



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

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación No. 25000-23-25-000-2012-00783-01 (4889-2015)

Actor: JOSÉ GONZALO SUESCA GARCÍA

**Accionado: DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE GOBIERNO,
DIRECCIÓN CÁRCEL DISTRITAL DE VARONES Y ANEXO DE MUJERES**

Asunto: Fallo ordinario – Prestaciones sociales

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de los actos administrativos demandados.

ANTECEDENTES

El señor José Gonzalo Suesca García en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad del Oficio 20113330400971 de 3 noviembre de 2011, expedido por la Secretaría de Gobierno mediante el cual se da respuesta a una reclamación laboral que realizó. Al igual, que la Resolución 022 de 4 de enero de 2011, emitida por la Secretaría de Gobierno Distrital mediante la cual se resolvió un recurso de reposición.

Pidió que se inaplique la Resolución 029 de 2010 expedida por la Secretaría de Gobierno Distrital, mediante la cual se fijó la jornada máxima laboral en 66 horas semanales, asunto que es competencia del legislador y no de un ente administrativo¹.

¹ Por cuanto el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 en su inciso 1 determina que el salario de los empleados públicos corresponde a jornadas de 44 horas semanales.

Solicitó lo siguiente:

«decretar la inaplicación del inciso tercero del artículo cuarto del Acuerdo Distrital 3 de 1999 modificado por el inciso tercero del artículo 3 del Acuerdo Distrital 9 de 1999 que reza: *“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”*, por cuanto dicho inciso desconoce de plano los principios Constitucionales establecidos en el artículo 53 de la Carta Política respecto de la verdadera favorabilidad laboral; irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (artículos 33, 34, 36 y 39 del Decreto Nacional 1042 de 1978); desconocer la remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; violar el Pacto internacional de Derechos Económicos y Culturales de 16 de diciembre de 1966, así como por generar la figura del enriquecimiento sin causa a favor del Distrito Capital, toda vez que la demandante (sic) mensualmente 360 horas y el salario básico de todo empleado público nacional o territorial se cancela por jornadas mensuales de 190 horas (inciso primero, artículo 33 del Decreto 1042 de 1978), ello conlleva a desconocer de plano que el demandante tiene derecho al reconocimiento de 170 horas extras mensuales, de las cuales el Distrito Capital debe liquidar y cancelar 50 horas extras mensuales (literal c) del artículo 36 Decreto 1042 de 1978), así como el reconocimiento y pago de 15 días como compensatorios o sea 1 día a razón de cada 8 horas extras adicionales $1/120/8 = 15$ días) conforme con lo consagrado en el literal e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, toda vez que la aplicación del tercer inciso del artículo cuarto del Acuerdo 9 de 1999 genera perjuicios económicos a la demandante estimados en \$800.000 mensuales.» (ff. 18 y 19).

A título de restablecimiento del derecho pidió que se ordene a la entidad demandada la liquidación y pago correspondiente por el período laborado desde el 18 de julio de 2008 hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso, lo correspondiente a 50 horas extras diurnas mensuales en días ordinarios; 15 días de salario básico como tiempo compensatorio por cada mes laborado y proporcionalmente por los días que excedan de los meses de trabajo completos; los descansos compensatorios por haber laborado de manera ordinaria días domingos y festivos, por turnos sucesivos de 24 horas; los recargos nocturnos del 35% en días ordinarios y los recargos diurnos y nocturnos del 200% y 235%; la reliquidación y pago de las diferencias de las primas de servicio, vacaciones y navidad, sueldo de vacaciones y demás factores salariales y prestacionales percibidas, por la inclusión de las horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos y recargos festivos y nocturnos; reliquidación y pago de las diferencias en el auxilio de cesantías, conforme los ajustes realizados por horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos y recargos festivos diurnos y nocturnos.

Que la sentencia sea proferida de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

HECHOS

Expuso que el demandante ingresó al 11 de marzo de 1992 como guardián código 485 grado 13 en la entidad accionada, mediante Resolución 681 de 24 de febrero de 1992.

Mencionó que el 21 de julio de 2011 solicitó a la entidad accionada certificación sobre sus salarios mensuales para los años 2008, 2009, 2010 y 2011, horario de trabajo semanal y mensual, liquidación detallada de recargos nocturnos, festivos diurnos y nocturnos.

Dijo que la anterior solicitud fue contestada parcialmente, por medio del Oficio 20113350293031 de 10 de agosto de 2011, expedido por la Directora de Gestión Humana. «indicó que no reporta horario de trabajo semanal y mensual, reporta el salario básico devengado para los años 2008, 2009, 2010 y 2011, y allegó el acto de nombramiento y acta de posesión» (f. 622 cuaderno principal).

Señaló que el 19 de julio de 2011 solicitó la liquidación y pago con la respectiva indexación de las horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, compensatorios y reliquidación de factores salariales, la cual fue contestada mediante Oficio de 4 de noviembre de 2011, en donde se le negó lo peticionado. Por lo tanto interpuso recurso de apelación contra el aludido oficio, el cual fue resuelto mediante la Resolución 022 de 4 de enero de 2012, confirmando la decisión anterior.

Contó que, mediante Oficio de 1 de agosto de 2011, en respuesta a la solicitud del actor, la entidad demandada certificó los turnos laborados por el actor entre el 18 de julio de 2008 al 17 de julio de 2011, sin embargo, afirmó, que realmente no aparecen los turnos laborados, solamente los devengados con número de horas de recargos nocturnos ordinarios, diurnos y nocturnos festivos, para el año 2010 aparece la misma información dando aplicación a la Resolución 029 de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó la parte demandante como normas vulneradas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 1, 2, 13, 25, 39, 46 y 5; Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y políticos: artículo 7; Normas legales: Decreto Ley 1042 de 1978 artículos 33 y 39.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS INVOCADAS:

Estimó que se le vulneraron sus derechos, ya que siendo empleado público territorial del orden Distrital de Bogotá, se le negaron sus reclamaciones laborales bajo el pretexto que los trabajadores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres como empleados públicos tienen un régimen especial, y por ende un horario diferente por la actividad que desempeñan.

Expuso que las jornadas del demandante fueron de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, violentando la normativa internacional de horario de trabajo de 8 horas y 16 de descanso estipuladas en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual hace parte del bloque de constitucionalidad. A su turno, señaló que el descanso por turnos de 24 horas de labor debería ser de 48 horas y no de 24 horas.

