



SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A
CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 25000-2325-000-2012-00787-01 (2749-2014)

Actor: LUIS ALEJANDRO ACUÑA CASTRO

Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARIA DE GOBIERNO-DIRECCIÓN CARCEL DISTRITAL DE VARONES Y ANEXO DE MUJERES.

DECRETO 01 DE 1984

SE. 0012

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 6 de febrero de 2014, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, negó las súplicas de la demanda formulada por el señor LUÍS ALEJANDRO ACUÑA CASTRO contra el DISTRITO CAPITAL- SECRETARIA DE GOBIERNO-DIRECCIÓN CARCEL DISTRITAL DE VARONES Y ANEXO DE MUJERES, con el fin que se acceda a las siguientes,

1.- Pretensiones¹

« Decretar la nulidad del Oficio 20113330400991 de 3-11-2011, suscrito por la [...], en su calidad de Directora de Gestión Humana de la Secretaria de Gobierno, expedido como respuesta a la reclamación laboral del demandante presentada por el suscrito el 8 de agosto de 2011, documento de respuesta notificado el 4 de noviembre de 2011, respecto al cual se interpuso y sustentó en legal forma el recurso de reposición el día 9 de noviembre de 2016, así como decretar la nulidad de la Resolución 021 del 4 de enero de 2012, por la cual se resuelve un recurso de reposición, proferida por la Directora de Gestión Humana de la Secretaria de Gobierno Distrital y notificada personalmente al suscrito apoderado el día 12 de enero de 2012.

¹ Folios 55 a 61 de expediente.

[...] se sirva decretar la inaplicación de la Resolución 029 de 2010 expedida por la Secretaría de Gobierno Distrital, por medio de la cual se fijó la jornada máxima laboral en 66 horas semanales, asunto del legislador y no de un ente administrativo toda vez que el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 determina que el salario de los empleados públicos corresponde a jornadas de 44 horas semanales [...]

3. Como consecuencia de la nulidad de los actos demandados se solicita ordenar la liquidación y cancelación por parte de la demandada **Distrito Capital - Secretaría de Gobierno - Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexos de mujeres**, liquidar y pagar los conceptos laborales que se enunciarán a continuación desde el 7 de agosto de 2008 hasta que se profiera la sentencia:

- Horas extra diurnas: 50 horas extra diurnas en días ordinarios conforme el Decreto 1042 de 1978 proporcionalmente por los meses que excedan el tiempo mencionado.
- Días compensatorios consagrados en el literal e) del artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978: 15 días de salario básico como tiempo compensatorio por cada mes trabajado en el periodo enunciado y proporcionalmente por los meses que excedan los meses de servicio completo. Esto por cuanto se le adeudan 120 horas extras, luego, la norma mencionada indica que se debe reconocer un (1) día de salario por cada 8 horas extras laboradas en exceso del tope legal.
- Los descansos compensatorios de que trata el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978. Los solicita por haber laborado de manera ordinaria domingos y festivos sin que se reconociera descanso por ello.
- La reliquidación de los recargos nocturnos ordinarios (35%), festivos diurnos y festivos nocturnos (200 y 235% respectivamente) desconocidos por la entidad quien los liquidó con base en 240 horas mensuales, con lo que quebrantó el contenido del artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 que establece un máximo semanal de 44 horas.
- Reliquidación de las primas de servicios, vacaciones y navidad, sueldo de vacaciones², cesantías y demás factores salariales con la inclusión de los conceptos atrás mencionados.

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

2.- Hechos³

Para fundamentar las pretensiones, el apoderado de la parte demandante expuso los siguientes hechos:

El señor Luis Alejandro Acuña Castro se vinculó al Distrito Capital, desde el 22 de noviembre de 2004, en el cargo de Guardián código 485, grado 13, el nombramiento se efectuó a través de la Resolución 872 del 11 de noviembre de 2004 proferida por el Secretario de Gobierno de Bogotá.

