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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020).

Acción	:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente	:	25000-23-25-000-2012-01142-01 (4644-2016)
Demandante	:	**Pablo Alexánder Avella Avella**
Demandado	:	Distrito Capital - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá
Tema	:	Reconocimiento de horas extras, recargos y descansos compensatorios

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes actora y demandada contra la sentencia de 9 de noviembre de 2015, corregida con providencia de 17 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección F de la sección segunda), mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 37 a 68). El señor Pablo Alexánder Avella Avella, a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra el Distrito Capital - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (UAECOBB), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad del oficio 2011EE5655 de 13 de septiembre y Resolución 770 de 28 de noviembre, ambos de 2011, por medio de los cuales la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá le negó al actor la reclamación laboral formulada el 11 de agosto de ese año y confirmó dicha decisión, en su orden.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita condenar al demandado al pago de (i) «[…] *horas extras, recargos nocturnos, compensatorios, dominicales y festivos, reliquidación de factores salariales y prestacionales, incluyendo* […] *la prima de antigüedad, y demás emolumentos a que tiene derecho, desde el 11 de agosto de 2008, hasta cuando se produzca la sentencia que ponga fin a la presente litis o se haga efectivo el cumplimiento de la misma* […]», lo cual deberá ser debidamente indexado, y

(ii) intereses moratorios «[…] *desde la fecha en que se dejó de cancelar las sumas de dinero adeudadas* […]». Asimismo, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata el actor que «[…] *ingresó al Distrito el día 18 de septiembre de 2000, actualmente se encuentra vinculado a la UNIDAD ADMINISTRATIVA CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ D.C., a la fecha desempeña el cargo de BOMBERO*[,] *Código 475*[,] *Grado 15, con una asignación básica mensual de $1.200.488*».

Que «[…] *labora por el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso no remunerado y por ello debe trabajar habitualmente los días DOMINICALES Y FESTIVOS, según el turno asignado*», no obstante, dicha Unidad «[…] *no le ha concedido* […] *los días de descanso compensatorio por cada dominical y festivo laborado* […], *según disposición legal del artículo 39 del Decreto 1042 de 1.978. Tampoco le ha reconocido, liquidado y cancela*[do] […] *las horas extras, compensatorios, dominicales y festivos, reliquidación de factores salariales y prestacionales y demás emolumentos a que tiene derecho, parcialmente se han cancelado algunos recargos*».

Afirma que por lo anterior, el 11 de agosto de 2011 presentó, a través de apoderado, reclamación laboral ante la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá encaminada a obtener el reconocimiento de los referidos emolumentos, lo cual le fue negado con oficio 2011EE5655 de 13 de septiembre de 2011, decisión contra la que interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, despachados con Resolución 770 de 28 de noviembre siguiente, en el sentido de confirmarla.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos administrativos demandados el preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 25, 53 y 58 de la Constitución Política; 33, 34, 36, 37, 39, 40 y 42 del Decreto 1042 de 1978; y 45 y 46 del Decreto 1045 de 1978. Asimismo, los Decretos 388 de 1951 y 991 de 1974, y los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia (sin indicación específica de ellos).

Dice que con los actos acusados la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá da una «[…] *interpretación tergiversada de la Ley 322 de 1996 y de algunas sentencias de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que obedece más a los parámetros propios del Estado de Derecho superado en nuestro ordenamiento Constitucional hace ya casi 20 años, por la actual concepción de Estado Social de Derecho, consagrada en el*

artículo 1° de la Constitución Nacional, concepción ante la cual una de las obligaciones del Estado es garantizar la protección de los Derechos de los Ciudadanos, entre los cuáles [sic] *indudablemente* [están] *los Derechos de los trabajadores, se pretende al parecer justificar el no reconocimiento, liquidación y pago de los emolumentos reclamados como una lógica consecuencia del carácter permanente de la labor del bombero, que de ser así, haría innecesario el establecer una Jornada de Trabajo, un horario de trabajo y por lo tanto la reclamación que aquí se debate*».

Que «[e]*stablecer que la Jornada de Trabajo en la UAECOB es de 66 horas semanales, se constituye en una decisión que desconoce en forma cuestionable en un 50% aproximadamente la obligación de cancelar el trabajo suplementario a que* [...] *tiene derecho, ya que si la Jornada de Trabajo legalmente aplicable es la de 44 horas semanales, el aumento a 66 horas, significa un desconocimiento de 22 horas de trabajo suplementario* [...]».

Sostiene que «[n]*egar el pago de los Derechos Laborales legalmente reconocidos* [...], *acudiendo a interpretaciones erróneas, sin fundamentos constitucionales o legales o simplemente arbitrarias de la normatividad vigente, como a la que acude* [...] *la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos* [...] *en* [los actos acusados] [...] *conllevan a la violación* [...] *de las garantías constitucionales del DERECHO AL TRABAJO, consagradas en las normas superiores, muy particularmente en el preámbulo y en los artículos 1, 25, 53 y 58 de la Constitución Política, toda vez que en estas normas se reivindica el Derecho al Trabajo, como uno de los valores fundacionales del Estado Colombiano y el respeto de los derechos adquiridos como una manifestación expresa del Estado Social de Derecho, Principios y Derechos Fundamentales que han sido desconocidos por* [esa Unidad] [...], *al omitir sin justificación legalmente válida el reconocimiento, liquidación y pago oportuno al actor de las horas extras, recargos nocturnos, compensatorios, dominicales y festivos, reliquidación de factores salariales y prestacionales y demás emolumentos a que tiene derecho* [...], *desde el 11 de agosto de 2008* [...]».

