



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación No. 25000-23-25-000-2012-00784-01 (3692-2014)
Actor: YOLANDA ELISA MAHECHA SALDAÑA
Accionado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO
OFICIAL DE BOMBEROS D.C., DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA
DE GOBIERNO

Asunto: Fallo ordinario – Trabajo suplementario, compensatorios y prestaciones sociales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 30 de enero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de los actos administrativos demandados.

ANTECEDENTES

La señora Yolanda Elisa Mahecha Saldaña en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del CCA, solicitó la nulidad del Oficio «sin número y sin fecha de radicación 2011 EE 5813, suscrito por la Subdirectora de Gestión Corporativa de la UAECOB, así como del anexo respectivo denominado “liquidación de recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos y nocturnos”, suscritos por la misma funcionaria, expedido como respuesta a la reclamación laboral presentada por el suscrito con fecha 12 de septiembre de 2011, documento de respuesta recibido el 22 de septiembre de 2011, respecto del cual se interpusieron y sustentaron en legal forma los recursos de reposición y subsidiario de apelación el día 23 de septiembre de 2011, así como decretar la nulidad del

oficio sin número de fecha 16 de noviembre de 2011, suscrito por el Director de la UAECOB, mediante el cual se confirma la negativa tacita (sic) de la petición y se declara agotada la vía gubernativa, acto administrativo notificado personalmente al suscrito apoderado el 17 de noviembre de 2011, en dichos actos administrativos se negaron las reclamaciones administrativas de la demandante respecto del reconocimiento y pago de horas extras, reconocimiento y pago de descansos compensatorios, reliquidación y cancelación de diferencias por concepto de recargos nocturnos ordinarios, recargos festivos diurnos y nocturnos, reliquidación y cancelación de diferencias generadas por la inclusión de los factores anteriores (horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos ordinarios y recargos festivos diurnos y nocturnos), en las primas de servicios, vacaciones y de navidad, sueldo de vacaciones y demás factores salariales y prestacionales percibidos por la poderdante en su calidad de empleado público de esa Entidad» (ff. 46 y 47).

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene a la entidad accionada a que reconozca, reliquide y pague los dineros correspondientes al tiempo laborado entre el 11 de septiembre de 2008 hasta la ejecutoria de este fallo, correspondientes a 50 horas extras mensuales diurnas en días ordinarios, laboradas en exceso de la jornada máxima legal para empleados públicos territoriales, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 33 y 36 del Decreto Ley 1042 de 1978, aplicable a los bomberos con la respectiva indexación desde el momento de su causación hasta el pago.

Igualmente, de acuerdo con lo establecido en el literal e) del artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978, que se condene a la demandada al pago de 15 días de salario básico como tiempo compensatorio por cada mes laborado desde el 6 de junio de 2008, hasta la fecha de ejecución de la sentencia, y que se liquide de manera proporcional lo que exceda.

Así mismo, que se cancelen los descansos compensatorios en los términos de los artículos 36, literal e) y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978 por haber laborado de manera ordinaria los días domingos y festivos en turnos de 24 horas.

Además, que reliquide los recargos nocturnos del 35% en días ordinarios y los recargos diurnos y nocturnos del 200% y 235%, por cuanto en el momento en que la demandada procedió a hacerlo, tomó como base una jornada de 240 horas mensuales y le aplicó los porcentajes conforme a las horas laboradas.

Añadió que se ordene recalcular y pagar las diferencias generadas por la inclusión de los factores anteriores en las primas de servicios, vacaciones y navidad, sueldo de vacaciones y demás factores salariales y prestacionales percibidos por la demandante.

También pidió la reliquidación de las diferencias en el auxilio de cesantías de conformidad con los factores solicitados.

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

HECHOS

Expuso que la demandante, se vinculó con la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Especial de Bomberos de Bogotá el 1 de enero de 2007, y que al momento de presentar la demanda estaba ocupando el cargo de Cabo de Bomberos Código 413 Grado 17. Prestando sus servicios mediante un sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado.

Señaló que el 12 de septiembre de 2011 radicó petición bajo el número 2011 ER 5179, en la que solicitó la liquidación y pago de lo siguiente:

«1. Horas extras diurnas y nocturnas en días ordinarios, dominicales y festivos, laboradas desde el mes de septiembre de 2008 en exceso de las 44 horas semanales; 2. Descansos compensatorios del año 2008 en adelante correspondientes a los días festivos y dominicales. 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 las factores reales; 4. La reliquidación de primas de servicios, vacaciones y de navidad del año 2008 en adelante así como el sueldo de vacaciones y demás factores salariales percibidos por el poderdante con base en la liquidación total de horas extras laboradas y recargos nocturnos reliquidados así como los compensatorios cancelados; 5. La reliquidación de la cesantía ante el respectivo fondo o FAVIDI.» (f. 53).

Indicó que mediante el Oficio 2011 EE 5813 (sin fecha), se le dio respuesta de forma negativa a la anterior petición, en donde «Aparece un cuadro con año, recargo ordinario nocturno 35%, recargo festivo diurno 200%, recargo festivo nocturno 235% y en columnas siguientes el número de horas y valores cancelados en los años 2008, 2009, 2010, 2011 por dichos conceptos, también aparece en el mismo numeral 3 la formula (sic) de liquidación de recargos, transcrita en el numeral 4 de los hechos del solicitante. En el citado oficio y en el anexo del mismo no aparece mencionado la posibilidad de ningún recurso» (f. 53 y 54).

Expresó que contra el anterior acto interpuso los recursos de reposición y subsidiariamente el de apelación, siendo contestado por la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá de manera negativa mediante el oficio de 16 de noviembre de 2011 sin número, en el cual se le señala que:

*«Así las cosas, en cuanto hace referencia a las personas vinculadas a UAECOB en la función de Bombero, mediante el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, en otras palabras se trata de: una jornada ordinaria "especial" en razón de la naturaleza del servicio esencial que se presta, que no admite ninguna interrupción como ya se viene diciendo y por lo tanto: **INTEGRA LA JORNADA NORMAL U***

Expediente número: 25000 23 25 000 2012 00784 01 (3692-14)
Demandante: Yolanda Elisa Mahecha Saldaña
Demandado: Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C., Distrito Capital –
Secretaría de Gobierno

ORDINARIA, ESPECIAL Y EXCEPCIONAL PARA LOS BOMBEROS DE LA UAECOB B DE BOGOTÁ D.C.» (f. 54).

Contó que adicionalmente, que en dicha contestación se plasmó que con ella quedó agotada la vía gubernativa.