³ Folios 62 a 65 del expediente

2. El demandante tuvo como asignación salarial lo siguiente:

Año	Salario
2008	\$951.508
2009	\$1.028.295
2010	\$1.059.556
2011	\$1.102.363

3. El día 8 de agosto de 2011 el apoderado del demandante presentó derecho de petición ante la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá en el que solicitó la reliquidación y pago de las horas extra diurnas y nocturnas en días ordinarios, festivos y domingos laborados, los descansos compensatorios por el mismo período respecto de estos últimos, recargos nocturnos del 35% en días ordinarios, y del 200% y 235% de los domingos y festivos, así como la reliquidación de todas las prestaciones sociales y salarios con la inclusión de estos valores.

4. La petición anterior la respondió la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá mediante el Oficio 2011330400991 del 3 de noviembre de 2011 informando que la entidad canceló los conceptos solicitados conforme a las disposiciones y la jurisprudencia vigentes para la época en que se causaron, por lo cual no es viable jurídicamente la reliquidación y cancelación que solicita.

5. Contra el oficio mencionado, el demandante el día 9 de noviembre de 2011 presentó recurso de reposición. El Distrito emitió la Resolución 021 del 4 de enero de 2012, proferida por la Directora de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno, en la que confirmó lo dispuesto en el acto administrativo recurrido y decidió aplicar la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con la jornada laboral de los empleados públicos para la liquidación de los emolumentos pedidos.

3.- Normas violadas y concepto de violación⁴.

En la demanda se invocaron como normas violadas las siguientes:

⁴ Folios 120 a 164 del expediente.

- De la Constitución Política, el preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 25, 39, 48 y 53.
- Del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Políticos; el artículos,7 33, 34, 36, 37.
- Del Decreto 1042 de 1978, los artículos 34 y 35.
- Del Decreto 1045 de 1978, los artículos 17, 33 y 45.

Al explicar el concepto de violación, en síntesis se afirma que con la expedición de los actos demandados, la administración distrital vulnera las garantías laborales de los empleados públicos que prestan servicios en la Cárcel Distrital de Varones y Anexos de Mujeres de Bogotá porque elude el reconocimiento de la jornada laboral establecida en el Decreto 1042 de 1978, la cual es aplicable a las entidades territoriales.

Manifiesta que la jornada laboral de 24 horas de labor por 24 horas de trabajo, fijada mediante la Resolución Distrital No. 153 del 31 de marzo de 2009 para los guardianes de la Cárcel Distrital es contraria a derecho.

Afirma que el hecho de que las labores de los Guardianes, Cabos, Sargentos y Tenientes de prisiones al servicio del Distrito se desarrollen por el sistema de turnos sucesivos de 24 horas, no convierte la jornada en discontinua o intermitente y que 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 de Varones y anexo de Mujeres.

Resalta que en la Resolución 021 del 4 de enero de 2012, la Directora de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno de manera flagrante se equivoca al aplicar en el presente caso lo establecido en el artículo 3 de la Ley 6 de 1945, cuando se señala que dicha disposición legal solo le es aplicable a los trabajadores oficiales y no a los empleados públicos.

Sostiene que la administración adeuda, por razón de trabajo suplementario o de horas extras, un total de 170 horas extras mensuales, y que atendiendo el tope máximo de 50 horas extras, establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, la entidad debe reconocer tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras de trabajo, es decir 15 días hábiles de descanso compensatorio al mes.

De otra parte, expresa que desde hace varios años la entidad demandada viene liquidando de manera errónea los recargos por trabajo nocturno, dominical y festivo, al establecer el factor hora sobre una jornada de 240 horas mensuales siendo que a los empleados públicos les corresponden jornadas de 190 horas al mes.

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

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵.

Distrito Capital de Bogotá, Secretaría de Gobierno, Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda.

Sobre los hechos de carácter general señalados en la demanda expresó que los turnos del personal de guardia y custodia de la Cárcel de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá se encuentran regulados en la Resolución 153 del 31 de marzo de 2009, en la que se establecieron turnos de 24 horas consecutivas por 24 de descanso. A su vez, advirtió que la Resolución 029 del 15 de enero de 2010 que fijó la jornada máxima laboral de estos servidores públicos en 66 horas semanales, fue derogada con la Resolución 105 de 2011 por petición del personal de guardia y atendiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado que indicó que la jornada máxima debe ser 44 horas a la semana.