1.5 Contestación de la demanda (ff. 80 a 119). El Distrito Capital - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (UAECOBB), a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; y en relación con los hechos arguye que algunos son ciertos, otros no y los demás no le constan.

Asevera que «[…] *no desconoce el derecho al reconocimiento de HORAS EXTRAS del personal de Bomberos* […], *sin embargo, la discrepancia jurídica surge en relación con la forma como el demandante pretende que se le liquide* [el trabajo suplementario] *y demás derechos laborales* […]». No obstante, advierte que si las pretensiones de la demanda prosperan, se le generaría un perjuicio al accionante, toda vez que «[…] *los valores que se han pagado a los empleados de la UAECOB* […]», por concepto de horas extras dominicales y festivos, «[…] *son mayores a los límites que dispone* […]» el acuerdo distrital 3 de 1999, esto es, superior al 50% de su remuneración básica mensual. Además, «[…] *se debe tener en cuenta para el cálculo que el reconocimiento de descansos compensatorios no es factor salarial, por lo tanto, no afecta las prestaciones económicas ordinarias y comunes*».

Que no resulta pertinente que para estudiar la situación laboral del actor se emplee la jornada máxima laboral de 44 horas semanales prevista en el Decreto 1042 de 1978, puesto que «[…] *existe una reglamentación de horario especial regulado por el Decreto 388 de 1951*», el cual no ha sido derogado ni modificado y debe prevalecer frente al primer Decreto citado, puesto que este es de carácter especial.

Aduce que «[…] *el personal operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por la naturaleza de sus funciones, no tiene límite en su jornada laboral* […]», por lo que cuando «[…] *existe una jornada "habitual", tal trabajo no es extra,* […] [lo que] *significa que las labores se deben desempeñar dentro de la normalidad de la prestación del servicio, que es ininterrumpido y se presta bajo la modalidad de disponibilidad, en consecuencia, una labor dominical y habitual extra, dentro de un servicio permanente no existe pues, su función no lo permite*». Adicionalmente, «[…] *comoquiera que la disponibilidad no se debe tener en cuenta como una prestación efectiva del trabajo, no se puede hablar de un trato inhumano y discriminatorio pues, de lo contrario, estaríamos hablando de un concepto inequívoco y contradictorio, pues en las estaciones de bomberos se cuenta con elementos tales como camarotes y sitios de esparcimiento hasta tanto no sea atendida una llamada de urgencia*».

1.6 Providencia apelada (ff. 257 a 299). El Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección F de la sección segunda), mediante sentencia de 9 de noviembre de 2015, corregida con providencia de 17 de marzo de 2016,, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, al considerar que «[…] *a falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los bomberos, regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se*

desprende del [...] *Decreto 1042 de 1978,* ***debiéndose remunerar el trabajo suplementario*** *para no lesionar derechos del empleado expuesto a dicha actividad como la justa remuneración de su labor por trabajar en jornadas que superan la ordinaria*».

Que «[...] *si el actor trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y si la jornada ordinaria es de 190* [...], *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 al mes****, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989*», pues las que excedieran dicho tope se deben pagar con «[...] *tiempo compensatorio a razón de un (1) día hábil por cada 8 horas de trabajo*», sin embargo, «[...] *teniendo en cuenta que la jornada desarrollada por el actor, por cada turno de 24 horas laboradas gozaba de un descanso de 24 horas lo cual equivale a un día de descanso compensatorio, con lo cual se satisface los 15 días de descanso al mes,* [...] *concluye la Sala que el tiempo extra que superó el tope legalmente permitido,* [...] *fue compensado*».

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

Que se «[...] *torna improcedente el reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, pues teniendo en cuenta el criterio del Honorable Consejo de Estado* [...], *los mismos fueron disfrutados por el actor dada la jornada especial que desempeñó al laborar 24 horas diarias y descansar 24; proceder* [a dicho] [...] *reconocimiento* [...] *implicaría otorgar unos descansos adicionales que exceden los autorizados por la ley* [...]».

Indica que no hay lugar al reconocimiento de reliquidación de las primas u otro concepto, 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* [...]», pero sí de las cesantías.

Que «[e]*l reconocimiento ordenado a favor del actor se hará a partir del 11 de agosto de 2008, como quiera que la petición la presentó el 11 de agosto de 2011, interrumpiendo la prescripción trienal del derecho, encontrándose afectados por la prescripción, los derechos causados con anterioridad a dicha*

fecha, conforme los arts. 41 del Decreto 3135 de 1968, [y] *102 del Decreto 1848 de 1969*».

Por lo anterior, ordenó al demandado pagarle al accionante, a partir del 11 de agosto de 2008, (i) «[…] *cincuenta horas (50) horas extras diurnas al mes* […], *con fundamento en los artículos 36 a 38 del Decreto 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 (190)*»; (ii) «[r]*eajustar los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos laborados,* […] *empleando para el cálculo de los mismos el factor de 190 horas mensuales, que corresponden a la jornada ordinaria laboral, y no de cálculo de los mismos el factor de 190 horas mensuales, que corresponden a la jornada ordinaria laboral, y no de 240, y pagar las diferencias que resulten* […] *entre lo pagado* […] *y lo que debió pagarse* […]»; y (iii) la reliquidación de «[…] *las cesantías* […], *con el valor que surja por concepto de las horas extras cuyo reconocimiento se ordena*».

1.7 Recursos de apelación:

1.7.1 Parte demandante (ff. 302 a 307). Sus inconformidades respecto de la decisión de primera instancia, radican en que (i) no se reconoció la totalidad de las horas extras realizadas desde el 11 de agosto de 2008, pues limitó su pago solamente a 50, pese a que laboró 170 horas adicionales a la máxima jornada ordinaria laboral (190), por lo que se debe ordenar la cancelación de las 120 restantes; (ii) se desconocen sus derechos laborales al no reconocer los descansos compensatorios deprecados; y (iii) pese a que se ordena la reliquidación de sus cesantías, también es procedente dicho reajuste frente a las demás prestaciones sociales.

