



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., primero de febrero de dos mil dieciocho (2018). SE.009

Radicado: 250002325000201200004 01 (4150-2015)

Actor: Isidro Herrera Castro

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 entidad demandada contra la sentencia proferida el 4 de junio de 2015 por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Isidro Herrera Castro, 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 y a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos.

Pretensiones (ff. 47 a 52)

1. Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) Oficio de 16 de mayo de 2011 con Radicado 2011EE2714, a través del cual se dio respuesta negativa a la reclamación administrativa presentada por el señor Isidro Herrera Castro.

b) Oficio del 10 de junio de 2011 con Radicado 2011EE3268 que confirmó la decisión negativa relativa al reconocimiento y pago de horas extras, días compensatorios, recargos nocturnos ordinarios y festivos, reliquidación de factores salariales y prestacionales, junto a los demás emolumentos percibidos por el demandante como empleado del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

2. A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene al Distrito Capital, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, al reconocimiento y pago de horas extras, días compensatorios, recargos nocturnos ordinarios y festivos, reliquidación

de factores salariales y prestacionales, junto a los demás emolumentos percibidos por el demandante como empleado del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá desde el 4 de mayo de 2008 y hasta que se profiera decisión definitiva por parte de esta Jurisdicción.

3. Que se le reconozcan los intereses moratorios desde la fecha en que se dejó de cancelar las sumas adeudadas.

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

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

(ff. 40 a 41)

En resumen, los siguientes son los supuestos fácticos de las pretensiones:

1. El señor Isidro Herrera Castro estuvo vinculado con el Distrito Capital, Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, desde el 19 de mayo de 1989. A partir del 1.º de enero de 2007 continuó en la prestación del servicio sin solución de continuidad 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 del Decreto Distrital 540 de 2006.

2. El demandante actualmente desempeña el cargo de sargento de bomberos, código 417, grado 18. 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.º de enero de 2008 ha sido la siguiente:

Período	Cargo	Salario
1.º de enero al 31 de diciembre de 2008	Sargento	\$1.143.082
1.º de enero hasta el 31 de diciembre de 2009	Sargento	\$1.235.329
1.º de enero al 31 de diciembre de 2010	Sargento	\$1.272.884
1.º de enero al 30 de abril de 2011	Sargento	\$1.272.884

3. El día 5 de mayo de 2011, el señor Isidro Herrera Castro presentó derecho de petición ante la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá en la que solicitó la reliquidación y pago de las horas extra diurnas y nocturnas en días ordinarios, festivos y domingos laborados, los descansos compensatorios, 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 desde el año 2008 en adelante.

4. La entidad mediante Oficio sin número del 16 de mayo de 2011 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 del 10 de junio de 2011 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.º 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 artículos 1.º al 3 y el 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 inexequibilidad del artículo 3.º 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.º 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 Estado¹ 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 a 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.

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

¹ Citó la sentencia proferida por esta sección el 17 de abril de 2008, con Radicado: 66001-23-31-000-2003-00041 -01 (1022-06).

- Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (ff. 167 a 195).

La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Al respecto manifestó que si bien es cierto no reconoció al accionante las horas extras diurnas y nocturnas, ni los compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978, sí pagó los recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos y nocturnos, conforme lo regulado en los Decretos 388 de 1951, 991 de 1974 y el Acuerdo Distrital 03 de 1999, normativa que es validada por el decreto del cual pretende ser beneficiario el actor, en tanto permite la existencia de una reglamentación especial.

De igual manera la demandada aseguró que no desconoció el pago de horas extras al demandante, puesto que este derecho 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.

También aseveró que canceló 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 señalaron que el horario de trabajo era de 24 horas de labor por 24 de descanso, tiempo tomado como base para liquidar los recargos solicitados. Así mismo, advirtió que los dominicales y festivos fueron liquidados con fundamento en el artículo 4.º del Acuerdo 03 de 1999.

En su intervención afirmó que el otorgamiento de las horas extras en favor del demandante es menos favorable que el pago de recargos, puesto que a las primeras el artículo 4.º del Acuerdo 03 de 1999 les fijó un tope del 50% de la remuneración mensual, mientras que los segundos no tienen límite.

A su juicio, 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.

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 el municipio no precisó los turnos que debían laborar los bomberos. En cambio, el Distrito Capital de Bogotá sí expidió dicha regulación a través del Decreto 388 de 1951.