Narró que el 15 de septiembre de 2011 mediante memorial radicado con el número 2011 ER5294, se solicitó al director de la UAECOB B constancia sobre los turnos laborados por la demandante en esa entidad, al igual que los emolumentos percibidos desde el 11 de septiembre de 2008 hasta al 10 de septiembre de 2011. Siendo recibida una certificación el 28 de septiembre de 2011 mediante el cual se da respuesta parcial a lo solicitado.

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, 48 y 53.

Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y políticos: artículo 7.

Normas legales: Decreto Ley 1042 de 1978 artículos 33, 34, 36, 37, 39, 40 y 42.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS INVOCADAS:

Estimó que se le vulneraron sus derechos, por cuanto se dio aplicación de manera arbitraria a una jurisprudencia del Consejo de Estado mediante la cual se niega el reconocimiento de horas extras a los miembros de los cuerpos oficiales de bomberos, la cual tuvo vigencia hasta el año 2006, pero que fue abandonada por esa Corporación mediante la sentencia de 17 de abril de 2008.

Consideró que la entidad demandada excluyó lo esbozado en la sentencia C-1063 de 2000 que declaró inexecutable el artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 y determinó la aplicabilidad del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 a los empleados del nivel territorial.

Dijo que de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política es procedente que se reconozcan las horas extras pedidas, ya que otros servidores de entidades distritales sí gozan de esos beneficios.

Igualmente, expuso que los turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso violan las disposiciones internacionales que establecen jornadas de 8 horas diarias de trabajo y 16 de descanso.

Indicó, que la entidad accionada desconoció las normas antes citadas, toda vez que aplicó de forma indebida los artículos 34 y 35 del Decreto 1042 de 1978, por cuanto está en contravía del principio de favorabilidad. Sumado a ello, desconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha dicho que la jornada laboral de los empleados del orden territorial se encuentra reglamentado por del Decreto Ley 1042 de 1978.

Enunció que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es procedente para reliquidar las prestaciones sociales a favor de la señora Yolanda Elisa Mahecha Saldaña.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C., mediante apoderado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la accionante (ff. 123 - 154).

Manifestó que si bien es cierto que la entidad demandada no liquida horas extras diurnas, nocturnas ni descansos compensatorios de conformidad con

lo establecido en el Decreto 1042 de 1978, si reconoce y paga recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 388 de 1951, así como el Decreto 991 de 1974, y con lo prescrito en el Acuerdo 3 de 1999, normas que son más favorables para la demandante, toda vez, que el precitado Decreto 1042 de 1978 establece un límite de 50 horas extras mensuales de reconocimiento.

Además, señaló que en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 se estableció la jornada mixta que preveía la posibilidad de mezclar horas diurnas y nocturnas, y que dicha circunstancia fue reconocida por el Consejo de Estado en la sentencia de 2 de abril de 2009. Sección Segunda – Subsección «B». Expediente número 2003-00039-01 M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Indicó que las condenas dadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en procesos similares, se produjeron en casos en los que no se había realizado el pago de trabajo suplementario, recargos nocturnos dominicales y festivos, y que en el asunto objeto de estudio, la situación era distinta, pues a la señora Yolanda Elisa Mahecha Saldaña se le habían pagado los mismos.

Dijo que a los empleados del nivel operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos se les debe aplicar los Decretos 388 de 1951 y 991 de 1974.

Frente a la reliquidación de cesantías, expresó que no puede haber lugar a que se condene a la entidad demandada a que la realice, por cuanto los artículos 45 y 46 del Decreto 1045 de 1978 establecen la forma en que se debe liquidar.

Manifestó que los descansos compensatorios no forman parte de los factores salariales para liquidar otra clase de acreencias.

Adujo que los bomberos prestan un servicio público de carácter permanente, y que el legislador no se pronunció al momento de definir la jornada laboral de ellos en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

Estableció que en este caso, la labor se presta bajo la modalidad de «disponibilidad», lo que implica que no se trata de una prestación efectiva de trabajo.

Para finalizar, propuso la excepción de pago total de las acreencias laborales.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección «A», mediante providencia de 30 de enero de 2013 accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (ff. 507 a 529).

Manifestó que previo a estudiar el fondo del asunto es pertinente precisar que la demandante es empleada pública vinculada a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá mediante una relación legal y reglamentaria, y que por ende, la normatividad que regula su vinculación es la expedida de forma especial para ellos en razón de su actividad o en su defecto, las que se apliquen a los demás empleados públicos del orden distrital.

Dijo que el horario de trabajo de los Bomberos de Bogotá es de 24 horas de servicio por 24 horas de descanso remunerado.

Expuso que la controversia radica en la forma de liquidación y pago de la jornada que excede la máxima legal.

Señaló que la demandante estimó que se debe emplear el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, medida para los trabajadores distritales del sector central, por cuanto no existe una norma especial para los bomberos. En cambio, que para la entidad accionada, las normas aplicables en materia de jornada laboral de los bomberos son los Decretos 388 de 1951 y 991 de 1974, por ser reglas específicas para empleados que desempeñan una función especial.

Explicó que el Decreto 388 de 1951 fijó un horario especial de turnos de 24 horas para los radio operadores, ofioial y suboficial de servicio del Cuerpo de Bomberos, y el cargo de la demandante no se encuentra entre ellos¹.

Precisó que la Resolución 302 de 2007² tiene como cargos del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá los de: Bombero, Cabo de Bomberos, Sargento de Bomberos y Teniente de Bomberos, y no hace referencia a los de: oficial de servicio, suboficial de servicios o radio operador.

Desprendiéndose de lo anterior que los cargos que según el decreto aludido tienen un turno de 24 horas no existen dentro de la estructura de la UAECOB.

Narró nuevamente que el Decreto 388 de 1951 señala un horario de 24 horas para los cargos de radio operador, oficial y suboficial de servicio, el cual se ha impuesto para todos los trabajadores del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

Contó que la entidad demandada argumentó, que el parágrafo del artículo 131 del Decreto 991 de 1974 hace referencia a una jornada especial para el Cuerpo de Bomberos de Bogotá, evidenciando del precitado artículo que el decreto en cuestión «no está fijando una jornada especial de los Bomberos

¹ Cabo de Bomberos Código 413 Grado 17. Folio 216.

² Manual de Funciones de la Unidad Administrativa Especial.

del Distrito sino que está creando una jornada especial para los trabajadores del Distrito de máximo 48 horas semanales, de la cual exceptúa a los Bomberos. Es decir que del artículo transcrito se desprende que al actor no le es aplicable una jornada máxima legal de 48 horas semanales,» (f. 517).

