



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

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C. veintiocho (28) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Radicado No.	250002325000201201315 01.
No. Interno:	2987-2016.
Actora:	Clarena Montaña Becerra.
Demandado:	Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.
Trámite:	Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.
Asunto:	Reconocimiento de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos.
Decisión:	Confirmar la sentencia del A – quo.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 8 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, por medio de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por la señora Clarena Montaña Becerra en contra del Cuerpo Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

1. ANTECEDENTES²

1.1 La demanda y sus fundamentos.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³, la señora Clarena Montaña Becerra, por intermedio

¹ Del 20 de septiembre de 2019 informe visible a folio 398.

² Demanda visible a folios 40 a 71.

³ Ley 1437 de 2011, "(...) Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...)"

de apoderado judicial⁴, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Oficio 2011ER4738 de 13 de septiembre de 2011, por medio del cual el Director de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo de Bomberos de Bogotá, le negó la reliquidación y pago de las horas extras, los descansos compensatorios, los recargos nocturnos, y el reconocimiento de las diferencias que se causaron de algunas prestaciones sociales⁵.
- Resolución No. 764 de 28 de noviembre de 2011, a través de la cual el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, al resolver el recurso de reposición, confirmó en todas y cada una de sus partes el anterior acto administrativo.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la entidad demandada realizar la liquidación, reconocimiento y pago de todas las acreencias laborales correspondientes a las horas extras diurnas y nocturnas, en días ordinarios, dominicales y festivos, descansos compensatorios, recargos nocturnos en días ordinarios, dominicales y festivos, y la consecuente reliquidación de sus factores salariales percibidos, las primas, sueldo de vacaciones y las cesantías⁶ con la correspondiente indexación desde el momento de su causación hasta la fecha de su pago real de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo; y, que se dé cumplimiento a la ejecución de la Sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 *ibidem*.

⁴ El abogado Jorge Eliecer García Molina.

⁵ Primas de servicio, navidad, vacaciones, horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y demás factores salariales y prestacionales con la respectiva indexación.

⁶ Teniendo en cuenta los siguientes factores:

- 50 horas diurnas en días ordinarios, laborados en exceso de la jornada máxima legal para empleados públicos territoriales (44 horas semanales).
- 15 días de salario básico como tiempo compensatorio por cada mes laborado durante el aludido tiempo y proporcionalmente por los días que excedan de los meses de trabajo completos, por haber laborado 360 horas mensuales (15 turnos mensuales de 24 horas de trabajo).
- Descansos compensatorios por haber laborado de manera ordinaria domingos y festivos.
- Reliquidación recargos nocturnos del 35% en días ordinarios y los recargos diurnos y nocturnos del 200% y 235% a cifras reales.
- Reliquidación y pago de las diferencias generadas por la inclusión de los factores anteriores, en las primas de servicios, vacaciones, navidad, sueldo de vacaciones.
- Traslado correspondiente de la diferencia que incida en el auxilio de cesantías, al fondo al que se encontraba afiliado.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica de la demandante, así:

La señora Clarena Montaña Becerra se vinculó al Distrito Capital el 26 de enero del 2006 y desde el 1° de enero de 2007 a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., en el cargo de Bombero, Código 475, Grado 15.

Señalo que laboró por el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso no remunerado, debido a que el servicio prestado es un servicio público esencial de conformidad con lo dispuesto en la Ley 322 de 1996, sin recibir el pago de horas extras. En tal virtud, el 11 de agosto del 2011 solicitó el reconocimiento de las diferencias salariales por concepto de horas extras laboradas correspondientes, el cual fue negado por la entidad demandada, y una vez interpuesto el recurso en sede gubernativa la entidad confirmó la decisión quedando en firme.

El ente demandado, mediante los actos acusados, negó la solicitud anterior fundamentada en la interpretación de los artículos 33 a 35 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, por considerar que los turnos del personal uniformado del Cuerpo Oficial de Bomberos, de 24 horas de labor por 24 de descanso remunerado, incluían horas diurnas y nocturnas, correspondiendo a una jornada mixta por turnos que no generaba el reconocimiento y pago de horas extras, respecto a los compensatorios, sostuvo que son optativos y se remuneraban con el recargo y en el caso de los festivos, manifestó que fueron debidamente remunerados.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 25, 53 y 58; Decretos 388 de 1951; 991 de 1974; 1042 de 1978, artículos 33, 34, 36, 37, 39, 40 y 42; 1045 de 1978, artículos 45 y 46.