Sobre esta norma advirtió que se encuentra vigente toda vez no se ha expedido norma especial que la derogue ya que el Decreto 991 de 1974 excluyó al cuerpo de bomberos de su aplicación. Agregó que tampoco existe una abrogación 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 de Bogotá.

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, formuló como la excepción que denominó «pago del total de las acreencias laborales» según la cual al actor se le canceló todos los derechos conforme la normativa existente.

Formuló la excepción de «pago total de acreencias laborales» según la cual la oficina de gestión humana de la Unidad Especial ya pagó todos los emolumentos laborales pedidos por el actor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

- Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos (ff. 306 a 315)

En el escrito de alegatos, señaló que el Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá se rige por un régimen especial consagrado en el Decreto 388 de 1951 que reglamentó la jornada en turnos de 24 horas de servicio por 24 horas de descanso. Por tal razón, sostuvo que no es aplicable el Decreto 1042 de 1978 ante la existencia de norma específica, de acuerdo con el artículo 35 *ibidem* y además, porque las normas distritales son más favorables al accionante. Co base en estas mismas razones, advirtió que no es aplicable la sentencia que resolvió el caso del municipio de Pereira, puesto que este no contaba con regulación sobre la materia, cosa distinta al *sub examine*.

La accionada manifestó que el Decreto 388 de 1951 permanece vigente, máxime cuando el parágrafo 1.º del artículo 131 del Decreto 991 de 1974 dispuso que la jornada ordinaria laboral de los empleados del Distrito de Bogotá no regía a los bomberos.

En lo demás la entidad reiteró lo expresado en la contestación de la demanda.

- Isidro Herrera Castro (ff. 316 a 350)

El actor aseguró que se demostró el ingreso y vinculación con la demandada, la asignación mensual, los turnos de 24 horas de labor por 24 de descanso, que laboró los domingos y festivos de forma habitual y que la liquidación del trabajo suplementario por parte de la entidad se hizo con base en 240 horas mensuales.

En seguida citó varias jurisprudencias en las que se explicó la forma en que debía otorgarse el pago de estos emolumentos. Luego de esto, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de la demanda.

- **Ministerio público.** No se pronunció en esta etapa procesal².

SENTENCIA APELADA

(ff. 358 a 405)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, mediante sentencia del 4 de junio de 2015, declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y condenó al Distrito Capital de Bogotá, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, al pago de los siguientes conceptos:

(i) El valor correspondiente a las horas extras diurnas y nocturnas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.

(ii) El pago del descanso compensatorio por el exceso de las horas extras laboradas, acorde con el literal e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.

(iii) El pago de compensatorios por el trabajo habitual en domingos y festivos en los términos del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

(iv) El reajuste de los recargos nocturnos y los días festivos y dominicales laborados.

² Folio 373.

(iii) La reliquidación de las primas de servicio, vacaciones, navidad y las cesantías con la inclusión de los valores reconocidos en la providencia.

Como punto de partida para la liquidación de lo anterior ordenó tener en cuenta la jornada máxima laboral de 190 horas mensuales, desde el 5 de mayo de 2008 hasta el cumplimiento de la sentencia. Señaló que debe pagarse la diferencia entre lo reconocido por la demandada y lo que resulte del reajuste que se dictaminó. Así mismo, se apartó de la posición jurisprudencial que ordena limitar la condena hasta el 20 de febrero de 2013 en virtud de la entrada en vigencia del Decreto 256 de 2013³.

- El fondo del asunto:

El Tribunal señaló que el Concejo Distrital con el Decreto 388 de 1951 reguló el horario de trabajo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá y definió la prestación del servicio en turnos de 24 horas. No obstante, advirtió que no fijó la jornada máxima a laborar ni lo referente al pago del trabajo suplementario, por lo que se debe aplicar la contemplada en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 de 44 horas semanales, máxime, afirmó, porque el primero de los decretos mencionados fue derogado a través de la Ley 322 de 1996.

Para argumentar lo anterior, manifestó que esta norma es la que debe regir la situación de estos servidores públicos porque el artículo 3.º de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998 la hizo

³ Mediante providencia del 6 de agosto de 2015 aclaró la parte resolutive de la sentencia en ese sentido (ff. 431 a 441 cuaderno principal).

extensiva al personal de las entidades territoriales, al igual que el contenido de los Decretos 2400 y 3074 de 1968.

De esta manera, explicó que la labor que exceda de las 44 horas se considera como trabajo suplementario y por tanto debe ser remunerado con pagos adicionales al salario y con los respectivos recargos, asuntos contemplados en los artículos 35 y 39 del Decreto 1042 de 1978, alusivos a los recargos nocturnos y los dominicales y festivos.