Indicó que existe una discriminación, dado que la jornada de 360 horas mensuales debería ser como la de los demás empleados públicos distritales que laboran 190 horas máximas al mes, violentando los derechos laborales de los servidores públicos que pertenecen al cuerpo de custodia y vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital, dado que el tiempo de servicio extra debe ser remunerado y el descanso compensatorio con la excusa de que es un servicio público esencial y los empleados deben laborar sin limitación de horario y sin pago de tiempo suplementario.

Expuso que la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de lo solicitado por el accionante, desconociendo el Decreto Ley 1042 de 1978 por cuanto en el distrito no existe regulación de la jornada especial para el cuerpo de custodia y vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital, y además las disposiciones del sistema de turnos previstas en el Código Sustantivo de Trabajo no son aplicables a los empleados públicos.

Afirmó que el Decreto 338 de 1951 no estableció jornada especial de trabajo cuando la única fijada en el decreto fue de turnos de 24 horas, sin que esto permita aseverar que existía horario especial de trabajo.

Estimó que no está de acuerdo con que las 24 horas en que el trabajador no leboró constituyen trabajo compensatorio, agregando que el sistema de turnos sucesivos de 24 horas, no convierte la jornada en discontinua o intermitente y no existe justificación para que a otros empleados del Distrito se les garantice la jornada de 44 horas semanales y a los empleados que prestan el servicio de vigilancia y custodia en la Cárcel Distrital es mucho más compleja y riesgosa que la de simple celaduría, y que por ello no se pudo establecer que sea una actividad intermitente o discontinua exceptuada de la jornada ordinaria laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Secretaría de Gobierno de Bogotá mediante apoderado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del accionante (ff. 138 - 147).

Manifestó que los actos acusados no crean, modifican o extinguen ninguna situación jurídica de carácter general o particular, puesto que no resolvieron en forma definitiva la reclamación efectuada por la parte actora y por ello existe una ineptitud sustantiva de la demanda.

Expuso que cuando la administración concedió el recurso de reposición respecto del Oficio 2011-335-0293031 de 10 de agosto de 2011 mediante la cual se da respuesta a una reclamación administrativa, ello no implica que se esté resolviendo de fondo el

asunto o que haga continuar la actuación de conformidad con el artículo 50 del CCA.

Por otro lado, señaló que la Secretaría Distrital de Gobierno – Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres, no desconoce el derecho del accionante al reconocimiento de horas extras, precisando que este se dio con el cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado mediante sentencia de 17 de abril de 2008, expediente número 2003-0039.

Narró que la discrepancia en este proceso radica en la forma en que el demandante pretende que se le liquiden las horas extras y demás derechos laborales y si en virtud del principio de favorabilidad resulta más beneficioso para el trabajador el reconocimiento de horas extras o el sistema de pago de recargos que se emplea en el Distrito Capital.

Sostuvo que no es favorable para el demandante solicitar que se le paguen horas extras y no los recargos que venía reconociendo la entidad demandada, por cuanto el reconocimiento de horas extras implica el límite del 50% de la remuneración básica mensual establecida en el Acuerdo Distrital 3 de 1999, modificado por el Acuerdo 9 de 1999.

Advirtió que el pago del trabajo suplementario realizado en dominicales y festivos, al igual que los recargos nocturnos y los días de descanso compensatorio remunerado ya fueron cancelados de conformidad con los artículos 35 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978 y que ello se opone al pago de los mismos.

Estimó que el personal operativo de la Cárcel Distrital de Varones y Anexos de Mujeres, no tienen límite en su jornada laboral por la naturaleza de sus funciones, no obstante, con el asentimiento del cambio de jurisprudencia, la entidad demandada por medio de la Resolución 105 de 2011 reguló la jornada laboral de 44 horas semanales en armonía con el Decreto Ley 1042 de 1978.

Consideró que el reconocimiento de horas extras y los compensatorios no inciden en la liquidación de prestaciones sociales, puesto que estos no constituyen factor salarial de acuerdo con el Decreto Ley 1042 de 1978.

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

Aseveró que la sentencia de 2 abril de 2009 expedida por el Consejo de Estado expediente número 2003-00039-01 al aplicar el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, comete en una imprecisión, toda vez que la normativa jurídica se refiere a la jornada laboral ordinaria que es de 44 horas semanales para empleados con funciones de oficinista y, a una jornada especial para aquellos empleados cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, características que no se configuran en el servicio que presta el personal operativo del cuerpo oficial de bomberos y no contempló las funciones que por su naturaleza son permanentes como es la prestación del servicio de custodia y vigilancia.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección «F», mediante providencia de 27 de agosto de 2015 accedió a las pretensiones de la demanda (ff. 620 a 660).

Manifestó en relación a la ineptitud sustantiva de la demanda alegada por la entidad accionada, que los actos acusados fueron proferidos en atención a una petición formulada por el señor José Gonzalo Suesca García en la cual solicitó el reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, descansos compensatorios y el reajuste de prestaciones. Señalando que lo anterior no fue una consulta, sino que reclamó como un derecho que considera propio, por tal razón la contestación al actor no podía ser otra que reconocer o negar lo suplicado.

Expresó que revisados los actos enjuiciados no existe duda, que la entidad accionada negó al señor José Gonzalo Suesca García lo pretendido, respondiendo que «no es viable jurídicamente la reliquidación y cancelación de diferencias alguna» (f. 628 A cuaderno principal). Consideró de lo anterior, que los actos acusados son susceptibles de ser demandados y no le asiste razón al Distrito Capital – Secretaría de Gobierno – Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres advertir la existencia de la ineptitud sustantiva de la demanda.

Expuso después de hacer un análisis minucioso sobre las normas relacionadas con el caso, que el régimen que gobierna la jornada laboral y de trabajo de los empleados públicos del orden territorial está establecida en el Decreto Ley 1042 de 1978.

Señaló que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado se entiende que mientras el legislador no se ocupe de regular la jornada máxima de trabajo del personal de Guardianes, éste se encuentra sujeto a la jornada máxima de trabajo fijada en 44 horas semanales o 190 horas mensuales, para la generalidad de los empleados públicos en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, aplicando así el principio mínimo de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución, por lo tanto se entiende definido el horario de trabajo del personal de custodia y vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá D.C., el cual es de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, tal como lo aceptó la entidad demandada en los actos acusados.