Como concepto de violación de las normas invocadas, la demandante consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, porque:

La realización de jornadas de trabajo de 24 horas de labor por 24 horas de descanso viola de manera flagrante la normativa internacional sobre las jornadas

de trabajo de 8 horas y 16 de descanso contenida en el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual Colombia es signatario y, por lo tanto, hace parte del bloque de constitucionalidad.

Argumentó que el descanso por turnos de 24 horas de labor debería ser de 48 horas y no de 24, para garantizar la reparación justa del tiempo de trabajo y un disfrute adecuado del tiempo libre. Sostiene que la jornada de 360 horas mensuales cuando los demás empleados públicos Distritales laboran máximo 190 horas al mes, constituye una diferencia que desconoce los derechos laborales de los bomberos, máxime si no se remunera el tiempo extra y el descanso compensatorio con la excusa de que es un servicio público esencial y los empleados deben laborar sin limitación de horario y sin pago de tiempo suplementario.

1.3 Contestación de la demanda⁷.

La Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C. -UAESCOBB, mediante apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la parte actora con fundamento en los siguientes argumentos:

Manifestó que el personal de bomberos, no tiene jornada de trabajo de forma similar a la de los empleados de dirección y confianza, pues cumplen una especialísima función en beneficio de la seguridad ciudadana que no puede ser suspendida ni sometida a jornada laboral, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento de las pretensiones invocadas, toda vez que la normatividad aplicable al Distrito en cuanto horarios de trabajo de los empleados del cuerpo de bomberos, no es el Decreto 1042 de 1978, sino la norma especial, es decir, el Decreto N°. 388 de 1951 y 991 de 1974.

Precisó que los descansos compensatorios no forman parte de los factores salariales para liquidar otra clase de acreencias laborales y esto obedece a su objetivo, que es, otorgar un día de descanso al trabajador por las labores prestadas en un día de descanso obligatorio, motivo por el cual, el reconocimiento del día compensatorio en dinero, es especialísimo y merece una aprobación previa a fin de poder cancelarlo con el valor de un día normal de labor, pues,

⁷ Visible a folios 97 a 117.

como lo establece la norma, la finalidad de éste es brindar un descanso por la jornada de trabajo.

Sostuvo que el Distrito Capital, si cuenta con una reglamentación de turnos para la prestación personal del servicio bomberil para los empleados del nivel operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos, la cual fue establecida por el Decreto 388 de 1951 que dispone que el tiempo de servicio de dicho personal será de 24 horas.

Resaltó que con posterioridad a la expedición de dicho decreto no se ha expedido norma de la misma naturaleza que lo haya modificado o derogado, bien sea tácita o expresamente, manteniendo así plena vigencia, ya que si bien el Alcalde de Bogotá mediante Decreto 991 de 1974 expidió el estatuto de personal para el Distrito y en el artículo 131 reglamentó la jornada laboral para los empleados distritales, expresamente excluyó a los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos al establecer que éstos no están sujetos a los horarios fijados en el artículo 131 del citado decreto.

Afirmó que si bien el Decreto 1042 de 1978, en su artículo 33 reguló la jornada de trabajo en el sector público, ello no implica que se desconozca lo establecido en el Decreto 388 de 1951, pues su objeto es distinto, así, sostuvo que el artículo 33 reguló la jornada de trabajo de los servidores públicos en general, por su parte el Decreto 388 de 1951 reguló el horario del personal de bomberos como una jornada especial en razón a la naturaleza de la función.

1.4 La sentencia apelada⁸.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, mediante sentencia de 8 de septiembre de 2015, declaró la nulidad de los actos demandados y condenó a la entidad demandada a liquidar el valor correspondiente a 50 horas diurnas desde el 11 de agosto de 2008 con fundamento en los artículos 36 a 38 del Decreto 1042 de 1978, con base en el factor que resulte de dividir la asignación básica sobre el número de horas mensuales de la jornada laboral (190); reajustar los recargos nocturnos, el trabajo dominical y festivos laborados desde el 11 de agosto de 2008, con fundamento en el citado cálculo; reliquidar las cesantías desde el 11 de agosto de 2008; y,

⁸ Folios 259 a 295.

dar aplicación a lo establecido el artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Consideró que no hay una norma en que se establezca la jornada laboral para la prestación del servicio de los Bomberos del Distrito Capital, razón por la cual ese vacío normativo da lugar a aplicar la jornada ordinaria de trabajo prevista en el Decreto 1042 de 1978.