1.7.2 Entidad demandada (ff. 310 a 314). Estima que no comparte la sentencia de primera instancia, por cuanto «[…] *según las pruebas obrantes y acreditadas en el proceso, es decir a la jornada laborada por el funcionario y los pagos realizados;* […] [dicho estudio] *no se realizó de tal manera en la sentencia, siendo tal situación ajustada al fallo de la sentencia de Unificación; y contrario a las consideraciones, en la parte resolutiva decide ordenar el pago de 50 horas extras diurnas y reajustar los recargos nocturnos, cuando lo que debía resolverse era* ***"Reliquidar"*** *lo ya cancelado, a los porcentajes establecidos en el decreto ley 1042 de 1978, es decir, para las* ***horas extra diurnas****, con el porcentaje de 25% y sobre la base de 190 horas y la reliquidación del trabajo dominical y festivo y las cesantías con la base de 190 horas* […]» (sic).

Que «[…] *el fallo* ***no puede desconocer*** *los pagos efectuados por la entidad en cada uno de los horarios, y al ordenar simplemente el pago en la parte resolutiva, está generando confusión, en la medida en que se entendería que aparte de lo cancelado al actor, es así que para la jornada extraordinaria diurna de pagarse el 25%, la entidad estaría cancelando el valor de la hora según la asignación básica mensual* ***(ya pagado)****, más el 35% del valor de la hora* ***(ya pagado)*** *como recargo y el 25% del valor del a hora* ***como extraordinaria****, pagándose entonces la hora, más un 60% de esta*».

II. TRÁMITE PROCESAL

Los recursos de apelación interpuestos por las partes fueron concedidos en audiencia de conciliación de 30 de septiembre de 2016 (f. 380) y admitidos por esta Corporación a través de auto de 14 de julio de 2017 (f. 389), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las otras partes por estado, en cumplimiento del artículo 212 del CCA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitidos los recursos de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 16 de abril de 2018 (f. 398), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, término aprovechado por las primeras para reiterar sus argumentos de apelación (ff. 400 a 403 y 404 a 406) y por el último de ellos.

2.1.1 Ministerio público (ff. 407 a 421). El procurador tercero delegado ante esta Corporación presentó concepto en el que solicita que la sentencia recurrida sea confirmada, habida cuenta de que «[…] *dada la exigencia en la permanencia del servicio,* […] *es razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una* ***jornada especial****, la cual* […] *debe ser regulada por el jefe del organismo mediante la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se vean sometidos a esa jornada máxima legal excepcional*».

Que, por lo tanto, «[…] *podrá ordenarse el reajuste de los dominicales y festivos laborados por el actor, para lo cual, la entidad deberá tener en cuenta los parámetros indicados por los artículos 33, 35, 36 y 36 del Decreto 1042 de 1978* […]», así como las demás determinaciones contenidas en la sentencia de primera instancia, las cuales se ajustan a los criterios establecidos por la jurisprudencia contencioso-administrativa.

III. CONSIDERACIONES.

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Cuestión previa. El señor consejero de Estado César Palomino Cortés profirió el auto de 25 de julio de 2012[1], como integrante del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección B de la sección segunda), motivo por el cual, por economía procesal, los restantes miembros de la Sala aceptan el impedimento que le asiste, con base en el artículo 160 del CCA, en armonía con el 141 (numeral 2) del Código de General del Proceso[2], y se le separa de su conocimiento, con el fin de garantizar la imparcialidad de la justicia.

3.3 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al demandante, en su condición de empleado del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, le asiste derecho al reconocimiento de horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos ordinarios y diurnos y nocturnos en días dominicales y festivos, liquidados con el número de horas laborales previstas para la generalidad de los empleados públicos, esto es, 44 horas semanales y 190 mensuales, con la consecuente afectación en la liquidación de los factores salariales y prestaciones sociales (incluidas las cesantías).

3.4 Marco normativo. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

3.4.1 De la transformación del Cuerpo Oficial de Bomberos en Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá. Sea lo primero precisar que a partir de la Ley 12 de 1948[3], se declaró la utilidad pública de los cuerpos de bomberos, por lo tanto, se dispuso dotar de los materiales necesarios para la extinción de incendios, la construcción de cuarteles y construcción de viviendas para bomberos, con recursos destinados en el presupuesto nacional.

---

[1] Remisorio por competencia para subsección de descongestión (f. 71).
[2] El Código de Procedimiento Civil fue derogado por la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), que para la jurisdicción contencioso administrativa comenzó a regir en enero de 2014.
[3] «*Por la cual se declaran de utilidad pública las instituciones denominadas Cuerpos de Bomberos y se dictan otras disposiciones*».

Posteriormente, Ley 322 de 1996[4] derogó la Ley 12 de 1948 y dispuso la creación del Sistema Nacional de Bomberos, en el que el Cuerpo Oficial de Bomberos es uno de los principales órganos que conforman dicho sistema[5].

Luego, el Gobierno nacional expidió la Ley 1575 de 2012, «*por medio de la cual se establece la ley general de bomberos de Colombia*», y derogó expresamente la Ley 322 de 1996.