Dijo que se puede apreciar de la Resolución 029 de 15 de enero de 2010, expedida por la Secretaría Distrital de Gobierno estableció que la jornada máxima laboral del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres era de 66 horas, siendo derogada mediante la Resolución 105 de 2011, suscrita por la Secretaría Distrital de Gobierno, sustentando tal acto administrativo en el actual criterio jurisprudencial del Consejo de Estado mediante sentencia 2 de abril de 2009, así como en el principio de favorabilidad en materia laboral.

Expuso que el Acuerdo 3 y 9 de 1999, emitido por el Concejo Distrital de Bogotá, tampoco reguló la jornada especial para los Guardias de la Cárcel Distrital, y respecto a las horas extras de los funcionarios distritales, fijó un límite máximo de 50% de la remuneración básica mensual de cada funcionario, el cual no fue considerado por el tribunal ya 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.

Con respecto al Decreto 991 de 31 de julio de 1974², proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá, dijo que tampoco reguló lo referente a la jornada especial para la Cárcel Distrital, estableciendo que los vigilantes de dicha entidad no están sujetos a la jornada ordinaria de 8 horas diarias. No obstante, no se ocupó de determinar la jornada especial de dichos empleados ni su forma de remuneración.

Por consiguiente el tribunal reiteró el criterio del Consejo de Estado al indicar que a falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los Guardianes de la Cárcel Distrital, regirá la jornada de 44 horas semanales de acuerdo con el Decreto Ley 1042 de 1978, debiéndose remunerar el trabajo suplementario para no lesionar los derechos del trabajador expuesto a dicha actividad como la justa remuneración de su labor por trabajar en jornadas superiores a la ordinaria de acuerdo con los criterios de igualdad y proporcionalidad, por cuanto si esa jornada aumenta, es lógico que el salario también.

Que de acuerdo con las pruebas en el expediente se pudo establecer que la entidad accionada tenía una jornada laboral de 24 horas de trabajo por 24 horas 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 de 44 horas semanales que equivalen a 190 horas mensuales.

Concluyó de lo anterior, que si el actor trabajó 360 horas mensuales por el sistema de 24 por 24 y si la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces el demandante laboró 170 horas adicionales, de las cuales solo se le pueden pagar en dinero 50 horas extras al mes según el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978,

²Estatuto de Personal para el Distrito Especial de Bogotá.

modificado por el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989. El cual señala que no se pagarán más de 50 horas extras al mes y que las horas extras laboradas que excedan el tope aludido, se cancelarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas de descanso.

Afirmó que como el demandante laboró 170 horas extras, de las que sólo se pueden pagar en dinero 50 horas extras y las que superen dicho tope se pagarán en tiempo compensatorio, se deduce que el actor tenía derecho a que le fueran compensadas 120 horas extras al mes, a razón de un día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo, es decir, 15 días de descanso.

Igualmente se demostró que el accionante en atención a los turnos laborados disfrutaba de 15 días de descanso al mes, concluyéndose de ello, que el tiempo extra que superó el tope legalmente permitido fue compensado al demandante por la Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres con los 15 días de descanso que disfrutaba el señor José Gonzalo Suesca García.

Como resultado, el actor tiene derecho al reconocimiento de 50 horas extras diurnas laboradas en el mes, a partir del 19 de julio de 2008, de acuerdo como fue solicitado en la demanda.

A juicio del *a quo*, que en ningún caso podrá pagarse más de 50 horas extras mensuales de acuerdo con el límite del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, y respecto de las horas extras excedidas (120 mensuales), tampoco ordenó el reconocimiento del tiempo compensatorio, ya que los mismos fueron compensados con tiempo de descanso.

Por otro lado, en lo referente a los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos, advirtió el tribunal que la administración ha cancelado al demandante dicho trabajo teniendo en cuenta el porcentaje del 35% señalado en el Decreto 1042 de 1978, al igual que la asignación básica mensual, resaltando que sin embargo viene empleando para el cálculo del valor un denominador común de 240 horas mensuales.

Referenció que al darse contestación de la demanda el Distrito de Bogotá informó que paga los recargos ordinarios nocturnos así:

Asignación básica mensual / $240 \times 35\% \times$ el número de horas laboradas.

Dijo que la entidad afirmó que para dividir 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 variable.

De lo anterior aclaró el *a quo* que de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978 artículo 35, el recargo nocturno equivale al 35% del valor de la 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 del decreto ya aludido, jornada equivalente a 190 horas mensuales y no 240.

Por lo tanto el sistema de cálculo empleado por el Distrito de Bogotá es errado, por cuanto utiliza como denominador constante las 240 horas y va en detrimento del interés del actor, teniendo en cuenta que debe partir sobre una jornada de 190 horas mensuales.

Como consecuencia, ordenó el reajuste de los recargos nocturnos laborados por el actor.

Para liquidar las horas laboradas con recargo 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 pm y las 6:00 am, o sea, el tiempo en jornada ordinaria nocturna sujeta al recargo que se hubieren trabajado al mes.

En cuanto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, estipula que 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

remuneración del 200% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

Expuso que «De las pruebas allegadas al proceso se desprende que el actor laboró dominicales y festivos en forma permanente por el sistema de turnos empleado por la entidad demandada en razón al servicio público de los guardianes de la Cárcel Distrital que presupone la habitualidad y permanencia. Del mismo modo se desprende que la administración distrital pagó al actor los recargos nocturnos, y el trabajo habitual en dominicales y festivos, en los porcentajes indicados en los artículos 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, sobre la asignación básica mensual, a razón de 35% por recargo nocturno, 200% por trabajo habitual en dominicales y festivos y 235% por recargo festivo nocturno, tal como se desprende de las certificaciones de la Dirección de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno.

Sin embargo, en la contestación de la demanda, la entidad demandada manifiesta 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 240 es una constante y no un factor variable.

En criterio de la Sala, dicho parámetro no se ajusta al Decreto 1042 de 198, toda vez 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 del valor del recargo en detrimento del actor.» (ff. 652 y 653).

Por lo anterior ordenó el reajuste de los dominicales y festivos laborados por el actor, señalando que la entidad accionada debe tener en cuenta los artículos 35, 36 y 39 del Decreto 1042 de 1978, o sea, el factor hora, será calculado con base en la asignación básica mensual dividida por el número de horas de la jornada ordinaria, es decir 190.

En cuanto al reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, expuso que de acuerdo con el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, los empleados públicos en razón a la naturaleza de su trabajo que deben laborar de

manera habitual o permanente los domingos y festivos tiene 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.