El tribunal consideró que no existiendo dentro del ordenamiento legal que regula el régimen de personal de los miembros del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, norma alguna que señale la jornada máxima legal; dicho vacío debe ser llenado en virtud además, de los principios de favorabilidad e igualdad laboral, con el Decreto Ley 1042 de 1978 artículo 33, por lo cual la jornada ordinaria de trabajo de los miembros del Cuerpo Oficial de Bomberos, es de 44 horas semanales, y por lo tanto, toda labor realizada por la señora Yolanda Elisa Mahecha Saldaña que exceda dicho número de horas semanales, constituye trabajo suplementario o de horas extras que por ser tal, debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de ley.

Se tiene que según la demandante la UAECOB B le ha fijado un horario de trabajo en jornadas de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso remunerado, lo cual genera que en la semana se trabajen 72 y hasta 96 horas, excediendo la jornada máxima legal de 44 horas que estableció el Decreto 1042 de 1978 que le es aplicable. Expuso que en el mismo sentido, el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «A» por medio de la sentencia de 17 de abril de 2008 M.P. Gustavo Gómez Aranguren. Expediente número 2003-00041 se ha pronunciado.

Concluyó frente a este punto que la demandante se desempeña como Cabo de Bombero para la UAECOB B desde el 1 de enero de 2007 y que trabajaba semanalmente más de las 44 horas de jornada máxima legal; por lo cual tiene derecho a que ese trabajo realizado más allá de las 44 horas semanales y 220 mensuales le sea pagado como trabajo suplementario.

Arguyó, que ya establecida la jornada de la demandante en 44 horas semanales, todo aquel trabajo más allá de ese horario es considerado como trabajo suplementario o extra, de acuerdo con los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978 modificado por el Decreto 50 de 1981.

Por lo tanto, la entidad demandada deberá liquidar y ordenar el pago de las horas extras causadas. Señaló que si bien es cierto que existe una prohibición en el literal d) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, de pagar más de esas 50 horas, dicha prohibición es el argumento esgrimido por la entidad accionada para pagar el trabajo suplementario de la actora a modo de recargo y no como hora extra; sin embargo el tribunal comprendió que tal restricción no debe tenerse en cuenta como limitante para pagar el trabajo ya realizado, sino que impone a la administración la obligación de evitar que el trabajo suplementario exceda de las 50 horas extras mensuales.

Como resultado de lo anterior, habrá de accederse a las pretensiones de la demanda decretando la nulidad de los actos acusados y ordenando el reconocimiento y pago de todo el tiempo que exceda de las 220 horas mensuales como horas extras³, reliquidación de las prestaciones sociales de la demandante donde sea factor salarial el trabajo suplementario. Lo anterior a partir del 12 de septiembre de 2008.

En consecuencia, declaró la nulidad de los actos demandados y ordenó condenar a la entidad accionada a reconocer y pagar a la señora Yolanda Elisa Mahecha Saldaña el trabajo que exceda las 220 horas mensuales, correspondientes a horas extras (diurnas ordinarias, nocturnas, festivas ordinarias, festivas nocturnas) laboradas a partir del 12 de septiembre de 2008, tomando como base para la liquidación un jornada mensual de 220 horas.

³ En la modalidad de extras ordinarias diurnas, nocturnas, diurnas festivas o nocturnas festivas según el caso.

Cantidad que resulta de que si por una jornada de 48 semanales se entienden 8 diarias de trabajo (48/6), por 44 semanales deben tenerse 7.33 de trabajo por 30 días corresponden a 220 al mes, que debe ser la base de la liquidación del trabajo suplementario.

Igualmente que reconozca y pague la reliquidación de las prestaciones sociales (prima de navidad, bonificaciones, prima de vacaciones, prima de riesgo y vacaciones) causadas a partir de la fecha anteriormente referenciada, y negó las demás súplicas de la demanda.

APELACIÓN

Las partes interpusieron el recurso de alzada contra la sentencia de 30 de enero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

- El apoderado de la **parte demandante** interpuso recurso de apelación (ff. 534 a 557), en donde señaló que está probado que «el año solar tiene 52 semanas y 12 meses, que al dividir 52 semanas entre 12 meses resultan 4,3 semanas por mes y que al multiplicar 44 horas semanales por 4,3 semanas del mes da como resultado 189,2 horas mensuales, que redondeándolas se convierten 190 horas mensuales, entonces no se entiende como la H. Sala dispone que la jornada base de liquidación es de 220 horas mensuales, cuando resultan 190 horas, contradicción que amerita ser corregida en beneficio del demandante y en aplicación correcta de la Ley.» (f. 537).

Sostuvo que la providencia recurrida está en contravía de las diversas decisiones proferidas por las diferentes subsecciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, toda vez que para el apoderado de la parte demandante se conculcan derechos laborales irrenunciables de su poderdante como:

«1) Descuento ilegal de los recargos del 35% recibidos, 2) Desconocimiento de la reliquidación de recargos del 200% y 235% sobre 190 horas mensuales (cancelados sobre 240 horas mensuales), 3) Omisión flagrante de lo determinado en el literal e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 (Descansos compensatorios por excesos de horas extras a razón de 1 día por cada 8 horas que excedan las 50 horas mensuales), 4) Omisión flagrante del reconocimiento de descansos compensatorios por labor habitual en días domingos y festivos acorde con el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.» (f. 536).

Lo anterior por cuanto el numeral 2 de la parte resolutive de la providencia apelada condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar a la accionante el trabajo que exceda la 220 horas mensuales, como horas extras (diurnas ordinarias, nocturnas, festivas ordinarias y festivas nocturnas) laboradas a partir el 12 de septiembre de 2008 y tomando como base una liquidación con una jornada mensual de 220 horas. Y que la suma resultante que deba la demandada a la demandante, deberá descontar las sumas pagadas como recargo del 35% en cuya liquidación tomó como jornada mensual 240 horas sin que existiera causa legal para tal efecto.

Consideró que la sentencia apelada desconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado, citando para ello la providencia de 18 de mayo de 2011 M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Proceso número 05001-23-31-000-1998-01841-01. Demandante: Eudoro Botero Bayer. Demandado: Hospital General de Medellín. De donde extrajo lo siguiente:

«Ahora bien, según la relación de pagos que obra a folio 185 y s., el demandante laboró 240 horas al mes, tiempo que superó el tope mensual de 176 horas reglamentarias, teniendo como base una jornada semanal de 44 horas» (f. 538).