El Tribunal sostuvo que en virtud de la nueva posición jurisprudencial se desechó aquella que pregonaba que los bomberos no cumplían jornada laboral, y en consecuencia se decidió, por ser más favorable y en consideración al principio de igualdad, aplicar la establecida en el artículo 33 de la Decreto 1042 de 1978. Citó varias jurisprudencias del Consejo de Estado con esta postura.

Frente a la condena resaltó que se apartaba de la tesis según la cual, esta debía limitarse hasta el 20 de febrero de 2013 en razón a que el Decreto 256 de este año clasificó los cargos del cuerpo oficial de bomberos en operativos, de manera que al no pertenecer al nivel técnico grado 9 o al asistencial grado 19, no tenían derecho al pago y reconocimiento del trabajo suplementario, al considerar que la misma desconocía el principio de favorabilidad.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

- Unidad Administrativa del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (ff. 418 a 429).

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia. Argumentó el recurso de apelación en los siguientes términos:

La demandada indicó que los bomberos no deben cumplir una jornada laboral ordinaria y en cambio sí una especial, la cual debe ser regulada por el empleador y solo en caso excepcional, cuando esta no exista, se debe acudir al Decreto 1042 de 1978. Expresó que en este caso no procede dicha medida, puesto que existe el Decreto 388 de 1951, luego el Tribunal se equivocó al considerar la existencia de «un vacío normativo».

De igual modo, aseguró que en razón a la actividad ejercida por el cuerpo de bomberos es necesario que el servicio se preste en turnos de 24 horas, tal como lo advierte el último decreto mencionado, mismo que por demás está aún vigente. Indicó que este sistema especial de turnos también se encuentra regulado en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978.

En su intervención, consideró que el *a quo* incurrió en un grave error al estimar que la norma que rige en el *sub examine* es el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, puesto que este solo es aplicable a los servidores públicos que prestan su servicio en una jornada ordinaria en oficina, empero no para aquellos, como en el caso de los bomberos, que cumplen una jornada especial.

De igual manera, señaló que no es cierto que el Distrito haya omitido regular la jornada laboral de los miembros del cuerpo de bomberos, en tanto que la misma fue establecida en el Decreto 388 de 1951 y en el artículo 131 del Decreto 991 de 1974. Advirtió que el primero no fue

derogado por la Ley 322 de 1996, la que sí desapareció del ordenamiento jurídico en virtud de la Ley 1575 de 2012.

A su vez, resaltó que el Tribunal en el momento de reconocer y ordenar el pago de los recargos nocturnos, los dominicales y festivos, no tuvo en cuenta que la entidad los pagó de acuerdo con el ordenamiento jurídico y por el contrario, se limitó a transcribir sentencias del Consejo de Estado sin hacer un análisis juicioso.

En cuanto a la condena al pago de la reliquidación de las prestaciones sociales no atacó lo decidido en primera instancia y solo se limitó a reflexionar sobre la obligación que le asiste al pago de este concepto en caso tal de ordenarse el pago del trabajo suplementario. Lo expresó en los siguientes términos⁴ « [...] En el evento de asistirle el derecho al reconocimiento del trabajo suplementario al actor, depende la reliquidación de las prestaciones sociales, incluyendo las cesantías e intereses por este concepto, por tanto el distrito Capital (...) tendría que reliquidarle las prestaciones sociales reconocidas y pagadas durante el tiempo que ha estado vinculado a este ente territorial, incluyendo en la base salarial los conceptos a que se ha hecho referencia en la mencionada providencia [...]»

El Distrito manifestó que, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 41 transitorio de la Constitución Política de 1991, expidió el Decreto 388 de 1951 a través del cual fijó la jornada laboral y el horario a cumplir por los bomberos así como el Acuerdo 03 de 1999 que reguló todo lo relacionado con el reconocimiento de horas extras.

Explicado lo anterior, expuso que en virtud de ello no es posible aplicar el Decreto 1042 de 1978 como se hizo en el caso del cuerpo de bomberos de Pereira, en la medida que el Distrito, a diferencia de este

⁴ Folio 420 reverso.

municipio, sí contaba con regulación específica sobre la jornada y el horario especial del personal bomberil.

Reiteró que el Decreto 388 de 1951 se encuentra vigente, toda vez 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 abrogación tácita de este decreto 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.