Dijo que en el presente caso está demostrado que el demandante laboró en forma habitual y permanente en domingos y festivos en razón a la jornada que debía atender, según lo certifica la entidad demandada y en la contestación de la demanda. Es por ello que negó el reconocimiento del descanso compensatorio pro trabajo habitual en dominicales y festivos, justamente en consideración a la jornada desarrollada por el actor, por cada turno de 24 horas laboradas gozaba de un descanso de 24 horas lo que cual equivale a un día de descanso compensatorio, con lo cual se satisface el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, el cual 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, es decir, en cuanto al descanso compensatorio, estimó el tribunal que éste si fue consagrado en el sistema de turnos.

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

La anterior situación, torna improcedente el reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, pues el 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.

A cerca de la reliquidación de los factores salariales y prestaciones sociales expuso que el reconocimiento del trabajo suplementario a que tiene derecho el actor con fundamento en las directrices señaladas en el Decreto 1042 de 1978, conlleva el reajuste a reliquidación de las cesantías, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, respecto a los periodos que no se encuentren afectados por el fenómeno de la prescripción.

En lo referente a la reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, tales como la prima de servicios, vacaciones y prima de navidad, precisa la Sala que las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo 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 artículos 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978.

Con respecto a la prescripción dijo que el reconocimiento ordenado a favor del actor deberá tener en cuenta la prescripción trienal de los derechos salariales establecidos en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, así las cosas, teniendo en cuenta que la petición es del 19 de julio de 2011, el derecho le asiste al demandante a partir del 19 de julio de 2008, encontrándose afectados por la prescripción, los derechos causados con anterioridad a dicha fecha.

Por lo tanto concedió parcialmente las pretensiones de la demanda y ordenó la nulidad de los actos demandados y la inaplicación del inciso 3 del artículo 4 del Acuerdo Distrital número 3 de 1999 modificado por el inciso 3 del artículo 3 del Acuerdo 9 de 1999, y se ordenó reconocer las horas extras laboradas, como el reajuste de los recargos nocturnos, dominicales y festivos y la reliquidación de las cesantías por las razones expuestas.

APELACIÓN

La apoderada de la entidad demandada interpuso el recurso de alzada (ff. 662 a 677) contra la sentencia de 27 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Expuso que la reliquidación que hizo la entidad accionada respecto de los miembros del personal de guardia y custodia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres es legal, por cuanto el demandante desempeña una jornada mixta de trabajo, función de simple vigilancia, y reconociéndosele los recargos de ley establecidos en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 y no la del artículo 33 del precitado decreto ya que estas últimas corresponden a labores de oficinista.

Señaló que el Consejo de Estado ha considerado de conformidad con el principio de inescindibilidad que es improcedente fraccionar una norma laboral. Para ello trae a colación un caso en el cual se le negó al accionante la aplicación fraccionada de una norma pese a que con ello se mejoraba sus condiciones pensionales (sentencia sin fecha)³.

Manifestó que como actividad del personal de Guardia y Custodia de la Cárcel Distrital es de carácter permanente y se presta de forma continua e ininterrumpida, se estableció como jornada de trabajo un sistema de turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso remunerado, teniendo en cuenta la jornada habitual que incluyen horas diurnas y nocturnas, dominicales y festivos de manera continua, o sea, que en una semana se trabajan 3 días y se descansan 4 y el siguiente viceversa.

Por lo anterior dice que existe una imprecisión al dar aplicación al artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 toda vez que esa norma se refiere a la jornada laboral de 44 horas semanales para empleados con funciones de oficinistas, y no a una jornada especial para aquellos empleados cuyas funciones implican el desarrollo de actividades de vigilancia, característica que se configura en el servicio que presta el personal operativo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital.

Afirmó que existe favorabilidad para el demandante en el pago de turnos por medio del sistema de recargos que no tiene límite legal. Fundamentó lo anterior exponiendo que la Secretaría Distrital de Gobierno reconoce, liquida y paga el tiempo suplementario trabajado por los guardianes de la Cárcel Distrital bajo el sistema de recargos, visto que el pago de horas extras, se encuentra limitado tanto

³ Sentencia Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «B» Número de radicación: 2006-02600-01 M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

por la norma general (artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 que no permite el pago de más de 50 horas extras mensuales) como por la Distrital (artículo 4 del Acuerdo 3 de 1999 modificado por el artículo 3 del Acuerdo 093 de 1999), razón por la que se justifica la liquidación por el sistema de recargos nocturnos, diurnos, dominicales y festivos.

Contó que el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 estableció frente al reconocimiento y pago de los dominicales y festivos lo siguiente:

«Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, lo empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual o permanentemente los días dominicales y festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada domingo 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 en el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual» (f. 666).

Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6: pm y las 6: am del día siguiente.

Se reconoce el 35% por nocturno ordinario y 235% si la labor se realiza en dominical o festivo.

Expresó que de las pruebas en el expediente se puede determinar que el sistema de liquidación de recargos nocturnos es más beneficioso para el personal de custodia y vigilancia de la Cárcel Distrital, máxime cuando el sistema de recargos no tiene límite de horas a cancelar cada mes, lo que hace que todos estos pagos sean base para las prestaciones sociales y pago de seguridad social, mientras los compensatorios generados por horas extras no. No obstante, la liquidación de horas extras es menos favorable, por cuanto los valores a cancelar por horas extras mensualmente pueden superar el 50% de la asignación básica mensual, según la prohibición expresa establecida en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978. En consecuencia, lo que exceda del límite del 50% es reconocido como compensatorio a razón de 8 horas por día.

Por otro lado, dijo que la Secretaría Distrital de Gobierno como ente empleador es competente para fijar el horario de trabajo con el sistema de turnos, atendiendo la naturaleza de las funciones de los vigilantes vinculados a la Cárcel Distrital, los cuales son de turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso de conformidad con las Resoluciones 153 de 31 de marzo de 2009 y 029 de 15 de enero de 2010.

Para finalizar excepcionó los siguiente: Presunción de legalidad de la liquidación realizada por la Secretaría Distrital de Gobierno respecto a los miembros del personal de Guardia y Custodia de la Cárcel Distrital; reconocimiento por parte de la entidad demandada del descanso compensatorio remunerado; pago; cobro de lo no debido; improcedencia de la reliquidación de factores salariales y prestaciones sociales; prescripción del derecho reclamado y la genérica.