Por su parte, el concejo de Bogotá expidió el acuerdo 257 de 30 de noviembre de 2006, «*por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, distrito capital, y se expiden otras disposiciones*», que, en su artículo 51, modificado por el artículo 29 del acuerdo distrital 546 de 2013, previó:

> Integración del Sector Gobierno, Seguridad y Convivencia. El Sector Gobierno, Seguridad y Convivencia está integrado por la Secretaría Distrital de Gobierno, cabeza del Sector, el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público - DADEP, el cual dará soporte técnico al sector, la unidad administrativa especial sin personería jurídica del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá y por las siguientes entidades adscritas [...]

A su vez, el parágrafo 1.° del artículo 52 del aludido acuerdo 257 de 2006[6] se refirió a las funciones y naturaleza jurídica del Cuerpo Oficial de Bomberos así:

> El Cuerpo Oficial de Bomberos estará organizado como una Unidad Administrativa Especial del orden Distrital del sector central, de carácter eminentemente técnico y especializado, sin personería jurídica, con autonomía administrativa y presupuestal y se denominará Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos; tendrá por objeto la prevención y atención de emergencias e incendios y las siguientes funciones básicas [...]

Seguidamente, el alcalde mayor de Bogotá expidió los Decretos distritales 540[7], 541[8] y 542[9] de 2006[10], a través de los cuales se suprimieron cargos de la

---

[4] «*Por la cual se crea el Sistema Nacional de Bomberos de Colombia y se dictan otras disposiciones*».
[5] Letra a) del artículo 6.
[6] Suprimido por el artículo 30 del acuerdo 546 de 2013, que dispuso «*Suprimir del artículo 52 del Acuerdo 257 de 2006, la función básica de prevención y atención de emergencias y por ende el literal b) ibídem, con excepción de las funciones asignadas a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá*».
[7] Modificado por los Decretos 646 de 2011 y 611 y 612 de 2014.
[8] Derogado por el Decreto 555 de 2011.
[9] Derogado por el Decreto 189 de 2008.
[10] Derogado por el Decreto 189 de 2008, el cual a su vez fue derogado por el Decreto 559 de 2011.

secretaría de gobierno distrital, entre los que se encontraban los correspondientes al Cuerpo Oficial de Bomberos[11], se determinó la estructura organizacional y funciones de la Unidad Administrativa Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (UAECOBB)[12], se estableció la planta de personal de la mencionada Unidad[13] y se dispuso que los titulares de los empleos que desempeñaban en el Cuerpo Oficial de Bomberos, serían incorporados en la planta de cargos de la Unidad Administrativa Especial, sin solución de continuidad, y conservando los derechos adquiridos[14].

Con base en lo anterior, se tiene que, a partir del 1.° de enero de 2007, el Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá dejó de ser parte de la estructura de la secretaría de gobierno de Bogotá y pasó a ser una Unidad Administrativa Especial, sin personería jurídica, con autonomía administrativa y presupuestal, es decir, que depende directamente de la administración central de Bogotá.

De igual modo, al transformarse el Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá en Unidad Administrativa Especial, se preceptuó que se debían respetar los derechos adquiridos de los empleados que estaban vinculados con anterioridad al 1.° de enero de 2007 y serían vinculados a la UAECOBB sin solución de continuidad.

3.4.2 Jornada máxima laboral del personal de bomberos que pertenecen a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos. Al respecto, se tiene que la Ley 6.ª de 1945[15], en su artículo 3, contempló el límite de la jornada laboral en 8 horas al día y 48 semanales[16]. Posteriormente, dicha jornada fue prevista en el artículo 33 del Decreto ley 1042 de 1978, que, en principio, rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional; no

---

[11] Artículo 1 del Decreto 540 de 2006, que ordenó: «*Suprímanse los siguientes cargos pertenecientes a la planta global de empleos de la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá:*
[...]
PARÁGRAFO: Los servidores públicos titulares de los cargos que por el presente se suprimen, serán incorporados sin solución de continuidad y conservarán los derechos consolidados y las garantías laborales protegidas por la Ley de conformidad con lo previsto por el parágrafo primero del Acuerdo 257 del 30 de noviembre de 2006, expedido por el Concejo Distrital».
[12] Ver Decreto 541 de 2006.
[13] Ver Decreto 542 de 2006.
[14] Parágrafo del artículo 1° del Decreto 542 de 2006, según el cual «[...] *Los servidores públicos titulares de los cargos que fueron suprimidos de la Dirección Cuerpo Oficial de Bomberos en la Secretaría de Gobierno, serán incorporados en los cargos creados en el presente Decreto, sin solución de continuidad y conservarán los derechos consolidados y las garantías laborales protegidas por la Ley de conformidad con lo previsto por el parágrafo primero, artículo 31 del Acuerdo 257 del 30 de noviembre de 2006, expedido por el Honorable Concejo Distrital*».
[15] «*Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo*».
[16] Dicha norma fue adicionada por la Ley 64 de 1946, que estableció que la jornada diurna está comprendida entre las 6:00 y las 18:00 horas, y la ordinaria nocturna entre las 18:00 y las 6:00 horas.

obstante, el artículo 2[17] de la Ley 27 de 1992 hizo extensivo a los servidores de las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas en la precitada norma, en los Decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987.

La extensión de la anterior normativa fue reiterada por el artículo 87, inciso segundo, de la Ley 443 de 1998, que previó:

> Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente Ley y las contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley.

Entre los empleados a que se refirió el artículo 3 de la precitada Ley 443 de 1998, están los que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del nivel departamental, distrital y municipal y sus entes descentralizados. De la misma manera, lo sostuvo este Cuerpo Colegiado[18], que, respecto de la aplicación del Decreto 1042 de 1978, dijo:

> [...] sobre el tema dirá la Sala que el régimen que gobierna en este aspecto a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien tal precepto en un comienzo rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional el artículo 2° de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas, no solamente en la norma precitada, sino en los Decretos Leyes 2044 y 3074 de 1978, y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987; tal normatividad fue reiterada igualmente por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998.