Finalmente, sostuvo que aplicó la norma más favorable al accionante (Decreto Distrital 388 de 1951 y Acuerdo 03 de 1999) misma que le permite obtener ingresos superiores si se compara con la liquidación que se obtiene al aplicar el Decreto 1042 de 1978.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- Isidro Herrera Castro⁵

El demandante refutó el argumento del recurso de apelación consistente en que la norma aplicable es el Decreto 388 de 1951 y el Decreto 991 de 1974. Para ello citó varias providencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado en las cuales se dejó claro que estas normas no son las que rigen la jornada laboral de los miembros del cuerpo de bomberos de Bogotá, sino el Decreto 1042 de 1978.

⁵ ff. 460 a 463.

- Unidad Administrativa del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá⁶.

En esta oportunidad procesal trajo a colación la sentencia emitida por esta Sección con Radicado 2010-00725 del 12 de febrero de 2015 en la cual se negó el reconocimiento y pago de los compensatorios por laborar los dominicales y festivos y también por exceder las 50 horas extras de que trata el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.

Luego de esto, señaló que el demandante laboró 360 horas mensuales en turnos de 24 horas, correspondiendo 180 diurnas y 180 nocturnas, pese a que, conforme la postura jurisprudencial, 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 las cuales solo pueden ser pagadas 50 con un recargo del 25% y las restantes equivalen al descanso compensatorio.

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.

⁶ ff. 468 a 475.

Por lo anterior, pidió que se emitiera pronunciamiento conforme con lo expuesto en la sentencia emitida por esta Sección con Radicado 2010-00725 del 12 de febrero de 2015.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

(ff. 477 a 486)

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia apelada. Resaltó que en el presente asunto se debía aplicar lo dispuesto por el Decreto 1042 de 1978 y por consiguiente, la jornada máxima laboral que contempla de 44 horas semanales, por lo que el trabajo que exceda este límite debe ser remunerado como suplementario, sin que pueda considerarse que por su especial función no tenga este derecho, so pena de quebrantar el principio de igualdad. En seguida, citó amplia jurisprudencia acorde con su posición.

De igual manera, manifestó que los derechos causados con anterioridad al 5 de mayo de 2008 prescribieron, en tanto que la petición fue radicada el día 5 de mayo de 2011.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia, se resumen en la siguiente pregunta:

1. ¿Cuál es la norma que regula la jornada laboral y el trabajo suplementario que cumplió el señor Isidro Herrera Castro como miembro del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá?

2. ¿La condena emitida en primera instancia relacionada con la orden de pagar los recargos nocturnos, los compensatorios y los dominicales y festivos atendió los parámetros legales y la jurisprudencia de esta sección para la liquidación de este trabajo suplementario?

1. Primer problema jurídico.

¿Cuál es la norma que regula la jornada laboral y el trabajo suplementario que cumplió el señor Isidro Herrera Castro como miembro del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá?

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 1978⁷.

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.º de la Ley 27 de 1992 y del artículo 87 de la Ley 443 de 1998⁸.

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.º 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**»⁹.

En ese sentido, y como la jornada laboral está reglamentada en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, se ha definido,

⁷ 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.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Bogotá D.C. 1.º de marzo de 2012. Radicación: 23001-23-31-000-2002-90526-01(0832-08). Actor: Hernán de Jesús Flórez González. Demandado: Municipio de Loricá (Córdoba) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá D.C. 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).

⁹ 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.

jurisprudencialmente¹⁰, 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.º de la Ley 27 de 1992 ratificada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.¹¹

Igualmente se ha determinado que a los empleados públicos del orden territorial tampoco los gobierna el artículo 3.º de la Ley 6 de 1945 puesto que la Corte Constitucional en sentencia C-1063 de 2000¹² 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.º 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.

¹⁰ En la siguiente sentencia se definió un caso similar al aquí analizado. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Bogotá D.C. 23 de febrero de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2001-03838-01(1863-08). Actor: Oscar Antonio Cárdenas Holguín. Demandado: Municipio de Itagüí.

¹¹ 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. Bogotá, D. C. 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).

¹² A esta conclusión se llegó al analizar la mencionada sentencia por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Bogotá D.C., en 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.º de la Ley 6 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 [...] ¹³ » (Subraya de la Sala).

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

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):

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	35%	Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el

	es de 6 p.m. a 6 a.m.		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 sección¹⁴ 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 párrafo 1.º del artículo 3.º de la Ley 6 de 1945.

¹⁴ 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.

Este criterio varió desde el año 2008¹⁵. 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 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 trabajadores¹⁶.

¹⁵ 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.).