Por todo lo anterior solicitó que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes hicieron uso del término para presentar sus alegatos de conclusión.

- El apoderado de la **parte demandante** en su escrito de alegatos de conclusión⁴ señaló que la entidad accionada en el recurso de apelación continua planteando que con base en el sistema de recargos el señor José Gonzalo Suesca García no tiene derecho a que se le cancele lo establecido en los artículos 33, 35, 36 y 39 del Decreto 1042 de 1978, y que la entidad aplica en este caso un sistema de recargos que es supuestamente más beneficioso que las horas extras, dado que al liquidar dando aplicación al Acuerdo 3 de 1999 se limita el pago de horas extras al 50% de lo devengado por concepto de horas extras, sin que se tenga en cuenta lo más favorable para el trabajador de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política.

⁴ Folios 713 a 716.

Así mismo trajo a colación unos apartes de unas sentencias de esta Corporación de 20 de octubre de 2014 y 27 de noviembre de 2014 «procesos 25000 23 25000 2010 00469 – 01 (3493-13) demandante REYNALDO ROJAS GALINDO demandado DISTRITO CAPITAL – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ, 25000 23 25000 2010 00472 01 (4650-13) demandante GILBERTO MARTIN (sic) CAMARGO, demandada DISTRITO CAPITAL – UNIDAD AMINISTRATIVA (sic) ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ y 25000 23 25000 2010 00784 01 (2257-13) demandante HECTOR (sic) DANIEL ROMERO ROMERO demandado DISTRITO CAPITAL – UNIDAD AMINISTRATIVA (sic) ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ» (f. 715).

Mediante los cuales rectificó la jurisprudencia con relación a la regulación de la jornada laboral de los bomberos en el Distrito Capital, en donde desestima los argumentos de la entidad demandada sobre la aplicación de los Decretos Distritales 388 de 1951 y 991 de 1974, al igual que determina la aplicación en los 3 casos anteriores del inciso 3 del artículo 4 del Acuerdo 3 de 1999, concediendo las horas extras, compensatorios por exceso de horas extras, reliquidación de recargos del 35%, 200% y 235% así como la reliquidación de cesantías, partiendo de una jornada máxima legal mensual de 190 horas y no sobre 240 horas mensuales como lo ha venido realizando la entidad demandada.

Por lo anterior pide se deniegue la solicitud de revocar la sentencia apelada por la entidad accionada.

- **La Secretaría Distrital de Gobierno – Cárcel Distrital de Varones** en su escrito de alegatos de conclusión⁵ reiteró lo expuesto en el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO.

Dentro del marco de la sentencia de primera instancia y lo argumentado en el recurso de apelación, el problema jurídico se contrae a establecer si el señor José

⁵ Folios 694 a 712.

Gonzalo Suesca García tiene derecho a que se le reconozca y paguen las horas extras, descansos compensatorios, reliquidación de recargos nocturnos y trabajo en dominicales y festivos y, la reliquidación de las prestaciones sociales, de conformidad con el Decreto 1042 de 1978 por trabajar turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso como Guardián Código 485 Grado 13 como empleado público en el Distrito Capital – Secretaría de Gobierno – Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

CUESTIONES PREVIAS.

Se tiene que esta Corporación ya había analizado el tema en cuestión mediante sentencia de 11 de noviembre de 2016⁶ en donde se dijo lo siguiente:

«Marco jurídico de la jornada laboral de los empleados públicos territoriales. Del régimen sobre la jornada laboral de los empleados públicos territoriales.»

De acuerdo con la tesis adoptada por la Sección⁷, el régimen que gobierna la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial es el contenido en el Decreto 1042 de 1978, conclusión que se deriva de la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992, que no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual comprende, dentro de una interpretación amplia, el concepto de jornada de trabajo, tal como lo ha definido reiteradamente esta Corporación.

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

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

⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «B» M.P. César Palomino Cortés. Sentencia de 11 de noviembre de 2016 Radicación número 25000-25-000-2011-00201-01(1906-15). Actor: Edgar Ruiz Velandia. Demandado: Distrito Capital – Secretaría de Gobierno – Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

⁷ Sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006). Expediente número. 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales. La mencionada disposición también prevé la existencia de una jornada especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

Dentro de los límites fijados por la norma, el jefe del organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; por otra parte, el trabajo realizado el día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras.

La regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales⁸ y por excepción la Ley 909 de 2004⁹, 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.

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,

⁸ Decreto 1042 de 1978, artículo 33.

⁹ Artículo 22.

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 De la jornada laboral de los servidores públicos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

En relación con el marco jurídico que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación regula el régimen aplicable a la jornada laboral de los servidores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, el suscrito magistrado ponente de esta decisión, aclara, que si bien la postura manifestada en sentencias proferidas en su condición de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se aparta de la tesis planteada por la Sección, en cuanto que los casos fueron definidos bajo la consideración de que la jornada laboral que opera en la entidad es el sistema de turnos-jornada mixta prevista en el artículo 35 del decreto 1042 de 1978, en el estudio del caso concreto, en aras de la seguridad jurídica y de la aplicación del principio de igualdad, acoge en su integridad el precedente¹⁰ de la Sección, a partir del cual, se desarrolla la siguiente argumentación:

La Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, es una dependencia de la Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá D. C., de conformidad al Decreto Distrital No. 539 de 2006.

La Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá, expidió la Resolución 153 de 31 de marzo de 2009, fijando en el artículo 2º, el horario de trabajo para el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, en turnos de 24 horas de labor consecutivas, que van de 7:00 a.m a 7:00 a.m. del día siguiente, seguido por 24 horas de descanso.

Mediante la Resolución 029 de 15 de enero de 2010¹¹, fijó como jornada máxima laboral del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital, 66 horas semanales, al disponer:

“Artículo 1. Establecer a partir de la fecha de expedición, como jornada

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicados internos: 0267-2013, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, 21 de noviembre de 2013; 1088-2014 C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 1 de julio de 2015; 0235-2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, 17 de septiembre de 2015, 1306-2014 C.P. Gerardo Arenas Monsalve, 21 de enero de 2016.

¹¹ Folios 8 A 9.

máxima especial laboral para los servidores públicos que pertenecen al Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres, la de sesenta y seis (66) horas semanales (...)"

Para la Sala como se ha reiterado, si bien existen labores que implican una disponibilidad permanente, como las realizadas por el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá D.C., que tornan razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una jornada especial, también lo es que la misma, ha de ser regulada por el jefe del respectivo 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 ven sometidos a dicha jornada laboral excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978, en cuanto al límite de la jornada laboral y su forma de remuneración¹².