Cabe precisar que aunque la Ley 443 fue derogada por la 909 de 2004, con excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82, en relación con la ordenación de la jornada laboral, esta última normativa consagró en su artículo 22:

---

[17] «*Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles Nacional, Departamental, Distrital diferentes al Distrito Capital, Municipal y sus entes descentralizados, en las Asambleas Departamentales, en los Concejos Municipales y Distritales y en las Juntas Administradoras Locales, excepto las Unidades de Apoyo que requieran los diputados y Concejales*».

[18] Sentencia de 21 de noviembre de 2013, expediente: 25000232500020110011001 (0267-2013), C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

> 1. El ejercicio de las funciones de los empleos, cualquiera que sea la forma de vinculación con la administración, se desarrollará bajo las siguientes modalidades:
>
> a) Empleos de tiempo completo, como regla general;
> b) Empleos de medio tiempo o de tiempo parcial por excepción consultando las necesidades de cada entidad.
>
> 2. En las plantas de personal de los diferentes organismos y entidades a las que se aplica la presente ley se determinará qué empleos corresponden a tiempo completo, a tiempo parcial y cuáles a medio tiempo, de acuerdo con la jornada laboral establecida en el Decreto-ley 1042 de 1978 o en el que lo modifique o sustituya.

Se colige entonces que el régimen de jornada laboral regulado por el Decreto 1042 de 1978 también es aplicable a los empleados territoriales, que, en su artículo 33, preceptúa la jornada máxima de trabajo así:

> 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.

Conforme a lo anterior, las actividades que sean desarrolladas de manera discontinua, intermitente o de simple vigilancia se les podrá señalar una jornada de trabajo de 12 horas diarias y hasta de 66 horas a la semana. Pero, esta Sección, en sentencia de 12 de febrero de 2015[19], determinó que el límite máximo legal de 66 horas semanales solo fue previsto para las aludidas actividades, naturaleza de la cual no participa la bomberil, y, por lo tanto, su jornada laboral es de 44 horas semanales.

3.4.3 Horas extras y el límite dispuesto por el artículo 4.° del acuerdo 3 de 1999 del concejo de Bogotá. Las horas extras corresponden al trabajo que se

[19] Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, expediente 25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-13), C. P. Gerardo Arenas Monsalve, que reiteró y amplió el criterio jurisprudencial expuesto al decidir los procesos (i) 66001-23-31-000-2003-00041-01 (1022-06), de 17 de abril de 2008, C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; (ii) 66001-23-31-000-2003-00039-01 (9258-2005), de 2 de abril de 2009, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; (iii) 2003-00042-01 (1018-06), de 28 de enero de 2010, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero; (iv) 25000-23-25-000-2010-00725-01 (1046-2013) de 30 de agosto de 2012, C. P. Gerardo Arenas Monsalve; y (v) 25000-23-25-000-2010-00515-01 (1051-13), de 31 de octubre de 2013, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

presta en horas distintas al de la jornada ordinaria laboral y se encuentran reguladas en los artículos 36 y 37 del Decreto ley 1042 de 1978 así:

> Artículo 36.- De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes éste hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.
>
> El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:
>
> a) Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al nivel técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.
> b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.
> c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.
> d) En ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales.
> e) Si el tiempo laborado 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.
>
> Artículo 37.- De las horas extras nocturnas. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.
> Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual.
>
> Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

> En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior.

Empero, los empleados públicos del Distrito Capital, además de cumplir los requisitos para que proceda el pago de las horas extras, tal como lo consagran los artículos trascritos, deben colmar lo dispuesto en el inciso final del artículo 4 del acuerdo 3 de 1999 del concejo de Bogotá, modificado por el artículo 3 del acuerdo 9 de ese mismo año[20], el cual prescribe:

> Horas extras, dominicales y festivos: Para que se proceda al reconocimiento de descansos compensatorios o a la remuneración por horas extras trabajadas de conformidad con 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.

Con base en lo anterior, se infiere que los empleados públicos del Distrito Capital no pueden devengar por concepto de horas extras un valor superior al 50% de lo que perciban por asignación básica mensual.

3.4.4 Recargos nocturnos, dominicales y festivos y días compensatorios. Los recargos nocturnos se reconocen a aquellos empleados que cumplen su jornada laboral total o parcialmente en horas nocturnas, es decir, que en algunos casos se presenta una jornada mixta, de manera que causan el derecho a que se les reconozca el 35% adicional sobre la asignación mensual.

Sobre este tema, el artículo 35 del Decreto ley 1042 de 1978 dispuso:

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

[20] «*Por el cual se dictan algunas medidas en materia salarial para el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones*».

> Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo.

De acuerdo con esta norma, no cabe duda de que los bomberos que prestan sus servicios en la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos lo hacen en jornada mixta, toda vez que trabajan 24 horas continuas y consecutivas, esto es, desde las 7:00 de la mañana hasta las 7:00 de la mañana del día siguiente, durante jornada diurna y nocturna, con descanso intermedio de 24 horas[21].

Por su parte, respecto de los recargos dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto ley 1042 de 1978 establece:

> 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 involucrada 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.

Así las cosas, resulta evidente que el trabajo que se realiza en días previstos por la ley como de descanso obligatorio (dominicales y festivos), debe ser recompensado con una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, 200%, si es diurno, y 235%, en caso de ser nocturno, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.