¹⁶ 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

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 interpuesto por la Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos de Bogotá, la demandada expresó que: **i)** Los miembros del cuerpo de bomberos de Bogotá, por la especial labor que desempeñan cumplen la jornada laboral mixta consagrada en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, la cual es excluyente y no permite la aplicación de las normas que regulan la jornada laboral ordinaria para la liquidación del trabajo suplementario y, **ii)** el distrito sí reguló de forma específica la jornada laboral y el horario especial que debía acatar el personal bomberil en el

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».

Decreto 388 de 1951, el artículo 131 del Decreto 991 de 1974 y el Acuerdo 03 de 1999.

En tal virtud, se procederá a analizar si el distrito reguló el tiempo de trabajo y la remuneración del trabajo suplementario de los miembros del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá bajo los parámetros del Decreto 1042 de 1978.

(i) Regulación distrital sobre la jornada laboral del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

a) Decreto 388 de 1951.

El distrito en esta norma estableció el reglamento del Cuerpo de Bomberos de Bogotá. En los artículos 85, 102 y 134 fijó el tiempo de servicio para los oficiales, sub oficiales y radio operadores en 24 horas.

La misma norma en el artículo 148 señaló el horario a cumplir por parte del personal del Cuerpo Oficial de Bomberos desde las 6 a.m. hasta las 21:30 horas¹⁷. No obstante, la normativa, en ninguna de sus partes, reguló lo relacionado con la forma en que se efectuaría la remuneración del trabajo suplementario¹⁸.

Ante tal situación y conforme la posición jurisprudencial explicada con anterioridad, como la entidad en el mencionado decreto fijó una jornada especial de trabajo que desbordó los límites previstos en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 sobre jornada máxima de trabajo (44 horas) y no incluyó la reglamentación relativa a la forma en que se debe remunerar el trabajo suplementario, no puede ser esta la norma que gobierne la situación

¹⁷ Folio 209.

¹⁸ Folios 202 a 2015

laboral de los miembros del Cuerpo de Bomberos de Bogotá.

En ese sentido, debe acudirse a la norma de carácter general (Decreto 1042 de 1978) porque el régimen especial no puede ir en detrimento de este y de los derechos irrenunciables de los trabajadores.

Conviene precisar además, que la jurisprudencia de esta sección¹⁹ en anteriores pronunciamientos determinó que, con la expedición del Decreto 1042 de 1978 el Decreto Distrital 388 de 1951 quedó tácitamente derogado por virtud del artículo 17 del Código Civil, en tanto que contraría la jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales establecida en la nueva norma y también el límite máximo legal de 66 horas semanales.

b) Decreto 991 de 1974²⁰.

Esta norma reglamentó el «Estatuto de Personal para el Distrito Especial de Bogotá». Reguló lo relacionado con el horario de prestación del servicio de dichos servidores públicos y la jornada laboral a cumplir en el artículo 131 y siguientes así:

« [...] ARTICULO CIENTO TREINTA Y UNO.- Los empleados distritales laborarán conforme a los horarios que deberán ser establecidos mediante Resolución interna de cada una de las dependencias de la Administración Distrital teniendo en cuenta las siguientes normas generales:

1. La jornada ordinaria no podrá exceder de 8 horas diarias o de 48 a la semana

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Bogotá D.C. 1.º de julio de 2015. Radicación: 250002325000201100492 01. Número Interno: 1215-2014. Actor: Carlos Eduardo Vela Urrego. Demandado: Distrito Capital (Secretaría De Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.-).

²⁰ Folios 196 a 201.

2. La jornada diurna será la desarrollada entre las 6 de la mañana y las 6 de la tarde del mismo día. La jornada nocturna estará comprendida entre las 6 de la tarde y las 6 de la mañana del día siguiente.
3. Los jefes de las dependencias podrán ampliar las jornadas de los empleados que considere conveniente teniendo en cuenta las necesidades del servicio y no podrá exceder en ningún caso de 12 horas.
4. La jornada continua que se establezca en las diferentes dependencias cubrirá las horas laborales del sábado. El empleado que labore los sábados tendrá incluido en su asignación el pago por el trabajo en esos días.

PARÁGRAFO PRIMERO: Los empleados del Cuerpo de Bomberos, y los vigilantes de la Cárcel Distrital y los Agentes de Vigilancia no estarán sujetos a estos horarios.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El trabajo nocturno dentro de la jornada ordinaria se remunerará con un recargo del 35% sobre el valor del trabajo ordinario diurno [...]» (Subraya la Sala).