De igual manera, la demandada aseguró que no desconoció el pago de horas extras al demandante, puesto que este derecho se generó a partir del cambio jurisprudencial efectuado a través de la sentencia proferida por esta Corporación el 17 de abril de 2008 dentro del proceso Radicado 1022-2006. Advirtió que la discrepancia no es sobre el reconocimiento sino que se refiere a la forma de liquidación de lo pedido. También aseveró que canceló los recargos nocturnos, diurnos, dominicales y festivos de acuerdo a la jurisprudencia que imperó por más de 40 años, según la cual estos servidores públicos no cumplen una jornada de trabajo.

⁵ Folios 141 a 153 del expediente.

Así mismo, advirtió que los dominicales y festivos fueron liquidados con fundamento en el artículo 4.º del Acuerdo 03 de 1999. En su intervención indicó que el otorgamiento de las horas extras en favor del demandante es menos favorable que el pago de recargos, puesto que a las primeras el artículo 4.º del Acuerdo 03 de 1999 les fijó un tope del 50% de la remuneración mensual, mientras que los segundos no tienen límite.

A su juicio, la nueva posición jurisprudencial señaló que el Decreto 1042 de 1978 es aplicable para efectos de regular la jornada laboral de los empleados públicos del orden territorial si el municipio no lo hubiere reglamentado, lo que no sucede en el presente caso, pues el Distrito expidió el Decreto 991 de 1974, la Resolución 153 de 2009 y posteriormente la Resolución 105 de 2011 que acatan la jornada máxima laboral de 44 horas de que trata el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

De acuerdo a su posición, no procede la reliquidación de las prestaciones sociales con la inclusión del pago de los compensatorios toda vez que los artículos 45 y 46 del Decreto 1045 de 1978 no incluyeron estos como factor salarial. Añadió que para la liquidación del trabajo adicional deben descontarse las situaciones administrativas disfrutadas por el trabajador, tales como los días de descanso remunerado, las vacaciones, licencias y permisos.

En su sustentación, realizó unas observaciones sobre la posición jurisprudencial de esta corporación referida a que el personal de custodia y vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexos de Mujeres al igual que los bomberos, no tiene una jornada laboral establecida en atención a la clase de labor desarrollada, la cual es de carácter permanente y no fue regulada en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

Finalmente, advirtió que la entidad a diferencia del caso tratado en la sentencia que sirve de fundamento a la demanda pagaba recargos al personal de custodia conforme el Acuerdo 03 de 1999, lo que significa que su ingreso es superior comparado con el pago de horas extras que se pretende, en tanto estas tienen un límite mensual. Indicó que el trabajo habitual los domingos y festivos no es extra, además porque el servicio se presta bajo la modalidad de «disponibilidad» la cual

Radicado: 25000-2325-000-2012-00787-01 (2749-2014)
Actor: Luis Alejandro Acuña Castro
Demandado: DISTRITO CAPITAL- SECRETARIA DE GOBIERNO-DIRECCIÓN CARCEL DISTRITAL DE VARONES Y ANEXO DE MUJERES

no puede ser tenida en cuenta como una prestación efectiva del servicio.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Parte demandante: Además de reiterar lo expuesto en la demanda, agregó que el actor ocupa un cargo de nivel asistencial en la misma categoría de personal administrativo u operativo que ocupa cargos de bajo riesgo de vida, se le reconocen horas extras, trabajo suplementario y días compensatorios conforme a lo determinado en el Decreto 1042 de 1978.

La parte demandada guardó silencio.

III.- LA SENTENCIA APELADA⁶.

El 6 de febrero de 2014, la Sección Segunda- Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió sentencia negando las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

El *a quo* afirma que al no existir un régimen especial que reglamente la jornada máxima de trabajo del personal de Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexos de mujeres y por ser el centro de reclusión Distrital una dependencia de la Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá, estos se encuentran sujetos a las disposiciones Generales dictadas para empleados públicos de la Administración Central del Distrito Capital, como lo es el Decreto Ley 1421 de 1993, en el cual se basó el Concejo de Bogotá para expedir los acuerdos que se reclama, en consecuencia no es procedente su decreto.