Lo anterior, por cuanto un régimen especial tendiente a excluir o disminuir los beneficios laborales mínimos correspondientes a la jornada ordinaria previstos en el Decreto 1042 de 1978, en detrimento del personal que desarrolla dicha función, no consulta principios constitucionales como la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53) y resulta por tanto violatorio del artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, así como del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Políticos¹³, artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador "...d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos", y los Convenios número 1 (Ley 129 de 1931) y 30 (Ley 23 de 1967) de la OIT, por los cuales se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales públicas o privadas a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales.

Atendiendo el precedente sobre jornada laboral que rige en el Distrito de Bogotá para el personal de custodia y vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, se tiene que con fundamento en la Resolución 153 de 31 de marzo de 2009, al igual que en el caso del personal de bomberos, dicha jornada excede los parámetros de la jornada laboral en el sector oficial, impone condiciones físicas del empleo que no son compatibles con la dignidad de la persona, desconoce los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales (art. 53 C.P.), vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad de los beneficios mínimos del personal que labora en la entidad demandada, así como la competencia de las autoridades nacionales para regular la jornada laboral en el sector público, razones suficientes para considerar que tal regulación no puede constituir fuente normativa en materia de jornada laboral del personal de custodia y vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres.

La Sala destaca la protección constitucional que tiene la jornada laboral, la cual, en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite inquebrantable para el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo, pues ha de tener en cuenta que el artículo 53 de la C.P. identifica como principios

¹² 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.

¹³ Aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968.

mínimos fundamentales del trabajo, la igualdad de oportunidades para los trabajadores; la remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, la garantía del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, premisas que se verían desconocidas con la imposición de jornadas laborales excesivas incompatibles con la dignidad humana y las garantías mínimas del trabajador, y por ende, al ejercer la facultad de regulación del horario de trabajo no le es dado desconocer el ordenamiento legal sobre jornada laboral, esto es, el Decreto 1042 de 1978 que establece una jornada máxima legal de 44 horas semanales.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional¹⁴ al establecer que *“La protección al trabajo establecida por mandato del artículo 25 constitucional, incluye la fijación de jornadas máximas, dentro de las cuales los trabajadores presten los servicios propios de la relación laboral y estén sometidos a las órdenes del patrono. La jornada permanente, indefinida e ininterrumpida, sin períodos de descanso razonable previamente estipulados, atenta contra la dignidad del trabajador, cercena su libertad, pone en peligro sus derechos a la salud y a la vida, y causa daño a su familia, por lo que resulta contraria al ordenamiento superior. En efecto, el artículo 10. de la Carta Fundamental señala los principios constitucionales, dentro de los cuales están el respeto a la dignidad humana y el trabajo. Por su parte, el artículo 50. del mismo ordenamiento señala que el Estado colombiano reconoce sin discriminación, los derechos inalienables de la persona y protege a la familia como institución básica de la sociedad. A su vez, el artículo 25 constitucional establece que el Estado garantiza el trabajo en todas sus modalidades, en condiciones dignas y justas. E igualmente, el artículo 53 superior dispone que el legislador deberá expedir el estatuto del trabajo, el cual deberá contener una serie de principios y garantías mínimos fundamentales, entre ellos, “la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario”. || Así pues, toda relación laboral establecida por empleadores particulares, o por el Estado o entidades públicas en su condición de patronos, exige a la luz del ordenamiento jurídico, jornadas máximas y los períodos de descanso a ellas correspondientes.”*

De otra parte, la Resolución 029 del 15 de enero de 2010, por la cual se estableció como jornada máxima especial laboral para dichos servidores de 66 horas semanales resulta inaplicable al caso concreto, en la medida en que de acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, dicha jornada máxima excepcional solo es posible en tratándose de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la cual no participa la labor desarrollada por el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, toda vez que esta es permanente y continua, y conlleva no sólo la vigilancia, sino también la custodia y protección de las personas reclusas.

En el caso concreto, los actos distritales que regularon el horario de trabajo para los servidores públicos que pertenecen al Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres y en su lugar, no serán considerados y en su lugar se dará aplicación al Decreto 1042 de 1978, debiéndose remunerar el trabajo suplementario.»

CASO EN CONCRETO.

De acuerdo con los documentos obrantes en el expediente se tiene lo siguiente:

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1998.

1. El accionante se vinculó a la entidad demandada el 11 de marzo de 1992 en el cargo de Guardián Código 485 Grado 13 de conformidad con el documento Radicado con el número 2011-624-019242-2 del 21 de julio de 2011, suscrito por la Directora de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (f. 13 segundo cuaderno), se visualiza que prestaba turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso de acuerdo con el escrito radicado con número 2011333040400971 de 3 de noviembre de 2011 expedido por la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (ff. 17 – 25 cuaderno 2).
2. Que mediante el documento anteriormente aludido, la Secretaría de Gobierno señaló que el actor recibió pagos correspondientes a recargos nocturnos del 35%, por dominicales y festivos en 200% y 235%, según el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978. (Folio 24 cuaderno 2).
3. Se puede determinar de las planillas emitidas por la Dirección de Gestión Humana de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. – Secretaría de Gobierno, existentes en el expediente (ff. 48 a 55 cuaderno 2) donde se certifica que el señor José Gonzalo Suesca García devengó recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales.
4. El señor José Gonzalo Suesca García solicitó a la Secretaría Distrital de Gobierno la reliquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestacionales con la respectiva indexación, mediante escrito de 19 de julio de 2011 radicado con el número 2011-624-028766-2 (ff. 17 a 19 segundo cuaderno) de la siguiente manera:

«1). **Horas extras diurnas y nocturnas en días ordinarios, dominicales y festivos**, laboradas por el funcionario desde el año 2008 hasta la actualidad, en exceso de las 44 horas laborales semanales (jornada máxima legal para empleados públicos), teniendo en consideración que en dos semanas de cada mes el funcionario labora 72 horas (martes, jueves y sábado) y en las dos semanas restantes del mes labora 96 horas (lunes, miércoles, viernes y domingo), por el sistema de turnos rotativos de 24 horas continuas de trabajo y 24 horas de franquicia o descanso. Lo anterior por el mencionado funcionario recibió recargos nocturnos en días ordinarios así como recargos sobre festivos y dominicales, pero en ningún momento la liquidación y cancelación correcta acorde con el Decreto 1042 de 1978 en su artículo 36 literales d) y e) de las horas extras laboradas en exceso de la jornada máxima legal semanal.