Por su parte, el artículo 132 fijó un recargo del 35% cuando la rotación de turnos implique diurnos y nocturnos, señalando en el párrafo que en estos eventos, la jornada ordinaria puede extenderse hasta 12 horas diarias o 72 semanales según las necesidades del servicio. Nótese que la jornada excede la señalada en el Decreto 1042 de 1978 de 44 horas semanales.

A su vez, el artículo 133 designó el derecho al descanso dominical por un periodo de 24 horas o, en caso de no otorgarse este, contempló la respectiva compensación en dinero.

Según se advierte del párrafo segundo del artículo 131 del Decreto 991 de 1974, la jornada de trabajo de 8 horas diarias o 48 semanales y los horarios allí fijados, no se aplican al personal perteneciente al Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá²¹.

²¹ Folio 199.

Se desprende de todo lo expuesto, que la norma no se ocupó de reglamentar la jornada laboral especial ni el valor del pago por trabajo suplementario del personal bomberil. Por tal razón, ante el vacío, debe acudir, al igual que lo explicado para el Decreto 388 de 1951, al régimen general establecido en el Decreto 1042 de 1978 sobre dichos tópicos.

c) Acuerdo 03 de 1999²².

Esta norma estableció la remuneración de los empleos que son desempeñados por los funcionarios del Concejo, la Contraloría, la Personería y la administración central del distrito capital.

En el artículo 4.º reguló lo relacionado con el pago de horas extras, dominicales y festivos de la siguiente manera.

«[...] **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 [...]» (Subraya fuera de texto).

²² Folio 216.

La normativa fijó un límite para el reconocimiento de las horas extras, en un 50% del salario básico mensual, restricción que no se encuentra contenida en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 razón por la cual no puede ser aplicada²³.

Lo anterior puesto que, al ser los miembros del Cuerpo de Bomberos de Bogotá empleados públicos, su régimen salarial y prestacional solo puede ser establecido por el gobierno nacional de conformidad con los parámetros indicados previamente en la ley, así lo consagra el artículo 150 numeral 19) literal e), luego no es posible que a través de una norma de carácter territorial se establezca el mismo²⁴.

En conclusión

El Decreto 388 de 1951 no puede regir la situación de los miembros del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá y por tanto la del señor Isidro Herrera Castro como miembro de este, por cuanto: (i) No reguló la forma de

²³ Al respecto se pueden ver entre otras sentencias de la Sección Segunda, Subsección A de esta corporación las siguientes:

Radicación: 25000-23-25-000-2011-00860-01(2442-13). Actor: Oscar Javier Bernal Martínez. Demandado: Distrito Capital (Secretaría de Gobierno - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.) y proceso con radicación: 25000-23-25-000-2010-00278-01(4164-13) Actor: Priciliano Huertas Molina. Demandado: Distrito Capital (Secretaría de Gobierno - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.).

²⁴ Sobre el particular se pueden consultar las siguientes sentencias de la Sección Segunda, Subsección A Consejo de Estado:

Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez (E). Bogotá D.C. 20 de agosto 2015. Radicación: 250002325000201000281 01. Número Interno: 2987-2014. Actor: Joaquín Antonio Campo Luna. Demandado: Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C. De la misma ponente la sentencia del 1.º de julio de 2015. Radicación: 250002325000201000642 01. Número Interno: 2370-2012. Actor: José Edilberto Saavedra Pinzón. Demandado: Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.-

Bogotá, D.C. 12 de febrero de 2015. Expediente: 25000-23-25-000-2010-00725-01. Referencia 1046-2013. Actor: Omar Bedoya. Demandado: Distrito de Bogotá (Secretaría de Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.).

remuneración de la jornada laboral especial y el trabajo suplementario para estos y; (ii) porque estableció una jornada laboral que excedió los límites fijados en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, por lo que al contradecir los postulados de la norma general se entiende, en virtud del artículo 17 del Código Civil, derogado tácitamente.

No es aplicable el Decreto 991 de 1974 porque este no se ocupó de reglamentar el tiempo de trabajo especial ni el valor del salario por trabajo suplementario de los miembros del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por el contrario, el parágrafo del artículo 131 de dicha disposición excluyó expresamente a estos servidores públicos.

Finalmente, tampoco el Acuerdo 03 de 1999 puede gobernar la situación de estos empleados públicos toda vez que: (i) su contenido contradice el Decreto 1042 de 1978 y; (ii) el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos por mandato del artículo 150 numeral 19) literal e) solo puede ser fijado por el Gobierno Nacional de conformidad con los parámetros fijados en la ley y no por una norma de carácter territorial.