3.5 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al

[21] Artículos 85, 102 y 134 del Decreto 388 de 1951 y 131 del Decreto 991 de 1974.

plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Certificación expedida por la subdirectora de gestión corporativa de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos (ff. 24 a 28 vuelto del cuaderno principal), en las que se constata que el demandante:

(i) Ingresó al Distrito Capital de Bogotá el 18 de septiembre de 2000 y a dicha Unidad el 1°. de enero de 2007;

(ii) Actualmente desempeña el cargo de bombero, código 475, grado 15;

(iii) Sus asignaciones básicas mensuales fueron las siguientes:

AÑO	PERÍODO	ASIGNACIÓN BÁSICA
2008	1°. de enero a 31 de diciembre de 2008	$1.036.206
2009	1°. de enero a 31 de diciembre de 2009	$1.119.828
2010	1°. de enero a 31 de diciembre de 2010	$1.153.871
2011	1°. de enero a 31 de octubre de 2011	$1.200.488
	1°. de noviembre a la fecha de expedición de la certificación (día 18 de los mismos mes y año)	$1.238.074

(iv) Labora «[...] *en turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, distribuidos en dos secciones de acuerdo a las necesidades y requerimiento para la prestación del servicio* [...]»;

(v) Causó recargos nocturnos y festivos diurnos y nocturnos, los cuales fueron liquidados en porcentajes del 35%, 200% y 235%, respectivamente, para los años de 2007 a 2015; y

(vi) Devengó por concepto de salario, además de los mencionados recargos, asignación básica, auxilio de alimentación, bonificaciones especial por recreación, por servicios prestados y productividad, cesantías, primas de antigüedad, navidad, vacaciones y semestral y salario de vacaciones.

b) Escrito de 11 de agosto de 2011 (ff. 3 y 4 vuelto), con el que el actor, a través de apoderado, solicitó de la demandada la liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y el consecuente reajuste de los factores salariales y prestacionales, incluidas sus cesantías, con

su respectiva indexación, a partir del 11 de agosto de 2008.

c) Oficio 2011EE5655 de 13 de septiembre de 2011 (ff. 7 a 9), por medio del cual se le negó al accionante la petición relacionada en la letra anterior, bajo el argumento de que, por una parte, «[...] ***la jornada ordinaria especial y excepcional de los Bomberos de la UAECOB, no está sujeta a trabajo suplementario o de horas extras y en consecuencia al pago de las mismas***»; y, por otra, al considerar que «[...] *reconoce y paga recargos y concede 24 horas de descanso compensatorio, en aplicación al principio de favorabilidad del operario, pues aplicar una jornada y liquidación diferente disminuiría notoriamente sus ingresos*», contra el cual interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación (ff. 11 a 15), desatados de manera desfavorable con Resolución 770 de 28 de noviembre de ese año (ff. 16 a 20 vuelto).

De las pruebas relacionadas en el acápite anterior, se infiere que el actor se vinculó a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos el 1°. de enero de 2007 y, en la actualidad, se desempeña como bombero, código 475, grado 15, condición en la que pidió de la demandada el reconocimiento de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y la consecuente reliquidación de los factores salariales y prestacionales, incluidas sus cesantías, por haber laborado más de las 44 horas semanales establecidas como jornada laboral para los empleados públicos territoriales, entre los cuales se encuentra él, lo cual le fue negado por la Administración.

En principio, resulta oportuno precisar que, en relación con la jornada laboral de los bomberos, la Sala evoca e insiste en el criterio expuesto, en sentencia de 12 de febrero de 2015[22], consistente en que la labor bomberil no implica actividades de naturaleza discontinua, intermitente o de simple vigilancia, sino de carácter continuo y permanente; y, por ende, el límite máximo legal de 66 horas semanales de jornada laboral, previsto en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, no le corresponde, sino el ordinario de 44, pues falta una regulación especial sobre la materia[23].

---

[22] Como se señaló en la referida providencia, «[...] *un régimen especial tendiente a excluir o disminuir los beneficios laborales mínimos correspondientes a la jornada ordinaria previstos en el Decreto 1042 de 1978, en detrimento del personal que desarrolla dicha función, no consultaría 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"*».

[23]Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 2 de abril de 2009, expediente 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, actor: José

En virtud de lo anterior, para decidir el asunto que ahora nos ocupa, se debe aplicar el Decreto 1042 de 1978, razón por la cual procede el reconocimiento del trabajo suplementario para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, es decir, dentro de los límites allí previstos y la remuneración determinada para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y festivos, cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno en dominicales y festivos.

Para fortalecer lo expuesto, la Sala[24] ha expresado, entre otras razones, que justifican la aplicación del referido Decreto 1042 de 1978, las siguientes: (i) la norma de carácter territorial (Decreto distrital 388 de 1951[25]) no contiene una regulación especial de la jornada laboral para los miembros de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, más allá de unos turnos de labor; (ii) con la expedición del Decreto 1042 de 1978, el reglamento de los bomberos antes citado quedó tácitamente derogado[26] al contrariar la jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 del referido Decreto, además que el límite máximo legal de 66 horas semanales solo fue previsto para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la que carece la de estos servidores; y (iii) la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y, como tal, tiene un límite del que no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de determinar el horario de trabajo al amparo de la aludida disposición.

Bajo esta tesitura, no puede aceptarse el argumento de la entidad, consistente en que con la expedición del Decreto distrital 388 de 1951 se reguló lo concerniente a la jornada laboral de los bomberos, pues debe aclararse que una cosa es fijar el sistema de turnos para la prestación del servicio y, otra diferente, la regulación de dicha jornada, reservada al legislador, por lo que es evidente que ante la ausencia de normativa especial debe acudirse a la general, que, se

---

Dadner Rangel Hoyos y otros, demandado: municipio de Pereira, en la que se indicó que «[...] *La Jurisprudencia de la Corporación ha señalado que por la labor que ejercen las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, no están sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial, que es la regulada por el ente empleador; y como en el sub lite, el ente demandado omitió expedir tal regulación, se debe entender que la jornada de trabajo aplicable a esos servidores es la correspondiente a 44 horas semanales fijada en el Decreto No. 1042 de 1978*».