Según las pruebas que obran en el expediente, el demandante tuvo vinculación legal y reglamentaria en el cargo de guardia, para esa clase de trabajo la jornada laboral ha sido mixta y por el sistema de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, alternando una semana de trabajo laborando 3 días y descansando 4 días y a la siguiente semana laborando 4 días y descansando 3, sucesivamente, los cuales fueron reconocidos.

Frente a las pretensiones referidas al año 2008, la Sala observó que la entidad

⁶ Folios 502 a 543 del expediente.

demandada le ha concedido los correspondientes días de descanso remunerado (compensatorio), en razón a que los guardianes laboran por el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado y cuando el trabajo dominical y festivo se torna habitual, no da lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio, razón por la cual, no procede el reconocimiento de las horas extras, compensatorios, ni la liquidación de prestaciones sociales pretendidas por el demandante a partir del año 2008. Tampoco procede la reliquidación de recargos nocturnos, ordinarios, recargos festivos diurnos y recargos festivos nocturnos, teniendo en cuenta el sistema laboral mediante la cual realizan la labor los miembros de la entidad demandada y se verificó que esta liquidó las horas extras sobre 225% según lo señalado en el Decreto 1042 de 1978.

La demandada ha cancelado el trabajo suplementario en jornada mixta, jornada habitual de domingos y festivos y recargos en los porcentajes previstos en la norma.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁷.

La parte actora. El demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con los argumentos que a continuación se sintetizan (fs. 251 a 286).

En su intervención, indicó que la situación del demandante es claramente desventajosa en relación con los demás empleados públicos del Distrito Capital del nivel asistencial, desconociendo de manera flagrante la realidad procesal. Así mismo, se equivoca el *a quo* al señalar que la Resolución 153 del 31 de marzo de 2009, fija la jornada laboral, cuando el nominador se encuentra facultado para fijar horario de trabajo y la jornada laboral se encuentra en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

Sostiene que se desconocieron los precedentes jurisprudenciales de casos similares en los que el Consejo de Estado, ha reconocido lo solicitado; además reitera que al demandante nunca le han sido canceladas horas extras, ni los recargos nocturnos, y mucho menos los factores requeridos en la demanda.

V.- TRASLADOS DE SEGUNDA INSTANCIA

⁷ Folios 560 a 563 del expediente.

La parte demandante: Reiteró lo expuesto en la sustentación del recurso de apelación.

La parte demandada: La entidad pidió confirmar la sentencia emitida y destacó que el personal operativo de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de mujeres, no tiene límites en su jornada laboral, debido a la naturaleza de la función prestada, tal y como lo acontece con el personal de Cuerpo Oficial de Bomberos.

Resaltó que la disponibilidad no se debe tener en cuenta como una prestación efectiva del trabajo, y tampoco se puede hablar de un trato inhumano y discriminatorio, pues se estaría hablando de un concepto equivocado y contradictorio.

El Ministerio Público, guardo silencio.

VI.- CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

1.- Problema Jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuestos por la parte demandante corresponde resolver lo siguiente:

¿Al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de horas extras, descansos compensatorios, reliquidación de recargos nocturnos, trabajo en dominicales y festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales con sujeción al Decreto 1042 de 1978, por trabajar turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso en la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá? O por el contrario y de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 029 de 2010, ¿hay lugar a negar las pretensiones de la demanda, por las connotaciones propias de la jornada de los miembros del ente carcelario?

Para resolver, lo anterior es necesario exponer la normativa al respecto.

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

La Sección Segunda en oportunidades anteriores ha adoptado la tesis según la cual, la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial está gobernada por el Decreto 1042 de 1978⁸, así, como las contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las Leyes 13 de 1984, 61 de 1987; tales normas fueron ratificadas por el artículo 87, inciso segundo de la Ley 443 de 1998.