Indicó que de forma contraria a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia recurrida y sin ser resuelta de forma concreta las pretensiones de reliquidación de recargos ordinarios nocturnos del 35%, recargos festivos diurnos del 200% y recargos festivos nocturnos del 235% (reliquidación recargos nocturnos ordinarios, recargos festivos diurnos y recargos festivos

nocturnos, artículos 34 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978), la Sala negó las demás pretensiones de la demanda sin realizar un análisis de la real situación de la demandante.

Esbozó que no existe motivo legal para disponer del descuento de las sumas pagadas como recargo nocturno ordinario del 35%, toda vez que la demandante mensualmente laboraba entre 150 y 156 horas entre las 6 de la tarde y 6 de la mañana del día siguiente (lunes a martes, miércoles a jueves, viernes a sábado, domingo de las 24 horas al lunes de las 6 am en la semana o martes a miércoles, jueves a viernes, sábado de 6 pm a 12 pm, las cuales han venido siendo canceladas tomando el salario básico mensual dividiéndolo en 240 horas, cuando realmente el año solar tiene 52 semanas y 12 meses, y al dividir 52 semanas entre 12 meses resultan 4,3 semanas, que al multiplicarlas por las 44 horas de la jornada máxima legal para empleados públicos contemplada en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, resultan 182,2 horas que al redondearlas en 190 horas mensuales generan una diferencia a favor del demandante, desde ningún punto de vista es procedente estimar la jornada mensual en 220 horas, toda vez que si la jornada semanal a trabajar es de 44 horas y el mes tiene 4,3 semanas al multiplicar dichos factores resulta 189,2 horas y no 220 horas, lo cual amerita corrección, tanto en el total de horas mensuales de jornada máxima legal, que es de 190 horas y enmendar el error disponiendo la reliquidación de los recargos nocturnos ordinarios del 35% y no su descuento como aparece en la parte motiva, por cuanto ello genera la vulneración a los derechos irrenunciables del demandante.

Pidió en resumidas cuentas la reforma parcial de la sentencia recurrida de la siguiente manera:

«1. Reformar el inciso primero del numeral segundo de la providencia, para disponer que la liquidación de horas extras se haga tomando como base las 190 horas mensuales de trabajo (el año tiene 52 semanas, 12 meses, al dividir 52/12 resultan 4,3 semanas por mes X 44 horas semanales resultan

189, 2 horas, que aproximándolas generan 190 horas), por lo cual la liquidación sobre las 220 horas no tiene fundamento legal ni técnico y perjudica gravemente los intereses de la demandante.

2. Reformar el numeral segundo de la providencia, para disponer en su lugar que se reconozca y pague la reliquidación de recargos nocturnos ordinarios del 35% tomando como base las 190 horas mensuales de jornada máxima legal.

3. Revocar el numeral quinto de la sentencia, y en su lugar disponer: a) Reconocimiento y pago de la reliquidación de recargos festivos diurnos del 200%, tomando como base las 190 horas mensuales de jornada máxima legal; b) Reconocimiento y pago de los recargos festivos nocturnos del 235%, tomando como base las 190 horas mensuales de jornada máxima legal; c) Reconocimiento y pago de los descansos compensatorios por exceso de horas extras, conforme con lo consagrado en el literal e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 a razón de 1 día hábil por cada 8 horas de exceso de las 50 horas extras mensuales reconocidas con base en el literal d) del mismo artículo; d) Reconocimiento y pago de los descansos compensatorios por labor habitual en los días domingos y festivos conforme con lo consagrado en el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, toda vez que labora 360 horas mensuales en total (15 turnos de 24 horas), cuando todo empleado público nacional, departamental, distrital o municipal percibe su salario básico por laborar 190 horas mensuales y el demandante en cada mes laboraba jornada equivalente casi a 2 meses, por lo cual los descansos recibidos en tiempo 24 horas x 15 días no son suficientes para la reparación y descanso, toda vez que los trabajadores del mundo entero descansan normalmente el doble del tiempo laborado por lo cual la desventaja mencionada da lugar a la aplicación sin restricciones del reconocimiento de los compensatorios por labor habitual en dominicales y festivos en similares condiciones al caso análogo de una empleada del Hospital de Kennedy en providencia 12 de agosto de 2009, siendo H. Consejero Ponente el Dr. ALFONSO VARGAS RINCON, expediente 25000232500020050184302 número interno 2300-2007, demandante CARMEN GARCIA RAMIREZ.» (ff. 555 y 556).

Igualmente, solicitó se adicione a la sentencia apelada, lo referente a la inaplicación del inciso 3 del artículo 4 del Acuerdo Distrital 3 de 1999 modificado por el Acuerdo Distrital 9 de 1999, por cuanto ello afecta los derechos de la demandante, como la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos, la remuneración acorde con la cantidad y calidad de trabajo y «por generar la figura del enriquecimiento sin causa a favor del Distrito Capital...» (ff. 556 y 557).

- El apoderado de la **Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos** presentó recurso de alzada (ff. 559 a 567), en donde dice básicamente lo plasmado en la contestación de la demanda.

Afirmó, que debido a la necesidad de funcionamiento permanente de la UAECOB B se debe regir indistintamente por un sistema especial mixto por turnos, el cual fue aplicado de manera errónea por el *a quo*, toda vez que el Decreto Ley 1042 de 1978 en su artículo 35 permite el referido sistema especial de turnos.

Contó que dicha norma manifestó, que en caso de existir normas especiales que reglamenten un sistema diferente al ordinario de 44 horas semanales, se puede mediante el sistema de turnos y dependiendo de la naturaleza de la función, contar con un tipo diferente de la liquidación de recargos y trabajo adicional. Estos actos que contemplaron al asunto jurídico puesto en debate, en razón al ejercicio de funciones de carácter permanente, cual es el caso del Cuerpo Oficial de Bomberos, supone la existencia de normas especiales que para este caso son los Decretos 388 de 1951 y el parágrafo 131 del Decreto 991 de 1974 los que regularon la materia a disponer que la prestación del servicio bomberil debe ser permanente y que por ende se debe prestar el servicio de forma especial.

Por lo tanto, la sentencia recurrida incurre en error al usar una norma que en el caso de la UAECOB B es el artículo 33 del Decreto 1978, el cual refiere al personal de oficina u otra clase de empleados, sin embargo por tratarse de personal que presta un servicio de función esencial del Estado el cual es la atención de emergencias y calamidades conexas no le es adjudicable el sistema ordinario, toda vez que, se debe acudir a la normatividad de sistema de turnos, concluyendo que no le es aplicable el Decreto Ley aludido 1942 de 1978 y de manera específica la jornada de 44 horas semanales.