2). **La liquidación y cancelación de los descansos compensatorios del año 2008 hasta la actualidad**, correspondientes a los días festivos y dominicales laborados por

el funcionario, conforme con lo dispuesto en las normas legales vigentes para empleados públicos conforme al artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

3). La reliquidación de los **recargos nocturnos del 35% en días ordinarios y de los días domingos y festivos del 200% y 235% del año 2008 en adelante**, a los factores reales del 35%, 200% y 235% respectivamente, tomando como base para su pago las normas legales vigentes para empleados públicos partiendo de tomar como base 190 horas mensuales.

4). La consecuente reliquidación y cancelación de las diferencias, con la respectiva indexación, de **las primas de servicios, vacaciones y de navidad del año 2008 en adelante, así como el sueldo de vacaciones y demás factores salariales y prestacionales percibidos por el poderdante**, con base en la liquidación total de las horas extras laboradas y recargos nocturnos reliquidados así como los compensatorios cancelados.

...» (ff. 17 y 18 cuaderno 2).

5. La anterior solicitud fue contestada mediante documento con radicación número 20113330400971 de 3 de noviembre de 2011, expedido por la Secretaría de Gobierno de Bogotá (ff. 21 – 25), en donde se le dijo al actor que:

«... la administración habiendo cancelado los conceptos solicitados conforme a las disposiciones y la jurisprudencia vigentes (sic) para la época en que se causaron, no es viable jurídicamente la reliquidación y cancelación de diferencia alguna por concepto de primas (de servicio, navidad) vacaciones y demás prestaciones percibidos por el funcionario, y en caso de reconocer horas extras y efectuar el cruce de cuentas al funcionario le resultaría en saldo negativo» (f. 25).

Se tiene que esta Corporación de acuerdo con las jurisprudencias relacionadas con el Decreto 1042 de 1978 estableció desde el año 2008 que la jornada de trabajo excepcional cumplida por el personal que labora en el Cuerpo de Bomberos no puede desconocer el derecho al reconocimiento del trabajo suplementario, puesto que ello vulnera el principio de igualdad en relación con otros empleados que realizan funciones menos riesgosas.

Se precisó que a los bomberos, pese a ser empleados públicos del nivel territorial, les era aplicable el Decreto 1042 de 1978 en lo que respecta a la jornada laboral, en consideración a lo señalado en el artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998¹⁵, en tanto que tales normas hicieron extensivas a las entidades

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección «A». M.P. Alfonso Vargas Rincón. Bogotá D.C., 1 de marzo de 2012. Radicación número: 23001-23-31-000-2002-90526-01(0832-08). Actor: Hernán de Jesús Flórez González. Demandado: Municipio de Lórica – Córdoba.

territoriales las disposiciones que gobiernan «el régimen de administración de personal» concepto que comprende el de «jornada de trabajo»¹⁶ 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.

Además, puso de presente que en caso de no existir tal regulación especial o de que la misma no cumpliera con los parámetros anteriormente señalados, la situación de los servidores públicos del Cuerpo de Bomberos seguiría rigiéndose por la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales de que trata el Decreto 1042 de 1978 y las disposiciones del mismo referentes a la remuneración del trabajo suplementario. Lo anterior como quiera que el régimen especial no puede ir en detrimento de las normas laborales generales y de los derechos irrenunciables de los trabajadores¹⁷.

De conformidad con lo antepuesto y aunado con los principios de igualdad y proporcionalidad, se puede inferir que el Decreto 1042 de 1978 le es aplicable al demandante dado que para el Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital no hay disposición especial sobre la jornada laboral, por lo tanto debe regir la jornada ordinaria de 44 horas semanales señaladas.

Así mismo el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 se dispuso lo siguiente:

«[...] ARTICULO 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.**

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

¹⁶ Así lo determina entre otras la sentencia de 17 de agosto de 2006. Expediente número 05001-23-31-000-1998-01941-01(5622-05). Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín. M.P. Ana Margarita Olaya Forero.

¹⁷ Normas de este tipo van en contravía de principios constitucionales como la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53), y resultaría violatorio del artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, así como del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y políticos, artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador «...d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».

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 [...]»¹⁸ (Subrayado de la Sala).

De la transcripción de la norma se desprende lo siguiente: 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 se devenga en tanto que el mismo varía al laborar tiempo suplementario, caso en el cual se reconoce un pago adicional a la remuneración que de manera frecuente percibe el servidor público.

A continuación se explicarán los pagos que deben realizarse cuando se exceda la jornada ordinaria de trabajo conforme 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 es de 6 p.m. a 6 a.m. para	35%	Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el

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

	empleados que trabajen por el sistema de turnos.		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.	

De lo expuesto se infiere que 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 trabajo suplementario de conformidad con lo establecido en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de dicha disposición, según se especificó en el cuadro anterior.

Se tiene que el actor laboró 170 horas extras, de las que sólo se pueden pagar 50

horas extras y las que superen ese tope se pagarán con tiempo compensatorio, de modo que el demandante tenía derecho a que le fueran compensadas 120 horas extras al mes, a razón de 1 día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo, o sea, 15 días de descanso.

Se estableció que el accionante gozaba de 15 días de descanso al mes, concluyéndose que el tiempo extra excedió el tope permitido, fue debidamente compensado por el sistema de turnos, por lo cual, en esta providencia se abstendrá de ordenar el reconocimiento de un día de salario por cada 8 horas excedidas, toda vez que las horas extras excedidas fueron compensadas con 15 días de descanso por cada mes.

Por lo tanto, el demandante tiene derecho al reconocimiento de 50 horas extras diurnas laboradas cada mes, a partir del 19 de julio de 2008¹⁹, por haber desarrollado turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso tal como se evidenció y mencionó con fundamento en el material acreditativo existente en el proceso.

Además se tienen que de acuerdo con las planillas existentes a folios 288 a 288 cuadernos 1 y 2, se pueden identificar el número de horas con los respectivos recargos nocturnos, dominicales y festivos laborados por el demandante, teniendo como tiempo extra el que excedió de las 44 horas semanales reseñadas en párrafos anteriores. Se tiene que no es procedente el reconocimiento del tiempo compensatorio, por cuanto que las horas extras adicionales fueron compensadas con tiempo de descanso, de acuerdo con el sistema de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso.