En cuanto el artículo 2.º de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, la jurisprudencia de esta sección ha precisado que el mismo comprende el concepto de «**jornada de trabajo**»⁹. En ese sentido, y como la jornada laboral está reglamentada en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, se ha definido, jurisprudencialmente¹⁰, que esta norma constituye una adición a los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y por tanto es aplicable a los empleados públicos del orden territorial conforme la extensión del artículo 2.º de la Ley 27 de 1992 ratificada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.¹¹

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

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 17 de agosto de 2006. Expediente 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín.

⁹ Sentencia de fecha 17 de agosto de 2006. Expediente 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín.

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

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

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

vigente solo para los trabajadores oficiales, y no reglamenta la jornada laboral de los empleados públicos, pues esta se rige por el Decreto 1042 de 1978.

Ahora bien, quienes prestan sus servicios en la Secretaría de Gobierno- Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, son servidores públicos, por lo que al tenor del artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política, su régimen salarial y prestacional es de creación legal.

Se entiende como jornada de trabajo en el sector público, aquel periodo de tiempo establecido por autoridad competente dentro del máximo legal, durante el cual los empleados deben cumplir las funciones que le han sido previamente asignadas por la Constitución, la ley o el reglamento, su duración depende de las funciones impuestas y las condiciones en que deban ejecutarse. 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 artículo 33, que dispone:

Artículo 33°.- De la jornada de trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas. Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.

Lo anterior significa, que 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; lo que quiere decir, que con base en la jornada debe fijarse el horario de trabajo y la jornada del sábado se compensa 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. Y dependiendo de la jornada de trabajo que se cumpla, así mismo será el salario devengado.

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

Pagos por trabajo complementario de acuerdo al Decreto 1042 de 1978			
D. 1042 de 1978	Jornada laboral	Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales)	Excepción y límites.
Artículo 34	Ordinaria nocturna. El horario que comprende es de 6 p.m. a 6 a.m.	35%	Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos.
Artículo 35	Jornada mixta. Se cumple por el sistema de turnos. Incluye horas diurnas y nocturnas. Por estas últimas se paga el recargo (nocturno, pero podrán compensarse con periodos 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.	

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

2.1- 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 cuanto a la jornada laboral del personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, la Subsección aplicará los mismos criterios jurídicos bajo los cuales se han decidido las demandas interpuestas por los miembros del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá en las que se solicitó igualmente el pago del trabajo suplementario¹³.

Esta decisión encuentra su fundamento en que ambos servidores públicos están vinculados al Distrito Capital y desempeñan especiales funciones que implican el cumplimiento de una jornada laboral más exigente, luego se les debe garantizar, so pena de quebrantar el principio de igualdad, los beneficios laborales mínimos de los demás servidores públicos, entre los que se encuentra el pago del tiempo

¹³ Sentencia proferida el 9 de octubre de 2017, Rad. (4959-2052) por la Sección Segunda del Consejo de Estado, MP doctor William Hernández.

suplementario. Sobre el particular ha expresado la Sección¹⁴:

« [...] Al respecto, la Sección Segunda de la Corporación, en **sentencia de unificación de 12 de febrero de 2015**, se pronunció sobre la jornada laboral de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso establecida por el Distrito de Bogotá para el personal de Bomberos en el Decreto 388 de 1951, y sobre el tema, sostuvo que si bien existen labores que implican una disponibilidad permanente, como la “actividad bomberil”, que toman 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 remuneración.»

Dicha posición jurisprudencial es igualmente aplicable al personal de guardia y custodia de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá por tratarse de empleados públicos del Distrito de Bogotá [...]»

3- Caso concreto.

En la demanda se solicitó condenar a la demandada al pago, desde el 8 de agosto de 2008, de las horas extras diurnas, los días compensatorios, la reliquidación de los recargos nocturnos ordinarios, festivos diurnos y festivos nocturnos y la reliquidación de las prestaciones sociales, de acuerdo a la jornada laboral establecida en el artículo 44 del Decreto 1042 de 1978.