[24] Ver entre otras sentencias de la subsección la proferida el 10 de noviembre de 2016, con ponencia del consejero de Estado César Palomino Cortés, expediente 25000-23-25-000-2010-000446-01(4573-13), actor: José Miguel Rozo Millán, demandado D. C. de Bogotá-secretaría de gobierno-UAECOBB.

[25] «*Por el cual se establece el Reglamento del Cuerpo de Bomberos*».

[26] Hay derogación tácita cuando las disposiciones de la ley que deroga no pueden conciliarse con las de la ley anterior, es decir, que van en contravía, tal como se desprende de la parte final del artículo 71 del Código Civil, el cual establece: «*La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial*».

insiste, es el Decreto 1042 de 1978, que para el caso específico dispone en su artículo 35 que «[...] *sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso*».

Tampoco estima la Sala que sea procedente tener en cuenta el parágrafo primero del artículo 131 del Decreto 991 de 1974[27], derogado por el artículo 156 del Decreto distrital 654 de 2011, como regulación especial sobre la materia, en atención a que consultada la norma, esta señala que las jornadas de trabajo allí previstas no se aplican, entre otros funcionarios, a los empleados del cuerpo de bomberos[28], además de estar la norma derogada.

Frente al acuerdo 3 de 8 de diciembre de 1999, proferido por el concejo distrital de Bogotá, de su lectura se concluye que este tampoco se ocupó de regular la jornada especial para el cuerpo de bomberos, y en relación con las horas extras de los funcionarios distritales que fijó un límite máximo del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario[29], no será considerado por la Sala, toda vez que por disposición del artículo 150, numeral 19, letra e, de la Constitución Política, el régimen salarial de los empleados públicos es de creación legal, competencia reservada exclusivamente al Congreso.

Y si bien, es cierto lo afirmado por el demandado, en el sentido de que el director de la UAECOBB, mediante Resolución 656 de 29 de diciembre de 2009, estableció a partir del 1.° de enero de 2010 una jornada máxima especial laboral de 66 horas semanales para los servidores públicos uniformados que allí prestan sus servicios, no se reguló específicamente la jornada laboral para los bomberos,

---

[27] «*Por el cual se expide el estatuto de personal para el Distrito Especial de Bogotá*».

[28] Sobre este aspecto, la sección, en la sentencia de 2 de abril de 2009 dictada dentro del expediente 9258-2005, ya referenciada, expuso que «[...] *el vacío normativo respecto a esta labor se suplirá con el Decreto 1042 de 1978 porque tratándose de empleados públicos es la Ley y no el convenio la que tiene la autoridad para fijar el régimen salarial de los empleados. Así mismo se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa al trabajador*».

[29] Artículo 4 (modificado por el 3 del acuerdo distrital 9 de 1999): «*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».

motivo por el cual tampoco aplica[30], máxime cuando contraría el Decreto 1042 de 1978.

Es decir, que ante la falta de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de bomberos de Bogotá, debe aplicarse el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que prevé que toda labor realizada en exceso de las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras, las cuales deben ser remuneradas en las condiciones previstas en los artículos 35 y siguientes de la referida norma, previa deducción de los días de descanso remunerado, vacancias, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador.

Ahora bien, el límite legal, de las 44 horas, determina el tope de horas semanales laboradas, que debe multiplicarse por 52 semanas, que son las que tiene el año, y dividir el resultado entre 12 meses, para obtener 190 horas al mes, motivo por el cual el parámetro que aplica la accionada, conforme a su sistema de liquidación de recargos, que según su parecer es adecuado y tiene como fundamento la norma básica de 8 horas diarias por 30 días al mes, bajo una supuesta jornada de 66 horas semanales, no es correcto, por lo que era procedente para la liquidación de las horas extras (trabajo adicional a la jornada laboral establecida), tener en cuenta dicha base (190 horas) para determinar el valor de la hora ordinaria.

Aunque en el proceso no obra autorización del desempeño de funciones en horas extras, conforme lo exige el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, se sobreentiende que al establecerse el sistema de turnos esta va implícita, máxime cuando la entidad accionada reconoce que ha pagado recargos ordinario nocturno, festivos diurno y nocturno, tal como lo dejó sentado en la certificación allegada dentro del presente asunto (ff. 24 a 28 vuelto).

Entonces el pago de los distintos recargos los efectuó la accionada con base en 240 horas mensuales y no en 190 para fijar el valor de la hora ordinaria, sin reconocer las horas extras, pues consideró que era más beneficioso para el empleado, puesto que en ningún caso se podía realizar un pago que excediera las 50 horas extras mensuales[31].

---

[30] Sentencia de 16 de septiembre de 2015, sección segunda, subsección A, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez (e), expediente 25000-23-25-000-2012-00421-01(2538-14), acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Juan Carlos Morea Albañil contra Bogotá, D. C.-Unidad Administrativa Especial Cuerpo oficial de Bomberos de Bogotá.