Por todo lo anterior solicitó que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a 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 alegatos⁴ reiteró básicamente lo expuesto en el recurso de apelación.
- La **Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá** en su escrito de alegatos de conclusión⁵ dijo en resumidas cuentas lo aludido en el recurso de alzada.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO.

Dentro del marco de la sentencia de primera instancia y lo argumentado en los recursos de apelación, el problema jurídico se contrae a establecer si a la demandante le corresponde el pago de horas extras diurnas y nocturnas, en días ordinarios, dominicales y festivos, liquidación y pago de los derechos compensatorios, reliquidación de los recargos nocturnos en días ordinarios, domingos y festivos, así como la reliquidación de todos los factores salariales y prestacionales, en su condición de miembro del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, a partir de la base de 190 horas mensuales o 220.

CUESTIONES PREVIAS.

Sobre la jornada laboral del Cuerpo Oficial de Bomberos.

⁴ Folios 602 a 607.

⁵ Folios 608 a 618.

En primer lugar, es necesario reiterar que la jurisprudencia de esta Sección⁶ se ha pronunciado en diferentes oportunidades respecto a la jornada laboral del personal del cuerpo de bomberos.

Es más, esta misma Sala de Subsección ha sido reiterativa y para los efectos se puede consultar la sentencia de 14 de julio de 2016⁷ M.P. William Hernández Gómez, en la cual quedaron plasmados los fundamentos de la posición que acá se reitera.

Al respecto, cabe precisar que estos servidores públicos antiguamente 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) los bomberos no cumplían una jornada ordinaria de trabajo y, ii) se consideraban que la misma era mixta, especial y excepcional tal como lo dispone el parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 6ª de 1945.

Este criterio varió a partir del año 2008⁸, en virtud de la posición jurisprudencial que ha sido acogida por esta Corporación, desde tal fecha, se ha declarado que la jornada de trabajo excepcional cumplida por el personal que labora en el Cuerpo Oficial de Bomberos no puede desconocer el derecho al reconocimiento del trabajo suplementario, puesto que ello vulnera

⁶ Sentencia de 4 de mayo de 1990. N.I. 4420, C.P. Álvaro Lecompte Luna; sentencia de 9 de octubre de 1979, N.I. 1765 C.P. Ignacio Reyes Posada, confirmada por la Sala Plena de la Corporación mediante sentencia de 19 de octubre de 1982. C.P. Jorge Dangond Flórez; sentencia de 3 de marzo de 2005. Sección Segunda, M.P. Alberto Arango Mantilla.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección «A», sentencia de 14 de julio de 2016, expediente 3208-14. M.P. William Hernández Gómez.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «A». M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 17 de abril de 2008, Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06), Actor: José Arles Pulgarín Galvez, Demandado: Municipio de Pereira. Esta posición fue reiterada entre otras, en las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección «B» M.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardilla, sentencia de 2 de abril de 2009, Radicación número: 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» M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), sentencia de 31 de octubre de 2013. Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00515-01(1051-13). Actor: Asdrúbal Lozano Ballesteros. Demandado: Distrito Capital de Bogotá – Secretaría de Gobierno – Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.

el principio de igualdad en relación con otros empleados que realizan funciones menos riesgosas.

En dicha oportunidad 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 1998⁹, en tanto que tales normas hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que gobiernan «el régimen de administración de personal» concepto que comprende el de «jornada de trabajo»¹⁰ 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 trabajadores¹¹.

⁹ 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 Lorica – Córdoba.

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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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».

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

De acuerdo con lo expuesto, corresponde determinar los derechos a los que hay lugar, correspondientes a trabajo suplementario. En tal sentido, en 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**

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

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

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

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 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 es de 6 p.m. a 6 a.m. para empleados que trabajen por el sistema de turnos.	35%	Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos.
Artículo 35	Jornada mixta. Se cumple por el sistema de turnos. Incluye horas diurnas y nocturnas. Por estas últimas se paga el recargo nocturno pero podrán compensarse con períodos de descanso.	35% o descanso compensatorio.	Sin perjuicio de lo dispuesto para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos.
Artículo 36	Horas extra diurnas. Trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria. Debe ser autorizada por el jefe inmediato.	25% o descanso compensatorio.	No puede exceder de 50 horas mensuales. Si sobrepasa este límite se reconoce descanso compensatorio (un día de trabajo por cada 8 horas extras trabajadas). Conforme el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989, tienen derecho a este los empleados del nivel Operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta

			el grado 098 del nivel técnico.
Artículo 37	Horas extra nocturnas. Trabajo desarrollado por personal diurno (6 p.m. a 6 a.m.)	75% de la asignación mensual.	Igual que en el cuadro anterior referente al artículo 36.
Artículo 39	Trabajo ordinario domingos y festivos. Cuando se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos.	La remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.	

De lo expuesto se concluye 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.

Ahora bien, en el presente caso habrá que examinar las disposiciones distritales relacionadas con la jornada establecida en el Distrito para el Cuerpo Oficial de Bomberos.

i) Regulación distrital sobre la jornada laboral del cuerpo oficial de bomberos de Bogotá.

a) Decreto 388 de 1951.

En el mismo se estableció el reglamento del Cuerpo de Bomberos de Bogotá, en los artículos 85, 102 y 134 fijaron 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 horas.

No obstante, la normativa en ninguna de sus partes reguló lo relacionado con la forma en que se efectuaría la remuneración del trabajo suplementario.

Ante tal situación y conforme a 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 regulación sobre la forma en que se debe remunerar el trabajo suplementario, no puede ser ésta la norma que gobierne la situación laboral de los miembros del Cuerpo de Bomberos.

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 éste y de los derechos irrenunciables de los trabajadores.

Conviene precisar además, que la jurisprudencia de esta Sección¹³ 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 1974.

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 (sic) CIENTO TREINTA Y UNO.- Los empleados distritales laborarán conforme a los horarios que deberán ser establecidos mediante Resolución interna de cada una de las

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección «A». Consejera Ponente: M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E). Bogotá D.C., 1 de julio 2015. Radicación número: 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.

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

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 [...]».

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 señaló el derecho al descanso dominical por un periodo de 24 horas o, en caso de no otorgarse éste, procede 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 Bogotá.

Se desprende de todo lo expuesto, que la norma no se ocupó de

reglamentar la jornada laboral especial ni la remuneración por trabajo suplementario del personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial – Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá. Por tal razón, ante el vacío, debe acudirse, 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 número. 03 de 1999.