Para determinar lo anterior, se procederá a analizar si el Distrito reguló el tiempo de labor y la remuneración del trabajo suplementario de los miembros Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá bajo los parámetros del Decreto 1042 de 1978.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Bogotá, D.C 21 de enero de 2016. Expediente: 25000-23-25-000-2011-00735-0. Referencia 1306-2014. Actor: Jairo Murcia Herrera. Demandado: Distrito de Bogotá, Secretaria de Gobierno, Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres. Ver también la siguiente sentencia:

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C. 11 de noviembre del 2016. Radicación: 25000-23-25-000-2011-00201-01(1906-15). Actor: Edgar Ruiz Velandia. Demandado: Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Dirección Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

3.1.- Regulación Distrital sobre la jornada laboral del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Dirección de la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá.

Conviene precisar que la Sección ha estudiado varios casos idénticos al que aquí se debate y ha llegado a la misma conclusión que a continuación se señala:

La Resolución 153 del 31 de marzo de 2009 fijó en el artículo 2.º 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, el cual será en turnos de 24 horas de labor consecutivas, que van de 7.00 a.m. a 7.00 a.m. del día siguiente, seguidos por 24 horas de descanso.

Por su parte, la Resolución 029 de 15 de enero de 2010 determinó como jornada máxima laboral de estos servidores públicos, 66 horas semanales, sin embargo ninguna de las normas citadas reguló lo relacionado con la forma en que se efectuaría la remuneración del trabajo suplementario.

Ante tal situación y teniendo en cuenta que la resolución fijó una jornada especial de trabajo que desbordó los límites previstos en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 sobre jornada máxima de trabajo (44 horas) y no incluyó la reglamentación relativa a la forma en que se debe remunerar el trabajo suplementario, se debe acudir a la norma de carácter general (Decreto 1042 de 1978).

De otra parte, el Acuerdo 03 de 1999, en su artículo 4 dispuso que:

“Horas extras dominicales y festivos: para que se proceda al reconocimiento de descansos compensatorios o a la remuneración por horas extras trabajadas de conformidad las disposiciones legales vigentes, el empleado debe pertenecer al nivel técnico, administrativo y operativo. En ningún caso las horas extras tienen carácter permanente, salvo excepción justificada por el ordenador del gasto.

En ningún caso se pagará, mensualmente, por concepto de horas extras, dominicales o festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario [...]».

La anterior, normativa fijó un límite para el reconocimiento de las horas extras, en un 50% del salario básico mensual, restricción que no se encuentra contenida en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 razón por la cual no puede ser aplicada¹⁵.

3.2.- Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

El demandante ingresó a la Secretaría Distrital de Gobierno- Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá. El 22 de noviembre de 2004, en el cargo de Guardián- código 485 grado 13, según certificación expedida por la directora encargada de la Secretaría de Gobierno, visible a folio 12.

El 8 de agosto de 2011, el actor formuló reclamación¹⁶ ante la Secretaría de Gobierno Distrital encaminada a lograr la liquidación y pago de horas extras diurnas y nocturnas en días ordinarios, dominicales y festivos, liquidación y cancelación de los descansos compensatorios, reliquidación y cancelación de la diferencias, con la respectiva indexación de primas de servicio, vacaciones y de navidad, y demás factores salariales y prestacionales correspondientes. El director de Gestión Humana resolvió la solicitud¹⁷, indicando que al personal de guardia se le ha pagado todo conforme a las normas que lo regulan para el efecto.

El 9 de noviembre de 2011, el actor interpuso recurso de reposición respecto de la respuesta anterior. El cual fue resuelto a través de la Resolución 021 de 2012, donde confirma el oficio con radicación 20113330400991 del 9 de noviembre de 2011, en el sentido de aplicar la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la jornada laboral, para la liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales con la respectiva indexación.

¹⁵ Al respecto se pueden ver entre otras sentencias de la Sección Segunda, Subsección A de esta corporación las siguientes:

Sentencia del 27 de abril de 2015. Radicación: 25000-23-25-000-2011-00860-01(2442-13). Actor: Oscar Javier Bernal Martínez. Demandado: Distrito Capital (Secretaria de Gobierno - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.) y proceso con radicación: 25000-23-25-000-2010-00278-01(4164-13) Actor: Priciliano Huertas Molina. Demandado: Distrito Capital (Secretaría de Gobierno - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C).