La jornada laboral de esos empleados es de 44 horas semanales, 190 mensuales, motivo por el que las horas nocturnas tendrán un recargo del 35% y, en el caso en que se exceda el límite de hora semanal, habrá lugar al reconocimiento de horas extra (diurna – nocturna), si se trabajan dominicales y/o festivos en forma habitual, éstos se pagarán en forma equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada día dominical o festivo remunerado, sin el disfrute de un día de descanso compensatorio. Además, las horas extras y los dominicales y festivos, no podrán superar el 50% del salario devengado mensualmente por un empleado.

Adicionalmente, si bien el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, establece la prohibición de pagar más de 50 horas extras mensuales y el trabajador supera dicho tope, no puede entenderse que ello autoriza a la entidad demandada para no pagar las horas extras pagadas en exceso.

De conformidad con lo previsto en los artículos 59 del Decreto 10 de 1978, 17 y 33 del Decreto 1042 de 1975, dentro del listado de factores salariales contemplados para liquidar las primas de servicios, de vacaciones y de navidad, no se contemplan las horas extras, los dominicales y festivos, mientras que el artículo 45 *ibídem* si los enuncia para efectos de establecer el valor del auxilio de cesantías, razón por la cual solo es posible ordenar la reliquidación de esta prestación, en virtud del reconocimiento y pago de las horas extras diurnas laboradas y del reajuste de los dominicales y festivos que ha laborado el actor en forma permanente y ordinaria a partir del 1º de abril de 2008.

1.5 El recurso de apelación:

Los apoderados de las partes demandante y demandada interpusieron recurso de apelación parcial por los motivos que se exponen a continuación:

Parte demandante⁹.

Señaló que se reconsidere el no reconocimiento de los descansos compensatorios por la labor ejecutada los domingos y festivos, dado que ello desconoce el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política. No ordenar el reconocimiento de este emolumento, con el argumento de estar demostrado que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos es un contrasentido al anular el reconocimiento de los derechos mencionados.

Finalmente, pidió que el reconocimiento, liquidación y pago ordenado en la parte resolutive de la sentencia no esté sometido hasta el 20 de febrero de 2013, sino hasta cuando se dé cumplimiento a la sentencia.

Parte demandada.

La apoderada de la parte demandada interpuso el recurso de apelación con base en los siguientes argumentos¹⁰:

Manifestó que en la sentencia recurrida que accedió parcialmente a la pretensiones de la demandada, en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de horas extras a favor del accionante, se producen dudas frente a la forma como se debe liquidar la misma, lo cual, ha sido objeto de controversia en aplicación de otras sentencias emitidas en los mismos términos.

Al respecto, consideró que es necesario que se aclare y/o adicione en la providencia de segunda instancia, precisando ¿qué horas comprenden la jornada ordinaria diaria y cuales la jornada ordinaria nocturna, en aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978?, es decir dentro de las 44 horas semanales o 190 horas mensuales.

Lo anterior, en atención a que la entidad canceló al funcionario sobre los porcentajes desde las (8:00 am) hasta las (6:00 pm) el valor de la hora según asignación básica mensual; desde las (6:00 pm) hasta las (6:00 am) del otro día, un 35% adicional al valor de la hora.

⁹ Folios 301 a 309 del expediente.

¹⁰ Folios 310 a 312 del expediente.

Es decir, conforme al horario relacionado anteriormente y lo acreditado en el proceso, la funcionaria al trabajar en turnos de 24 horas por 24 horas de descanso laboró 180 horas al mes en horario diurno y 180 horas en horario nocturno; así las cosas, la entidad canceló a la funcionaria 180 horas con el valor de la hora de la asignación básica mensual y 180 horas con el valor de la asignación básica mensual más un 35%.

Por lo tanto, lo que debía resolverse en la sentencia era “reliquidar” lo ya cancelado, a los porcentajes establecidos en el Decreto 1042 de 1978, es decir, para las horas extras diurnas, con el porcentaje de 25% y sobre la base de 190 horas, la reliquidación del trabajo dominical y festivo, y las cesantías con la base de 190 horas.

Lo anterior deviene, en atención a que la Sala no puede desconocer los pagos efectuados por la entidad en cada uno de los horarios, y al ordenar simplemente pago en la parte resolutive, por lo cual genera confusión, en la medida que se entendería que aparte de lo cancelado por la entidad se debe cancelar aún más de lo que ya se canceló.