Esta norma fijó la remuneración de los empleos que son desempeñados por los funcionarios del Concejo, la Contraloría, la Personería y la Administración Central del Distrito Capital.

La normativa fijó un límite para el reconocimiento de las horas extras, en un 50% de la remuneración básica mensual, restricción que no se encuentra contenida en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 razón por la cual no puede ser aplicada¹⁴.

Lo anterior puesto que, al ser los miembros del Cuerpo de Bomberos empleados públicos, su régimen salarial y prestacional sólo puede ser fijado por el Gobierno Nacional de acuerdo con los parámetros establecidos por el legislador, de acuerdo con el reparto de competencias constitucional que se encuentra en los artículos 150, numeral 19, literal e) y 189, numeral 14 de nuestra Constitución Política, y por lo tanto, no es posible que a través de una norma de carácter territorial se establezca el mismo¹⁵.

¹⁴ Al respecto se pueden ver entre otras sentencias de la Sección Segunda, Subsección «A» de esta Corporación las siguientes:

M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., 27 de abril de 2015. Radicación número: 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 número: 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.

¹⁵ Sobre el particular se pueden consultar las siguientes sentencias de la Sección Segunda, Subsección A Consejo de Estado:

M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E). Bogotá D.C., 20 de agosto de 2015. Radicación número: 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 de 1 de julio de

Conforme con lo expuesto, es razonable concluir que el Decreto 388 de 1951 no puede regir la situación de los miembros del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá por cuanto: i) no reguló la forma de remuneración de la jornada laboral especial para los miembros del Cuerpo de Bomberos de Bogotá y el trabajo suplementario 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 éste no se ocupó de reglamentar la jornada laboral especial ni la remuneración 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 servidores públicos porque: i) su contenido contradice el Decreto 1042 de 1978 y; ii) el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos por mandato de los artículos 150 numeral 19) literal e) y 189 numeral 14) solo puede ser fijado por el Gobierno Nacional siguiendo los criterios y objetivos establecidos por el legislador, y no por una norma de carácter territorial.

Por su parte, el actor plantea su inconformidad con la sentencia impugnada en cuanto ordenó tener como base para la liquidación del trabajo suplementario 220 horas mensuales y no 190 y negó el reconocimiento del descanso compensatorio por trabajo en dominicales y festivos.

Para dichos 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 mensuales¹⁶ y que el pago del trabajo suplementario se realiza de conformidad con los porcentajes señalados en artículos 34, 35, 36, 37 y 39 *ibídem*.

En el caso *sub examine* se acreditó que la señora Yolanda Elisa Mahecha Saldaña cumplía turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, (folios 295 a 298).

Caso concreto

La demandante plantea su inconformidad con la sentencia impugnada y pide lo siguiente:

«1. Reformar el inciso primero del numeral segundo de la providencia, para disponer que la liquidación de horas extras se haga tomando como base las 190 horas mensuales de trabajo (el año tiene 52 semanas, 12 meses, al dividir 52/12 resulta 4,3 semanas por mes X 44 horas semanales resultan 189, 2 horas, que aproximadamente generan 190 horas), por lo cual la liquidación sobre las 220 horas no tiene fundamento legal ni técnico y perjudica gravemente los intereses de la demandante.

2. Reformar el numeral segundo de la providencia, para disponer en su lugar que se reconozca y pague la reliquidación de recargos nocturnos ordinarios del 35% tomando como base las 190 hora mensuales de jornada máxima legal,

3. Revocar el numeral quinto de la sentencia, y en su lugar disponer: a) Reconocimiento y pago de la reliquidación de recargos festivos diurnos del 200%, tomando como base las 190 horas mensuales de jornada máxima legal; c) Reconocimiento y pago de los descansos compensatorios por exceso de horas extras, conforme con lo consagrado en el literal e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 a razón de 1 día hábil por cada 8 horas de exceso de las 50 horas extras mensuales reconocidas con base en el literal d) del mismo artículo; d) Reconocimiento y pago de los descansos compensatorios por labor habitual en días domingos y festivos conforme con lo consagrado en el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, toda vez que labora 360 horas mensuales en total (15 turnos de 24 horas), cuando todo empleado público nacional, departamental, distrital o municipal percibe su salario básico por laborar 190 horas mensuales y el demandante en cada mes labora jornada equivalente casi a 2 meses, por lo cual los descansos

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

recibidos en tiempo 24 horas x 15 días no son suficientes para la reparación y descanso, toda vez que los trabajadores del mundo entero descansan normalmente el doble del tiempo laborado por lo cual la desventaja mencionada da lugar a la aplicación sin restricciones del reconocimiento de los compensatorios por labor habitual en dominicales y festivos en similares condiciones al caso análogo de una empleada del Hospital de Kennedy en providencia del 12 de agosto de 2009, siendo H. Consejero Ponente el Dr. ALFONOS VARGAS RINCON (sic), expediente 25000232500020050184301 número interno 2300-2007, demandante CARMEN (sic) GARCIA (sic) RAMIREZ (sic)» (ff. 555 y 556).

Igualmente, solicita la inaplicación del inciso 3 del artículo 4 del Acuerdo Distrital 3 de 1999 modificado por el Acuerdo Distrital 9 de 1999, por afectar los derechos constitucionales de la demandante.

Se insiste en lo expuesto en párrafos anteriores, en que de conformidad con el artículo 33¹⁷ del Decreto 1042 de 1978, el límite máximo legal no es de 66 sino de 44 horas semanales de jornada laboral, por cuanto no existe una regulación especial sobre la materia. Por lo tanto el trabajo superior a las 44 horas semanales tiene que ser retribuido de conformidad con los principios de igualdad y proporcionalidad establecidos entre otros por el artículo 53 de la Constitución Política.

Es necesario recalcar, que esta Corporación mediante sentencia de 17 de agosto de 2017 Sección Segunda – Subsección «B» M.P. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00263-01(0804-14) Actor: Gerardo Llanos 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 que la jornada laboral de los bomberos se considere 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

¹⁷ Decreto Ley 1042 de 1978. Artículo 33º.- *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.

Expediente número: 25000 23 25 000 2012 00784 01 (3692-14)

Demandante: Yolanda Elisa Mahecha Saldaña

Demandado: Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C., Distrito Capital –
Secretaría de Gobierno

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...»