¹⁶ Folios 16 a 18

¹⁷ Folios 20 a 23

A folios 46 a 53 la directora de Gestión Humana de la Secretaría Distrital de Gobierno, allegó relación de los pagos de los turnos laborados por el actor desde el 7 de agosto de 2008, hasta el mes de julio de 2011, así como las horas reconocidas y pagadas de recargos ordinarios nocturnos, festivos diurnos y festivos nocturnos trabajados por el demandante, las cuales relacionó y no fueron controvertidas.

4.- De acuerdo con el anterior contexto normativo y probatorio, la Sala advierte que en el caso *sub examine* se acreditó que el demandante, cumplía turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, y cumplía un horario de 7:00 a.m. a 7 a.m. del día siguiente, lo que arroja en total 360 horas laboradas, teniendo en cuenta que labora 15 días por un lapso de 24 horas, cifra que excede el tope máximo legal de 190 horas mensuales. Razón por la cual, el señor Luis Alejandro Acuña laboró 170 horas adicionales a la jornada máxima legal. Este guarismo se obtiene al restarle a 360 horas las 190 de que trata el Decreto 1042 de 1978.

De tal manera, la Sala procede a ordenar el pago de los emolumentos pedidos en la demanda en los términos del Decreto 1042 de 1978, toda vez que se demostró que la jornada que laboró excedió la ordinaria de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, por lo que tiene derecho a que se le reconozca el pago de los recargos o los días compensatorios conforme se estableció en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de dicha disposición.

a) Horas extra diurnas:

Sobre este punto, la Subsección ordena el pago de 50 horas extras mensuales en los términos del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 y de acuerdo con la posición jurisprudencial de esta Sección según la cual, la liquidación de las horas extras debe realizarse con base en la jornada laboral de **190 horas mensuales**.

Se precisa que de las 170 horas laboradas, solo pueden cancelarse en dinero **50 horas extras al mes**, de conformidad con el límite establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978. Ahora las 120 horas restantes han de ser pagadas con tiempo compensatorio, a razón de un (1) día hábil por cada 8 horas de trabajo, de acuerdo con el literal (e) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, lo que equivale a 15 días de descanso.

No obstante, como en el proceso se demostró que por laborar mediante un sistema de turnos el actor disfrutaba de 15 días de descanso al mes, para la

Subsección es claro que las 120 horas restantes fueron compensadas debidamente por la entidad demandada.

De esta manera el demandante solo tiene derecho al reconocimiento de cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en cada mes y no al pago de los días compensatorios.

b) Recargos por trabajo nocturno.

Con respecto al recargo nocturno, conviene citar la fórmula establecida por esta Sección en la sentencia del 12 de febrero de 2015¹⁸ aplicable en el *sub examine* porque reconoció este concepto a empleados del orden distrital, como es el caso del actor:

« [...] En ese orden, hay lugar a ordenar el reajuste de los recargos nocturnos laborados por el actor, teniendo en cuenta que se debe emplear para el cálculo de los mismos, el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral en el sector público (190) y no la constante de 240, por lo tanto, la fórmula correcta que deberá emplear la administración para la liquidación de los recargos nocturnos es la siguiente:

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

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

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

De esta manera, los recargos nocturnos se liquidan con fundamento en dicha operación matemática y por las horas laboradas entre las 6:00 p.m. a las 6:00 a.m. de conformidad con el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, por tratarse de

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá, D.C. 12 de febrero de 2015. Expediente: 25000-23-25-000-2010-00725-01. Referencia 1046-2013. Actor: Omar Bedoya. Demandado: Distrito de Bogotá (Secretaria de Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.).

personal que trabaja mediante el sistema de turnos. De esta manera, se deberá pagar los recargos nocturnos al señor Luís Acuña Castro.

c) Recargos por trabajo dominical y festivo.