Por último, solicitó revocar o modificar la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2015, y en consecuencia ajustarla a la sentencia de unificación de Consejo de Estado del 12 de febrero de 2015, pronunciándose con claridad en relación sobre los porcentajes, los pagos que se realizó y lo esgrimido anteriormente.

1.6 Concepto del Ministerio Público¹¹.

La Procuradora Tercera rindió concepto en el cual solicitó que se modifique la sentencia de primera instancia en lo relativo al límite de la condena hasta el 20 de febrero de 2013 y se extienda hasta el cumplimiento de la sentencia.

Consideró que los parámetros que se tienen en cuenta para liquidar las horas, no se ajustan al Decreto 1042 de 1978, toda vez que para el cálculo del tiempo suplementario el Distrito de Bogotá se debió tener en cuenta la asignación básica mensual equivalente a 190 horas y no 240 horas, pues de lo contrario, se afecta el cálculo del valor del recargo en detrimento de la actora.

¹¹ Visible a folios 388 a 398 vto.

Por lo anterior, se debe ordenar el reajuste de los dominicales y festivos laborados por la actora según los parámetros indicados por los artículos 33, 35, 36 y 39 del Decreto 1042 de 1978.

Respecto al descanso compensatorio, quedó demostrado que fueron disfrutados y pagados a la actora, por cuanto, laboró en forma habitual y permanente domingos y festivos, por la jornada mixta acogida en el Decreto Distrital 388 de 1951, así, por cada turno de 24 horas laboradas disfrutó un día de descanso por 24 horas, lo que equivale a un día de descanso compensatorio, con lo cual satisface el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

Por otra parte, el reconocimiento del trabajo suplementario a que tiene derecho la actora se debe reajustar o reliquidar las cesantías de conformidad con lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; adicionalmente, no hay lugar a los demás factores y prestaciones sociales, tales como, prima de servicios, vacaciones y prima de navidad, por las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo de dominicales y festivos, pues estas no constituyen factor salarial.

Por último, en cuanto a la limitación de la condena al 20 de febrero de 2013 por la variación en el nivel de los cargos relacionados con la actividad bomberil, el Consejo de Estado en sentencia del 22 de febrero de 2018, dispuso que "(...) aunque la clasificación de los empleos del cuerpo oficial de bomberos ha variado con el paso de tiempo de acuerdo con la norma vigente «operativo» ([d]ecreto 1569 de 1998) a «asistencial» ([d]ecreto 785 de 2005) y de nuevo a «operativo» ([d]ecreto 256 de 2013) siempre ha sido equivalente el empleo y en él se han cumplido las mismas funciones." (...).

II. CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

Si la señora Clarena Montaña Becerra, tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, descansos compensatorios, y el reajuste de sus prestaciones con sujeción al Decreto 1042 de 1978, o en su defecto, de conformidad con lo establecido los Decretos 388 de 1951 y 991 de 1974, como lo sostiene la

entidad, por laborar en turnos de 24 horas de labor por 24 de descanso como Bombero del Distrito Capital de Bogotá.

Para el efecto, la Sala analizará: i) la jornada laboral de los empleados públicos territoriales; ii) la Jornada Laboral de los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá; y, iii) del caso en concreto.

i) De la jornada laboral de los empleados públicos territoriales.

De tiempo atrás, la Sección Segunda de esta corporación adoptó la tesis según la cual, la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial está gobernada por el Decreto 1042 de 1978¹².

Al respecto, se ha señalado que, aunque dicho decreto es aplicable a los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, sus efectos se extienden también a los del orden territorial por disposición del artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y del artículo 87 de la Ley 443 de 1998¹³.

Las aludidas normas hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan «el régimen de administración de personal» contenido no solamente en ellas, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

Ahora, con respecto al concepto de «régimen de administración de personal» a que se refieren el artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, la jurisprudencia de esta sección ha precisado que el mismo comprende el concepto de «**jornada de trabajo**»¹⁴.

¹² 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.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. sentencia del 1 de marzo de 2012. Radicación: 23001-23-31-000-2002-90526-01(0832-08). Actor: Hernán de Jesús Flórez González. Demandado: Municipio de Lorica (Córdoba)
Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 27 de agosto de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2003-00517-01(1381-10). Actor: José Lisandro Ibarra Garro. Demandado: Municipio de Itagüí (Antioquia).

¹⁴ 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.