[31] De conformidad con el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, según el cual «*Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.*

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 Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos [...] de la que se desprende que trabajó en una jornada de 24 horas de labor por 24 horas de descanso (24 x 24), que incluye horas diurnas y nocturnas, alternando en una semana 4 días de trabajo y 3 de descanso y en la siguiente, 3 días de labor y 4 de descanso, por lo que en una semana laboraba 72 horas y en la otra 96, lo que arroja un promedio de 360 horas laboradas en el mes, superando de esta forma la jornada ordinaria legal de 44 horas semanales que equivalen a 190 horas mensuales[32].
>
> De lo anterior se tiene que si 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[33], es decir, tiempo extra, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero ***50 horas extras al mes***, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. Dicha norma establece que no se pagarán más de 50 horas extras al mes y que las horas extras laboradas que excedan el tope señalado, se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un (1) día hábil por cada 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, a 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 debidamente compensado al actor por la entidad demandada, con los 15 días de descanso que disfrutaba mensualmente.

[...]
d) En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales. Modificado por el Artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. El literal quedó así: "En ningún caso podrá pagarse más de 50 horas extras mensuales"».

[32] 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.

[33] Cantidad que resulta de la diferencia entre el número de horas laboradas (360) y el número de horas de la jornada ordinaria al mes (190).

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[34], 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.

Así las cosas, como en el presente asunto no existe medio probatorio que dé cuenta, de manera expresa y categórica, del número de horas extras laboradas por el demandante, sino que solo hay un documento[35] que tiene el registro de las secciones en que prestó los servicios (debe entenderse por sección los turnos en días pares e impares), de lo que se infiere que a él le correspondieron 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.

En ese orden de ideas, se colige que si el actor trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces laboró 170 horas adicionales a la jornada ordinaria, tiempo

[34] Lo anterior, teniendo en cuenta que el actor elevó la reclamación en sede administrativa el 27 de noviembre de 2009 (fls. 26 a 28), interrumpiendo de esta forma la prescripción prevista en el Decreto 102 del Decreto 1848 de 1969.
[35] Visible en los folios 24 a 28 vuelto y las planillas obrantes en cuaderno anexo en un total de 132 folios.

suplementario, del cual solo se pueden pagar en dinero 50 horas extras al mes, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto ley 10 de 1989[36], y las que superen dicho tope, esto es, 120, se pagan con tiempo compensatorio, en razón de un (1) día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo, es decir, 15 días de descanso al mes (120/8=15)[37], que se demostró el accionante ya había disfrutado, por lo que el tiempo extra que excedió el límite legal permitido, fue debidamente compensado con el turno de descanso de 24 horas, tal como lo determinó el *a quo*, por lo que no es de recibo el argumento esbozado por el demandante consistente en que se le deben cancelar en dinero la totalidad de las horas extras laboradas, en razón a que su pago, de ese modo, tiene su límite en la misma norma que le sirve de base para su reconocimiento, esto es, el aludido Decreto 1042.

Por otra parte, como al demandante se le cancelaron los recargos ordinario nocturno (35%), festivo diurno (200%) y festivo nocturno (235%), pero con una base de 240 horas mensuales (f. 24 vuelto), se debe modificar esta forma de realizar el cálculo y hacer la respectiva reliquidación con el denominador de 190 horas mensuales, como atrás se explicó, lo cual fue ordenado acertadamente en la sentencia de primera instancia.

De igual manera, 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.

Ahora bien, según el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978[38], además del pago

---

[36] «*Artículo 13. Para efectos del pago de horas extras, de dominicales y festivos o del reconocimiento del descanso compensatorio, los literales a. y d. del artículo 36 del Decreto-ley 1042 de 1978; y el literal a. del artículo 40 del mismo Decreto, quedarán así:*
a. El empleo deberá pertenecer al Nivel Operativo, hasta el grado 17 del Nivel Administrativo y hasta el grado 09 del Nivel Técnico.
b. En ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales».

[37] 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*».

[38] 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».

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 este pedimento y se desestima la inconformidad alegada por el accionante al respecto, por comprobarse que ese beneficio fue concedido.

En lo relacionado con la liquidación de cesantías, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en sus letras c) y d), dispone como factor salarial para tal efecto, los dominicales y feriados, y las horas extras, motivo por el cual, como se dispuso en el fallo apelado, se deberán tener en cuenta para su cálculo y pago.

Por el contrario, en cuanto al reajuste de los demás emolumentos, tales como bonificaciones, primas de antigüedad, servicios, vacaciones y navidad y vacaciones, no se tendrán en cuenta las horas extras y recargos, puesto que los artículos 45, 49 y 59 del Decreto 1042 de 1978 y 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978 no los prevén como factores salariales para su liquidación, razón por la que se ajusta a derecho la negativa adoptada en la decisión recurrida en ese aspecto.

En estos términos, la Sala estima que la fórmula utilizada por la entidad para el pago del trabajo suplementario, de los recargos ordinarios nocturnos y de los recargos festivos diurnos y nocturnos sobre una jornada ordinaria de más de 190 horas, es inadecuada pues, como se precisó anteriormente, la jornada máxima semanal es de 44 horas.

A manera de corolario, no le asiste razón a la entidad demandada cuando alega que existía norma especial que regulaba el horario de trabajo de los bomberos de la UAECOBB y que la liquidación que se realizaba era más favorable al actor, toda vez que, como quedó demostrado, no incluyó el reconocimiento de las horas extras laboradas.

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, se confirmará la sentencia de 9 de noviembre de 2015, corregida con providencia de 17 de marzo de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección F de la sección segunda) accedió de manera parcial a las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Ministerio

Público,

FALLA:

1°. Declárase fundado el impedimento que le asiste al consejero de Estado César Palomino Cortés, de conformidad con lo expuesto en la motiva.

2.° Confírmase la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2015, corregida con providencia de 17 de marzo de 2016, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (subsección F de la sección segunda), que accedió de manera parcial a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Pablo Alexánder Avella Avella contra el Distrito Capital - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, conforme la parte motiva.

3.° Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Impedido
CÉSAR PALOMINO CORTÉS