Con relación al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, la demandada reconoció el trabajo habitual en dominicales y festivos indicado en la norma¹⁹, sobre la asignación básica mensual; sin embargo, erróneamente tomó el cálculo sobre las doscientas cuarenta horas y no como ya se ilustró sobre las ciento noventa, interpretación que no beneficia al actor sino que por el contrario constituye un pago no ajustado a la ley, lo que a todas luces va en contra de sus garantías laborales.

Por lo anterior, la Sala procederá a ordenar el reajuste de los dominicales y festivos laborados por el actor teniendo en cuenta la aplicación de la fórmula con base en las ciento noventa horas.

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

El artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que 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 veinticuatro horas por cada veinticuatro horas de labor; por lo tanto, la Sala despachará desfavorable esa pretensión por comprobarse que ese beneficio ya fue otorgado.

e) Reliquidación de factores salariales y prestaciones sociales.

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.¹⁹

Sobre el particular, esta Sección se ha pronunciado en reiteradas ocasiones. Así, se ha reconocido la reliquidación de las cesantías con fundamento en el contenido del artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, que incluye como factor salarial para su liquidación, los pagos que se hagan por trabajo suplementario (horas extras) y por dominicales y festivos.

Por su parte, la reliquidación de los demás factores salariales solicitados en la demanda (primas de servicios, vacaciones y prima de navidad) no es procedente por cuanto las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, al tenor de lo previsto en el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978, y artículos 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978²⁰.

f) Descuentos sobre la condena y prescripción.

La Subsección aclara que la entidad al reliquidar todos estos emolumentos que se reconocen debe descontar lo que ya había pagado al señor LUIS ALEJANDRO ACUÑA CASTRO.

El pago debe realizarse desde el 8 de agosto de 2008 porque la petición se presentó ante la entidad el día 8 de agosto de 2011²¹, por lo que atendiendo el término de prescripción de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102, desde dicha fecha procede el reconocimiento.

Con fundamento en los anteriores razonamientos, la Sala, revocará la sentencia de primera instancia proferida el 6 de febrero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Condena en costas

Toda vez que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. 1 de julio de 2015. Radicación: 250002325000201100492 01. Número Interno: 1215-2014. Actor: Carlos Eduardo Vela Urrego. Demandado: Distrito Capital (Secretaría de Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.)

²¹ Folios 16 a 18

579
K33374
3cd
1cd

temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna procedió de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, 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

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 6 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar **SE DECLARA** la nulidad del Oficio con radicación 20113330400991 del 9 de noviembre de 2011, y la Resolución 021 de 2012, proferidos por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno de Bogotá, a través de los cuales, se dio respuesta a la reclamación laboral sobre la liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y reliquidación de factores salariales y prestaciones, presentada por el señor, LUÍS ALEJANDRO ACUÑA CASTRO.

SEGUNDO. CONDENAR al Distrito Capital – Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, a reconocer y pagar al señor LUÍS ALEJANDRO ACUÑA CASTRO el valor correspondiente a cincuenta (50) horas extras diurnas al mes, reajustar los valores de los recargos nocturnos ordinarios y el trabajo en dominicales y festivos, tomando como base las 190 horas mensuales de jornada máxima legal; deberá cancelar las diferencias que resulten a favor del demandante, entre lo pagado por el Distrito y lo que debió pagarse por tales conceptos como resultado del reajuste. Igualmente deberá reliquidar las cesantías. Todo esto a partir del 8 de agosto de 2008.

Las sumas resultantes de la condena a favor del demandante se actualizarán, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R= RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo 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.

TERCERO: NEGAR el reconocimiento y pago de los días de descanso compensatorios por encontrarse debidamente acreditado su pago y disfrute; con relación a la reliquidación de las primas de servicios, vacaciones y navidad, no se tendrán en cuenta por cuanto el trabajo suplementario no constituye factor salarial para su liquidación.

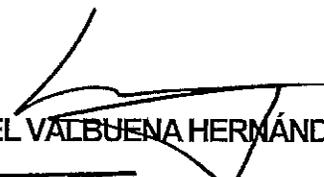
CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: 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