Ahora bien, se tiene que según el certificado obrante a folio 17 del expediente emanado de la Subdirectora de Gestión Corporativa de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, que la señora Yolanda Elisa Mahecha Saldaña «trabajaba mediante el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado» ... «laborando cuatro días y descansando tres días y a la siguiente semana laborando tres días y descansando cuatro días y guardando el orden sucesivo, los días de descanso se les está reconociendo en la asignación básica mensual».

De similar forma señaló dicho documento, que desde noviembre de 2008, 2009, 2010 y hasta mayo de 2011 se le han venido reconociendo, liquidando y pagando recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos y nocturnos, de la siguiente manera:

AÑO	RECARGO FESTIVO DIURNO 200%		RECARGO FESTIVO NOCTURNO 235%		RECARGO ORDINARIO NOCTURNO 35%	
	Valor	No. Horas	Valor	No. Horas	Valor	No. Horas
2008	\$1.212.351	131	\$1.435.386	132	\$913.428	564
2009	\$3.946.216	398	\$4.405.283	378	\$2.689.002	1548
2010	\$3.712.377	361	\$4.711.775	390	\$2.635.477	1464
2011	\$2.799.861	263	\$3.302.434	264	\$1.884.464	1009

A la par estableció las siguientes fórmulas:

«Recargo ordinario nocturno= Asignación Básica Mensual / 240 x 35% x No.
Horas laboradas. (Horario de 6:00 p.m. a 6:00 a.m)

Recargo festivo diurno= Asignación Básica Mensual / 240 x 200% x No.
Horas laboradas. (Horario de 6:00 a.m. a 6:00 p.m)

Recargo festivo nocturno= Asignación Básica Mensual / 240 x 235% x No.
Horas laboradas. (Horario de 6:00 p.m. a 6:00 a.m)» (f. 17).

La sentencia aludida¹⁸ realizó el siguiente análisis el cual es pertinente a este caso, por cuanto son los mismos supuestos fácticos:

«... de los distintos recargos los efectuó la accionada con la base de 240 horas mensuales y no de 190 para fijar el valor de la hora ordinaria, sin reconocer, en esa medida, las horas extras, pues consideró que estos eran más beneficiosos para el empleado, ya que en ningún caso se podría realizar un pago que excediera las 50 horas mensuales.

Sobre el particular, la sentencia de 12 de febrero de 2015, citada en páginas anteriores, sobre las horas extras, en un caso similar al que se examina dijo:

[...]

Al proceso se allegó la certificación de los turnos laborados por el actor, expedida por la Subdirectora de Gestión Corporativa de la que se desprende que trabajó en una jornada de 24 horas de labro por 24 horas de descanso (24 x 24), que incluye horas diurnas y nocturnas, alternando un semana de 4 días de trabajo y 3 de descanso y en la siguiente, 3 días de labor y 4 de descanso, por lo que en una semana laboraba 72 horas y en la otra 96, lo que arroja un promedio de 360 horas laboradas en el mes, superando de esta forma la jornada ordinaria legal de 44 horas semanales que equivalen a 190 horas mensuales.

De lo anterior se tiene que el actor trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y si la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces el actor laboró **170 horas adicionales** a la jornada ordinaria, es decir, tiempo extra, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero **50 horas extras el mes**, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. Dicha norma establece que no se pagarán más de 50 horas extras al mes y las horas extras laboradas que excedan el tope señalado, se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un (1) día hábil por cada 8 horas de trabajo.

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

Ahora bien, como se demostró que el actor, en atención a los turnos desarrollados, disfrutaba de 15 días de descanso al mes, concluye la Sala que el tiempo extra que superó el tope legalmente permitido, fue

¹⁸ Sentencia de 3 de agosto de 2017. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «B» M.P. Camelo Perdomo Cuéter. Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00263-01(0804-14) Actor: Gerardo Llanos Avendaño. Demandado: Distrito Capital – Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

Expediente número: 25000 23 25 000 2012 00784 01 (3692-14)
Demandante: Yolanda Elisa Mahecha Saldaña
Demandado: Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C., Distrito Capital –
Secretaría de Gobierno

debidamente compensado al actor por la entidad demandada, con los 15 días de descanso que disfrutaba mensualmente.

Así las cosas, el actor tiene derecho al reconocimiento de ***cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en el mes***, tal y como se desprende de los turnos registrados en las planillas, a partir del 27 de noviembre de 2006, conforme lo solicitó en las pretensiones de su demanda y lo ordenó la sentencia de primera instancia la cual habrá de confirmarse en tal sentido.

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

Para respaldar el número de las horas extras laboradas y su clasificación en diurnas y nocturnas, la Sala tiene en cuenta la prueba documental obrante en el cuaderno No. 3 correspondiente a las planillas de turnos laborados por el actor, la cual no fue controvertida por la parte actora, y por tal razón se le otorga pleno valor probatorio, teniendo como tiempo extra aquel que excedió 44 horas semanales, equivalentes a 190 horas mensuales.

Reitera la Sala que en ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales porque habrá de tenerse en cuenta el límite previsto en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, y respecto de las horas extras excedidas (120 mensuales), la Sala no ordenará el reconocimiento del tiempo compensatorio, toda vez que como se anotó, las mismas fueron compensadas con tiempo de descanso, de acuerdo con el sistema de turnos que desarrolló el actor.

[...]

En este orden de ideas, es de recibo la tesis del actor en su apelación, en el sentido de modificar el ordinal segundo del fallo, para que se le reconozca y pague a este el trabajo que exceda de 190 horas mensuales, como horas extras (diurnas ordinarias, nocturnas, festivas ordinarias, festivas nocturnas) laboradas a partir del 4 de agosto de 2007.

Por otro lado, como en el presente asunto no existe prueba documental en que conste de manera expresa y categórica el número de horas extras trabajadas en el mes por el demandante, sino que solo hay un cuadro que tiene el registro de las secciones en que prestó los servicios, en folio 184,¹⁹— debe entenderse por sección los turnos en días pares e impares—; es decir, que le correspondió tres turnos en una semana (72 horas) o cuatro en otra (96 horas), de 24 horas por 24 de descanso, para un total de 360 horas mensuales, lo cual supera el tope legal de las 190 horas.

Dada esta premisa, en armonía con la línea trazada en la sentencia de 6 de julio de 1017, atrás identificada, se deben descontar las 50 horas que se pueden reconocer, conforme al artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, y las restantes 120 ya se encuentran saldadas con los 15 días de compensatorio ($120/8=15$).²⁰

¹⁹ Certificación de la subdirectora de gestión corporativa de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, de 12 de septiembre de 2011.

²⁰ Decreto 1042 de 1978, artículo 36, letra e). «Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo».

