correspondientes y la reliquidación de todas sus prestaciones sociales²⁰.

¹⁸ Folios 3 a 5

¹⁹ Folios 8 a 10

²⁰ Folios 80 a 83

Mediante Resolución 513 del 24 de septiembre de 2010, el Director de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., resolvió negativamente el recurso de reposición y confirmó el oficio 2009EE2347, por considerar que la jornada extraordinaria de trabajo del personal de bomberos no está sujeta a trabajo suplementario o de horas extras²¹.

2.4.3. Caso Concreto

De conformidad con los recursos de apelación presentados por las partes, procede la Sala a establecer si el demandante 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, por trabajar turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso como Bombero Código 475 Grado 15 de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.

2.4.3.1. Del reconocimiento de horas extras

El demandante pretende el reconocimiento de 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 de 1978 desde el 9 de noviembre de 2006 en adelante.

²¹ Folios 16 a 23

La entidad demandada se opone a dicho reconocimiento teniendo en cuenta la jornada de trabajo de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado prevista en el Decreto Distrital 388 de 1951.

Al respecto, si bien los artículos 85, 102 y 134 del Decreto Distrital 388 de 1951 establecieron el tiempo de servicio del personal del Cuerpo de Bomberos en 24 horas, tal disposición no puede ser considerada como regulación especial de la jornada laboral del personal de bomberos, toda vez que la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite del cual no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo; por consiguiente, como ya se ha dicho, ante la falta de una regulación especial, deberá aplicarse el Decreto 1042 de 1978 que regula la jornada laboral en el sector público.

De otra parte, el Acuerdo 3 del 8 de diciembre de 1999, proferido por el Concejo Distrital de Bogotá, tampoco se ocupó de regular la jornada especial para el cuerpo de bomberos, y respecto a las horas extras de los funcionarios distritales fijó un límite máximo del cincuenta (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario²², el cual no será considerado por la Sala toda vez que por disposición del artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política, el régimen salarial de los empleados públicos es de creación legal, tal y como se precisó en el marco jurídico.

²² **ARTICULO CUARTO.-** Modificado por el art. 3, Acuerdo Distrital 9 de 1999, así: Horas extras dominicales y festivos: para que se proceda al reconocimiento de descansos compensatorios o a la remuneración por horas extras trabajadas de conformidad las disposiciones legales vigentes, el empleado debe pertenecer al nivel técnico, administrativo y operativo.

En ningún caso las horas extras tienen carácter permanente, salvo excepción justificada por el ordenador del gasto. En ningún caso se pagará, mensualmente, por concepto de horas extras, dominicales o festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario.

En cuanto al Decreto 991 del 31 de julio de 1974, proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá, por el cual se expide el Estatuto de Personal para el Distrito Especial de Bogotá, igualmente no reguló lo atinente a la jornada especial para el Cuerpo de Bomberos.

La anterior disposición estableció que los empleados del Cuerpo de Bomberos no están sujetos a la jornada ordinaria de 8 horas diarias, pero no se ocupó de establecer la jornada especial de dichos empleados, ni su forma de remuneración.

Al proceso se allegó la certificación de los turnos laborados por el demandante, expedida por la Subdirectora de Gestión Corporativa de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos, visible a folios 12 13 reverso del expediente, de la cual se desprende que el demandante trabajó en una jornada de 24 horas de labor por 24 horas de descanso que incluye horas diurnas y nocturnas, alternando en una semana 4 días de trabajo y 3 de descanso y en la siguiente, 3 días de labor y 4 de descanso, por lo que en una semana laboraba 72 horas y en la otra 96, lo que arroja un promedio de 360 horas laboradas en el mes, superando de esta forma la jornada ordinaria legal de 44 horas semanales que equivalen a 190²³ horas mensuales.

De lo anterior se tiene que si el demandante trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y si la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces laboró 170 horas adicionales a la jornada ordinaria²⁴, es decir, tiempo extra, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero 50 horas

²³ 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.

²⁴ 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).

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 ocho (8) horas de trabajo.

Como en el presente caso el demandante laboró 170 horas extras, de las que sólo se pueden pagar en dinero cincuenta (50) de ellas 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.

Se demostró 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 con el turno de descanso de 24 horas.

Conforme con lo anterior, el demandante tiene derecho al reconocimiento de cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en el mes a partir del 11 de noviembre de 2006²⁵, como se solicitó en la demanda.

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

²⁵ Lo anterior, teniendo en cuenta que el demandante elevó la reclamación en sede administrativa el 11 de noviembre de 2009 (folios 3 a 5), interrumpiendo de esta forma la prescripción prevista en el Decreto 102 del Decreto 1848 de 1969.

Para respaldar las horas extras laboradas, la Sala tiene en cuenta la prueba documental obrante a folios 12 a 13, según la cual, i) el demandante laboró en una jornada de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, distribuida en secciones de acuerdo con las necesidades del servicio y, ii) la entidad demandada canceló el valor correspondiente a recargos por trabajo nocturno y en dominicales y festivos. Estos documentos no fueron impugnados ni controvertidos por las partes, y por tal razón se les otorga pleno valor probatorio, teniendo como tiempo extra aquel que excedió 44 horas semanales, que equivalen a 190 horas mensuales. Además, debe señalarse que la entidad demandada expresamente refiere en el escrito de contestación que, a los Bomberos de Bogotá, sí se les cancela trabajo suplementario por conceptos de recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos²⁶.

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 (120 mensuales).