2. Segundo problema jurídico.

¿La condena emitida en primera instancia relacionada con la orden de pagar los recargos nocturnos, los compensatorios y los dominicales y festivos atendió los parámetros legales y la jurisprudencia de esta sección para la liquidación de este trabajo suplementario?

- La condena impuesta relacionada con los dominicales y festivos, los recargos nocturnos y los compensatorios.

La parte demandada señaló en el recurso de apelación, que el Tribunal al reconocer y ordenar el pago de los recargos nocturnos, los compensatorios y

los dominicales y festivos laborados no tuvo en cuenta que la entidad los canceló de acuerdo con el ordenamiento jurídico y por el contrario, se limitó a transcribir sentencias del Consejo de Estado sin hacer un análisis al respecto.

De igual manera, expresó que por laborar por turnos de 24 horas de labor por 24 de descanso, al actor no le asiste el derecho al reconocimiento de los descansos compensatorios, puesto que estos se dan cuando se trabajan días no hábiles.

A efectos de aclarar este aspecto, la Subsección realizará una nueva liquidación de la condena impuesta por el *a quo*, empero solo en lo que tiene que ver **con los recargos nocturnos, el pago correspondiente a los días domingos y festivos laborados y los compensatorios**, toda vez que la entidad únicamente refutó estos ítems de la condena, luego no es posible entrar a analizar aspectos no relacionados en el recurso de apelación en tanto este es el límite de su pronunciamiento y además, porque de hacerlo podría afectarse el principio *no reformatio in pejus* en razón a que la entidad es apelante única.

Dicho esto, la Sala estudiará si la decisión acató los parámetros establecidos en el Decreto 1042 de 1978 y en la jurisprudencia de esta sección en la que se han resuelto casos similares solo en los temas señalados.

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 horas semanales y 190 mensuales²⁵ 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*.

²⁵ 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.

En el caso *sub examine* se acreditó que el señor Isidro Herrera Castro cumplía turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso²⁶. De acuerdo a ello, se puede calcular que trabaja 15 días y descansaba otros 15, por lo que en promedio el demandante trabajó 360 horas mensuales²⁷, cifra que excede el tope máximo legal de 190 horas mensuales.

Acorde a lo expuesto se concluye que, el señor Isidro Herrera Castro 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 el pago por **recargos nocturnos, por los días domingos y festivos laborados y los compensatorios** ordenado por el Tribunal.

Al revisar el contenido de la sentencia objeto de impugnación, la Subsección observa que en la parte motiva de esta, el *a quo* no especificó la forma en que debían ser liquidados los emolumentos mencionados, y por el contrario, se limitó a transcribir sentencias del Consejo de Estado sobre la materia. Si bien en la parte resolutive especificó que para el pago de los recargos nocturnos y el correspondiente a los dominicales y festivos laborados debía aplicarse el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 y tener como base 190 horas, aun así puede existir confusión a la hora del cumplimiento de la providencia.

Por lo anterior y en aras de dar claridad al asunto, la Sala determinará que la condena deberá liquidarse de la siguiente manera:

²⁶ Folio 8.

²⁷ Promedio que resulta de multiplicar 24 horas por 15 días. Ello en consideración a que por cada turno descansaba el siguiente. Ver sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.C. 12 de febrero de 2015. Expediente: 25000-23-25-000-2010-00725-01. Referencia 1046-2013. Actor: Omar Bedoya. Demandado: Distrito de Bogotá (Secretaría de Gobierno- Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.)

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

La Subsección revocará el reconocimiento que por los descansos compensatorios se hizo en la sentencia de primera instancia, en consideración a que está demostrado que por trabajar mediante un sistema de turnos (24 horas de labor por 24 horas de descanso) el señor Isidro Herrera Castro disfrutaba de 15 días de descanso al mes, luego es claro que la entidad sí le reconoció los descansos compensatorios.

Esta postura ha sido definida por la jurisprudencia de esta sección al señalar²⁸:

«[...] 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 [...]».

b) Recargos por trabajo nocturno.

Con respecto al recargo nocturno, conviene citar la fórmula establecida por esta Sección en la sentencia del 12 de febrero de 2015²⁹ :

²⁸ *Ibidem*. Ver también: Sentencia de 2 de abril de 2009. Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05). Actor: José Dadner Rangel Hoyos y Otros. Demandado: Municipio de Pereira.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C. 12 de febrero de 2015. Expediente: 25000-23-25-000-2010-00725-01. Referencia 1046-2013. Actor: Omar Bedoya. Demandado: Distrito de Bogotá (Secretaría de Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.).