Por ende, en disenso con la impugnadora de la parte accionante, estima la Sala que no hay lugar al reconocimiento y pago de los descansos compensatorios por exceso de horas extras, a partir del 4 de agosto de 2007, en tanto equivaldría a un doble reconocimiento.

Por otra parte, como al accionante se le cancelaron los recargos ordinario nocturno (35%), festivo diurno (200%) y festivo nocturno (235%), pero con una base de 240 horas mensuales, como consta en el informe técnico de la subdirectora de gestión corporativa de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, de 12 de septiembre de 2011 (f. 181), se debe, como lo solicita en la apelación el actor, modificar esta forma de realizar el cálculo y hacer la respectiva reliquidación con el denominador de 190 horas mensuales, según como se explicó en precedencia.

Igualmente, se ha de proceder respecto del reconocimiento del trabajo ordinario en días dominicales y festivos, pues la demandada lo hizo en consideración a 240 horas mensuales y no a 190 sobre la asignación básica mensual, lo cual va en desmedro del accionante; y, por lo tanto, se efectuará el reajuste de los dominicales y festivos laborados con este último cálculo.

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 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.

En cuanto a las primas de servicios, vacaciones, de riesgo y de navidad, vacaciones, y bonificación por servicios prestados, no se tendrá en cuenta las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y feriados, ya que los Decretos 1042 y 1045 de 1978 no las prevén como factores salariales para su liquidación, en particular, en su orden, los artículos 46 y 59, y 17 y 33. En tal virtud, al no haber lugar a su reliquidación, como lo dispuso el ordinal tercero de la sentencia apelada, se revocará

Por lo que hace a la liquidación de cesantías, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en sus letras c) y d), establece como factor salarial para su liquidación, los dominicales y feriados, y las horas extras, motivo por el cual se deberán tener en cuenta para el cálculo y pago. En consecuencia, se confirmará el ordinal cuarto del fallo censurado, suerte que también corre su sexto que ordenó cumplir la condena en los términos de los artículos 176 y 178 del CCA. En otra perspectiva, comoquiera el inciso tercero del artículo 4 del Acuerdo distrital 3 de 1999, modificado por el 9 de 1999, cuya

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 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».

inaplicación solicita el apelante de la parte actora, no fue objeto de la litis, no se accederá a esa pretensión.

En suma, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, estima la Sala que ha de confirmarse de manera parcial la sentencia de primera instancia (ordinales primero, cuarto, quinto y sexto de la parte decisoria) que accedió en parte a las súplicas de la demanda, ya que se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados; pero se revocarán sus ordinales segundo y tercero.»

Con fundamento en los anteriores razonamientos narrados, se modificará parcialmente la sentencia de primera instancia en lo atinente a los numerales 2 y 5 de la parte resolutive, en lo pertinente al valor de las horas extras; los recargos ordinarios nocturnos, festivos diurnos y festivos nocturnos, el trabajo en dominicales y festivos laborados; el valor de las cesantías reconocidas y pagadas a la demandante.

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 revocar parcialmente la sentencia de primera instancia en lo atinente a los numerales 2 y 5 de la parte resolutive, en lo pertinente al valor de las horas extras; los recargos ordinarios nocturnos, festivos diurnos y festivos nocturnos, el trabajo en dominicales y festivos laborados; el valor de las cesantías reconocidas y pagadas a la demandante.

Igualmente, se procederá a **CONFIRMAR en todo lo demás**, la sentencia del 30 de enero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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,

FALLA

1. **REVOCAR** los numerales 2 y 5 de la sentencia del 30 de enero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar se dispone lo siguiente:

«**SEGUNDO:** Condenar al Distrito Capital Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos a reconocer y pagar a la señora Yolanda Elisa Mahecha Saldaña el valor de 50 horas extras al mes, desde el 12 de septiembre de 2008, de conformidad con los artículos 36, 37 y 38 del Decreto Ley 1042 de 1978, liquidadas con base en el factor hora que resulte de dividir la asignación básica mensual sobre el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral de 190 horas.

QUINTO: Reajustar los recargos ordinario nocturno, festivo diurno y festivo nocturno, el trabajo en dominicales y festivos laborados por la señora Yolanda Elisa Mahecha Saldaña desde el 12 de septiembre de 2008, con la aplicación de 190 horas mensuales, equivalentes a la jornada ordinaria laboral y no con 240 horas, pagando las diferencias que resulten a favor de la accionante, entre lo cancelado por la entidad demandada y lo que debió pagarse por tales conceptos como resultado del reajuste.

Reliquidar el valor de las cesantías reconocidas y pagadas a la demandante a partir del 12 de septiembre de 2008 con el valor que surja por concepto de las horas extras, y los dominicales y feriados, cuyo reconocimiento ordena.

No se reconocen los descansos compensatorios por encontrarse probados sus correspondientes pagos y disfrute, y tampoco la reliquidación de las primas de servicios, vacaciones, navidad y riesgo, bonificación por servicios prestados y vacaciones, toda vez que el trabajo suplementario no es factor salarial para su liquidación.

El resultado de las sumas de la condena a favor de la demandante se actualizará según esta fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es el dejado de percibir por el demandante, por el número que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en la cual se causó el derecho. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.»

2. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de 30 de enero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por la señora Yolanda Elisa Mahecha Saldaña contra la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C., Distrito Capital Secretaría de Gobierno.

3. Se acepta la renuncia al poder presentada por la abogada Heidi Astrid García Beltrán como apoderada de la entidad demandada en este proceso, de conformidad con el documento aportado a folio 620 del expediente.

Reconócese al doctor julio César Díaz Perdomo como apoderado de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos D.C., en los términos y para los efectos del poder a folio 630 y documentos complementarios obrantes a folios 627 – 629 del expediente.

Reconócese a la doctora Cecilia Elizabeth Celis Parra como apoderada de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos D.C., en los términos y para los efectos de la sustitución obrante folio 633.

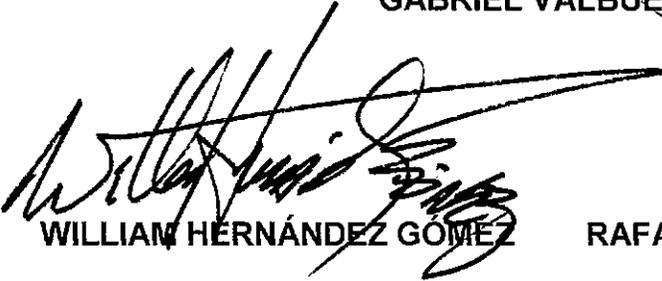
En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Impedido