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

La administración ha venido cancelando al demandante dicho trabajo teniendo en cuenta el porcentaje del 35% indicado en el Decreto 1042 de

²⁶ Folio 95 - 132

1978, así como la asignación básica mensual, sin embargo, viene empleando para el cálculo del valor una base de liquidación sobre 240 horas mensuales.

Al contestar la demanda, el Distrito de Bogotá informó que ha venido pagando los recargos ordinarios nocturnos, de la siguiente manera²⁷:

Asignación Básica Mensual / 240 x 35% x No. Horas laboradas

Sostuvo la entidad, que para dividir por 240 horas se ha tenido en cuenta el manual de liquidación de nómina del Distrito Capital en el cual el denominador es una constante de 240 y no un factor variable²⁸.

De conformidad con el 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.

El sistema de cálculo empleado por la entidad, sobre 240 horas como denominador constante, resulta errado y va en detrimento de los intereses del demandante, 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

²⁷ Folio 105 y siguientes

²⁸ Folio 106

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:

$$\frac{\text{Asignación Básica Mensual}}{190} \times 35\% \times \text{número horas laboradas con recargo}$$

190

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

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

Respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que la remuneración debe ser equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo, lo cual equivale a una sobre remuneración del 200% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

De la prueba allegada al expediente²⁹ se desprende que el demandante laboró dominicales y festivos en forma permanente por el sistema de turnos empleado por la entidad demandada en razón al servicio público que prestan los bomberos, el cual supone habitualidad y permanencia. Del mismo modo, se observa que la administración distrital pagó al demandante 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 consta en las certificaciones expedidas por la Dirección de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno.

Sin embargo, al efectuar la liquidación del trabajo en dominicales y festivos la entidad demandada también empleó una base de liquidación de 240 horas, parámetro que como se dejó expuesto, no se ajusta al Decreto 1042 de 1978, toda vez que ha debido tener en cuenta la jornada ordinaria mensual equivalente a 190 horas y no 240, al no ser así, se afectó el cálculo del valor del recargo en detrimento del demandante.

La Sala procederá a ordenar el reajuste de los dominicales y festivos laborados por el demandante, 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.

²⁹ Folios 12 a 13 reverso.

2.4.3.3. Sobre el reconocimiento de los compensatorios 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 demandante laboró de manera habitual y permanente los días domingos y festivos, en razón a la jornada que había sido establecida en el Decreto Distrital 388 de 1951, correspondiente a 24 horas de labor por 24 de descanso de lunes a domingo.

El Tribunal ordenó el reconocimiento del descanso compensatorio por el trabajo realizado en días dominicales y festivos, considerando que el sistema de turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso no compensaba el descanso previsto en la norma.

La Sala confirmará la decisión de no reconocer el compensatorio por las 120 horas restantes, en consideración a la jornada desarrollada por el demandante, teniendo en cuenta que 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; en otras palabras, en cuanto al descanso compensatorio, concluye la Sala que este sí fue consagrado en el sistema de turnos y disfrutado por el demandante.

En este sentido, en sentencia de 2 de abril de 2009³⁰, esta Corporación 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 descansaban otras 24, no hay lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio. (Subraya la Sala).

Así pues, en criterio de la Sala, las 24 horas de descanso por cada turno de 24 horas laboradas, otorgadas por la administración al demandante, garantizaban plenamente el derecho fundamental al descanso, que sin lugar a dudas, resultaba necesario para permitirle al demandante 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 persona³¹, conforme así lo estableció el juez de primera instancia.

2.4.3.4. Reliquidación de factores salariales y prestaciones sociales

El reconocimiento del trabajo suplementario a que tiene derecho el demandante con fundamento en las directrices señaladas en el Decreto 1042 de 1978, conlleva el reajuste o reliquidación de las cesantías, de conformidad

³⁰ 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.

³¹ Sentencia C-710 de 1996. Corte Constitucional.

con lo previsto en el artículo 45³² del Decreto Ley 1045 de 1978, respecto a los periodos que no se encuentren afectados por el fenómeno de la prescripción.

En cuanto a la reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, incluida la prima de antigüedad reclamada por el demandante, 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 59 del Decreto 1042 de 1978, y los artículos 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978, razón por la cual la Sala procederá a revocar la decisión apelada que ordenó tal reconocimiento.

2.4.3.5. 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.

³² **Artículo 45°.-** 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.**

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”*³³.

En este orden, por efectos de la prescripción trienal, dado que la reclamación fue radicada el **11 de noviembre de 2009**, el derecho le asiste al demandante a partir del **11 de noviembre de 2006**, encontrándose afectados por la prescripción los causados con anterioridad a dicha fecha, conforme así se estableció en la sentencia recurrida.

III. DECISIÓN

Atendiendo la normatividad en cita y el acervo probatorio, la Sala concluye que la decisión de primera instancia fue acertada, en cuanto accedió al reconocimiento de las horas extras laboradas por el actor, el reajuste de los recargos nocturnos, dominicales, festivos, y la reliquidación de las cesantías, razón por la cual se confirmará la sentencia del 16 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

³³ 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.

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

FALLA

PRIMERO.- ACEPTASE el impedimento manifestado por el doctor Carmelo Perdomo Cuéter conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia. En consecuencia, se le separa del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO.- CONFÍRMASE la sentencia del dieciséis (16) de junio de dos mil quince (2015), proferida por la Sala de descongestión, Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda promovida por el señor José Carlos Daza Calderón contra el Distrito Capital, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Impedido