Se señala que la entidad accionada al dar contestación de la demanda señaló a folio 142 del cuaderno 2 que la cancelación de los recargos ordinarios nocturnos, dominicales y festivos se realizaron aplicando las siguientes fórmulas así:

$ABM / 240 \times 200\% \times \text{número de horas}$

$ABM / 240 \times 35\% \times \text{número de horas}$

¹⁹ Esa fecha se tiene como resultado de la aplicación por parte del tribunal en este caso al dar aplicación a la prescripción trienal.

ABM / 240 X 235% X número de horas

Es necesario recalcar, que esta Corporación mediante sentencia de 3 de agosto de 2007 Sección Segunda – Subsección «B» M.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00263-01(0804-14) Actor: Gerardo Llános Avendaño. Demandado: Distrito Capital – Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá. Señaló en un caso similar lo siguiente:

« que del tenor de los artículos 33 y 35 del Decreto 1042 de 1978 emerge la jornada laboral de los bomberos se considera mixta y se desarrolle por el sistema de turnos (24 horas trabajo por 24 horas de descanso) que se liquida con la aplicación de las 44 horas semanales; de manera que estas multiplicadas por 52 semanas y divididas entre 12 meses que tiene el año, arroja un total de 190 horas al mes, que, para la liquidación de las horas extras (trabajo adicional a la jornada laboral establecida) es la base para determinar el valor de la hora ordinaria, aserto con el que coincide el apelante del demandante...»

Por lo tanto la jornada laboral en el sector oficial es de 190 horas mensuales, y la liquidación se debe reajustar de conformidad con ello como factor denominador para reajustar los valores de acuerdo con el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 tal como lo señaló el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia recurrida de 27 de agosto de 2015.

En el mismo sentido la sentencia de 11 de noviembre de 2016²⁰ proferida por esta Corporación ya aludida, estableció que:

«...el sistema de cálculo empleado por el Distrito de Bogotá, sobre 240 horas como denominador constante, resulta errado y va en detrimento de los intereses del actor, toda vez que reduce el valor del recargo, teniendo en cuenta que el mismo debe partir de la asignación básica mensual sobre una jornada de 190 horas mensuales.

En ese orden, hay lugar a ordenar el reajuste de los recargos nocturnos laborados por el demandante, teniendo en cuenta que se debe emplear para el cálculo de los mismos, el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral en el sector público (190) y no la constante de 240, como tampoco 220 como quedó consignado en la sentencia apelada; por lo tanto, la fórmula correcta que deberá emplear la administración para la liquidación de los recargos nocturnos es la siguiente:

Asignación Básica Mensual x 35% x número horas laboradas con recargo

²⁰ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «B» M.P. César Palomino Cortés. Sentencia de 11 de noviembre de 2016 Radicación número 25000-25-000-2011-00201-01(1906-15). Actor: Edgar Ruiz Velandia. Demandado: Distrito Capital – Secretaría de Gobierno – Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

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 expediente⁴⁹, se desprende que el actor laboró dominicales y festivos en forma permanente por el sistema de turnos empleado por la entidad demandada en razón a la función desarrollada que presupone la habitualidad y permanencia y no labores intermitentes.

Del mismo modo, se desprende que la administración distrital pagó al actor los recargos nocturnos y el trabajo habitual en dominicales y festivos, en los porcentajes indicados en los artículos 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, sobre la asignación básica mensual, a razón de 35% por recargo nocturno, 200% por trabajo habitual en dominicales y festivos y 235% por recargo festivo nocturno, tal y como se observa en la certificación del Director de Gestión Humana de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Sin embargo, como para el cálculo de tales recargos la entidad tuvo en cuenta 240 horas y no 190 que es la correspondiente a la jornada ordinaria laboral del sector oficial, la Sala ordenará que se efectúen los reajustes en las liquidaciones y pagos realizados por tales conceptos.

La Sala procederá a ordenar el reajuste del valor de los recargos nocturnos, dominicales y festivos que fueron laborados y pagados al actor, según certificaciones allegadas, para lo cual, la entidad deberá tener en cuenta los parámetros indicados por los artículos 33, 35, 36 y 39 del Decreto 1042 de 1978, es decir, el factor hora será calculado con base en la asignación básica mensual dividida por el número de horas de la jornada ordinaria mensual, 190 y no 240.»

Por otra parte, según el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978,²¹ además del pago por trabajo en dominical y festivo cuando es habitual, se debe conceder el disfrute

²¹ Decreto 1042 de 1978, artículo 39. «Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical

de un día compensatorio, sin perjuicio de la remuneración a que se tiene derecho; sin embargo, se ha demostrado que el actor descansaba 24 horas por cada 24 de labor; por ende, le asiste razón al *a quo* en denegar esta pretensión, por comprobarse que ese beneficio ya fue concedido.

Frente a la reliquidación de los demás factores salariales y prestaciones sociales, tales como la prima de servicios, vacaciones y prima de navidad, precisa la Sala que las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, de acuerdo al artículo 59 del Decreto 1042 de 1978 y artículos 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978.

De todo lo reseñado se puede establecer que sí le era aplicable el Decreto 1048 de 1978 y que el tribunal dio aplicación al mismo en el fallo recurrido siendo apelante único el Distrito Capital – Secretaría de Gobierno – Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres y por lo tanto se debe confirmar la providencia impugnada de 27 de agosto de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

DECISIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto y una vez analizadas y valoradas las pruebas en conjunto como lo establece la sana crítica, esta Sala de Subsección procederá a **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 27 de agosto de 2015, que accedió a las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Subsección «A» de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

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

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 27 agosto de 2015, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por el señor José Gonzalo Suesca García contra el Distrito Capital – Secretaría de Gobierno, Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres, por las razones expuestas en la parte motiva.

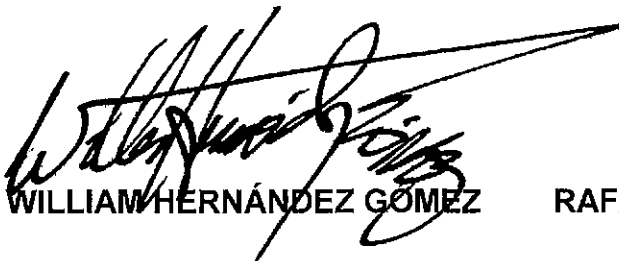
En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

AUSENTE CON EXCUSA

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