En ese sentido, y como la jornada laboral está reglamentada en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, se ha definido, jurisprudencialmente¹⁵, 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 de la Ley 27 de 1992 ratificada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.¹⁶

Igualmente se ha determinado que a los empleados públicos del orden territorial tampoco los gobierna el artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 puesto que la Corte Constitucional en sentencia C-1063 de 2000¹⁷ declaró que esta se encuentra vigente solo para los trabajadores oficiales, y no reglamenta la jornada laboral de los empleados públicos, pues esta se rige por el Decreto 1042 de 1978.

En virtud de lo anterior se puede concluir que el Decreto 1042 de 1978 es la norma que rige la jornada de trabajo para los empleados públicos del orden territorial porque:

(i) El artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998 hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan «el régimen de administración de personal» contenido en ellas y en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

(ii) El concepto de «régimen de administración de personal» incluye el concepto de «jornada de trabajo» que reguló el Decreto 1042 de 1978 luego este se constituye en una adición del Decreto 2400 de 1968 y;

¹⁵ En la siguiente sentencia se definió un caso similar al aquí analizado. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. sentencia del 23 de febrero de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2001-03838-01(1863-08). Actor: Oscar Antonio Cárdenas Holguín. Demandado: Municipio de Itagüí.

¹⁶ 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. sentencia del 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).

¹⁷ A esta conclusión se llegó al analizar la mencionada sentencia por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. 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).

(iii) El artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 solo es aplicable a los trabajadores oficiales.

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

Definido entonces que el Decreto 1042 de 1978 es el que determina la jornada de trabajo de los empleados públicos del orden territorial, la Subsección se permite citar el artículo que rige la materia.

*“(...) ARTÍCULO 33. De la jornada de Trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, **corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales.** A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, **sin que en la semana excedan un límite de 66 horas***

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

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras [...]”¹⁸ » (Subraya de la Sala).

De acuerdo con la norma: (i) La jornada de trabajo para los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales con la excepción para los que cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, en cuyo caso la jornada es especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales; (ii) con base en dicha jornada debe fijarse el horario de trabajo y; (iii) se compensa la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras, salvo que exceda la jornada máxima semanal.

Es claro que la jornada de trabajo que se cumpla influye de manera directa en el salario que devenga el empleado, en tanto que la asignación puede variar si se labora tiempo suplementario, caso en el cual, se reconoce un pago adicional a la remuneración que de forma frecuente percibe el servidor público.

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

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

Radicado No. 250002325000201201315 01.

No. Interno: 2987-2016.

Actora: Clarena Montaña Becerra.

Demandado: Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

Pagos por trabajo complementario de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978			
Decreto 1042 de 1978	Jornada laboral	Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales)	Excepción y límites.
Artículo 34	Ordinaria nocturna. El horario que comprende es de 6 p.m. a 6 a.m.	35%	Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos.
Artículo 35	Jornada mixta. Se cumple por el sistema de turnos. Incluye horas diurnas y nocturnas. Por estas últimas se paga el recargo (nocturno, pero podrán compensarse con períodos de descanso).	35% o descanso compensatorio	Sin perjuicio de lo dispuesto para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos.
Artículo 36	Horas extra diurnas. Trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria. Debe ser autorizada por el jefe inmediato.	25% o descanso compensatorio.	No puede exceder de 50 horas mensuales. Si sobrepasa este límite se reconoce descanso compensatorio (un día de trabajo por cada 8 horas extras trabajadas). Conforme el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989, tienen derecho a este los empleados del nivel Operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 098 del nivel técnico.
Artículo 37	Horas extra nocturnas. Trabajo desarrollado por personal diurno (6 p.m. a 6 a.m.)	75% de la asignación mensual.	Igual que en el cuadro anterior referente al artículo 36.
Artículo 39	Trabajo ordinario domingos y festivos. Cuando se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos.	La remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.	

Con fundamento en lo anterior es dable afirmar que cuando el empleado público labore tiempo adicional a la jornada ordinaria de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, tiene derecho a que se le reconozca el pago de los recargos o los días compensatorios conforme se estableció en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de dicha disposición, según se especificó en el cuadro anterior.

ii) La Jornada Laboral de los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

La jurisprudencia de esta sección¹⁹ con relación a la jornada laboral del personal del cuerpo de bomberos, señalaba que los mismos contaban con disponibilidad permanente para atender eficiente y eficazmente sus funciones. En esa medida, denotó que estos servidores públicos se regían por las reglamentaciones expedidas por las entidades, lo que de entrada les negaba el derecho al pago de tiempo suplementario de trabajo, en tanto que: (i) No cumplían una jornada ordinaria de trabajo y; (ii) se consideraba que esta era mixta, especial y excepcional de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 de la Ley 6ª de 1945.