« [...] 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 [...].».

De esta manera, la Subsección determina que la liquidación de los recargos nocturnos en favor del señor Isidro Herrera Castro deberá hacerse de acuerdo con la operación matemática descrita en la jurisprudencia citada 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.

c) Recargos por trabajo dominical y festivo.

De conformidad con la liquidación allegada al proceso y realizada por la Alcaldía de Bogotá estos conceptos sí se pagaron al demandante³⁰. Sin embargo, el cálculo del porcentaje del 200% por recargo festivo diurno y del 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, la Sala ordenará el reajuste de los dominicales y festivos laborados por el señor Isidro Herrera Castro, para lo cual, la entidad deberá tener en cuenta los parámetros indicados en los artículos 33, 34 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, esto es, 190 y no 240.

La Subsección no emitirá pronunciamiento sobre el reconocimiento de las horas extras diurnas y la reliquidación de factores salariales y prestaciones sociales, toda vez que la entidad en la impugnación no adujo inconformidad alguna respecto de la forma en que fueron ordenados en primera instancia, luego no es posible que, en esta instancia se haga un pronunciamiento en ese sentido, en tanto la competencia para este la delimita el recurso de apelación.

d) Aclaración sobre la condena impuesta.

La Sala advierte que los pagos a realizar deben ser las sumas que resulten en favor del demandante luego de restar lo pagado a este por la demandada.

En conclusión:

³⁰ Folio 17.

La condena emitida en primera instancia relacionada con la orden de pagar los recargos nocturnos y los dominicales y festivos si bien se efectuó en virtud del Decreto 1042 de 1978, deberá hacerse conforme los parámetros fijados en esta sentencia.

No procede el pago por los compensatorios ordenados por el *a quo*, toda vez que se acreditó que sí se otorgaron al señor Isidro Herrera Castro.

El pago debe realizarse, tal como lo dispuso el Tribunal, desde el 5 de mayo de 2008 porque la petición se presentó ante la entidad el día 5 de mayo del año 2011³¹, 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 revocará parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia del 4 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, en lo relacionado con el reconocimiento de los descansos compensatorios.

De igual manera, se dispondrá que la liquidación de los recargos nocturnos y los dominicales y festivos reconocidos por el *a quo*, deberá hacerse conforme los parámetros fijados en esta providencia y bajo el entendido de que la orden de pagar el reajuste ordenado debe hacerse una vez efectuado el descuento respectivo de lo que ya había cancelado la entidad y por las sumas que resulten en favor del accionante.

³¹ Folios 11 a 13.

Reconocimientos de personería

Reconocer personería al doctor Julio Cesar Díaz Perdomo, identificado con c.c. 79.153.085 de Bogotá y tarjeta profesional 50.737 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá en los términos y para los efectos del poder conferido visible en el folio 506 del cuaderno principal.

Se acepta la sustitución del poder que el abogado mencionado hizo (f. 508) a la doctora Cecilia Elizabeth Celis Parra identificada con cédula de ciudadanía 37.948.132 y tarjeta profesional 187.901 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo con el artículo 75 del CGP.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: REVOCAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia del 4 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, en lo relacionado con el reconocimiento de los descansos compensatorios. En lo demás se confirma el numeral.

Segundo: ORDENAR que la liquidación de los recargos nocturnos y los dominicales y festivos reconocidos en la sentencia recurrida, deberá hacerse conforme los parámetros fijados en esta providencia.

Tercero: CONFIRMAR en lo demás la sentencia, bajo el entendido de que la orden de pagar el reajuste ordenado debe hacerse una vez efectuado el descuento respectivo de lo que ya había cancelado la entidad y por las sumas que resulten en favor del accionante.

Cuarto: Reconocer personería al doctor Julio Cesar Díaz Perdomo, identificado con c.c. 79.153.085 de Bogotá y tarjeta profesional 50.737 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá en los términos y para los efectos del poder conferido visible en el folio 506 del cuaderno principal.

Quinto: Se acepta la sustitución del poder que el abogado mencionado hizo (f. 508) a la doctora Cecilia Elizabeth Celis Parra, identificada con cédula de ciudadanía 37.948.132 y tarjeta profesional 187.901 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme el artículo 75 del CGP.

Sexto: Sin condena en costas

Séptimo: 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.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