Este criterio varió desde el año 2008²⁰. La nueva posición jurisprudencial indicó que la jornada de trabajo excepcional cumplida por el personal bomberil no podía desconocer el derecho al reconocimiento del trabajo suplementario, puesto que ello vulneraba el principio de igualdad en relación con otros empleados que realizan funciones menos riesgosas.

Por tal razón, se determinó que en el acto administrativo que expida la entidad con el fin de fijar la jornada especial de trabajo para los bomberos debe: (i)

¹⁹ Sentencias de 4 de mayo de 1990, número interno 4420; sentencia de 9 de octubre de 1979, número interno 1765, confirmada por la Sala Plena de la Corporación mediante sentencia del 19 de octubre de 1982; sentencia de 3 de marzo de 2005. Sección Segunda.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación: 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06), Actor: José Arles Pulgarín Gálvez. Demandado: Municipio de Pereira. Esta posición fue reiterada en las siguientes sentencias:

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 2 de abril de 2009. Radicación: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05), Actor: José Dadner Rangel Hoyos y otros. Demandado: Municipio de Pereira.

Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 31 de octubre de 2013. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00515-01(1051-13). Actor: Asdrúbal Lozano Ballesteros. Demandado: Distrito Capital de Bogotá (Secretaría de Gobierno – Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.).

Señalar la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar la aludida jornada y; (ii) establecer el pago salarial bajo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978, es decir, la regulación de las jornadas mixtas y con garantía de la remuneración del trabajo suplementario, dentro de los límites previstos en el artículo 33.

Igualmente se definió que en caso de no existir tal régimen o que, existiendo, la misma no cumpliera con los parámetros fijados en el párrafo anterior, la situación de los servidores públicos de los cuerpos de bomberos debía regirse por la jornada ordinaria correspondiente a cuarenta y cuatro (44) horas semanales tal como lo dispone el Decreto 1042 de 1978. Ello, puesto que el régimen especial no puede ir en detrimento de las normas laborales generales y de los derechos irrenunciables de los trabajadores²¹.

Así pues, la entidad a la cual se encuentre vinculado el personal del cuerpo oficial de bomberos puede, mediante el respectivo acto administrativo, fijar la jornada especial de trabajo de estos. No obstante, esta debe ceñirse a los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 sobre jornada máxima laboral, regulación de las jornadas mixtas y salario del trabajo suplementario.

Si no existe tal reglamentación o si existiendo la misma no cumple con las condiciones expuestas, la situación de los servidores públicos de los cuerpos de bomberos debe regirse por el decreto mencionado. Lo anterior por cuanto el régimen especial no puede ir en detrimento de las normas laborales generales y de los derechos irrenunciables de los trabajadores.

iii) Del caso en concreto

La señora Clarena Montaña Becerra ingresó al Distrito el 26 de enero de 2006 y a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos en el cargo de Bombero, el 1º de enero de 2007.

²¹ Normas de este tipo van en contravía de principios constitucionales como la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53), y resultaría violatorio del artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, así como del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y políticos, artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador «...d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».

Según certificados laborales y planillas de liquidación de recargos nocturnos y festivos²², el Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, pagó desde el mes de agosto de 2008 el valor suplementario, el trabajo habitual de domingos y festivos diurno con el 100% y la remuneración ordinaria (para un total de 200%, recargo ordinario nocturno de 35%, recargo dominical y festivo nocturno de 235%.

De igual modo la Subdirectora de Gestión Corporativa de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos certificó que la demandante trabajó en jornada laboral de 24 horas de labor por 24 horas de descanso; así mismo los factores devengados por la actora²³.

Del reconocimiento de horas extras:

El *a quo* accedió al pago de este concepto a favor del demandante y sin exceder de 50 mensuales. El punto de partida para reconocerlas fue el mismo explicado en los párrafos anteriores, esto es, que laboró 360 horas mensuales por lo que sobrepasó el límite de 190 consagradas en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978. El límite de 50 lo estableció con fundamento en el artículo 36 literal d) de la misma norma²⁴.

Ello significa que, de las 170 horas laboradas, solo pueden cancelarse en dinero **50 horas extras al mes**, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.

Ahora, debe señalarse que las restantes 120 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.

En tal sentido, tiene derecho al reconocimiento de **cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en el mes**, tal y como se desprende de los turnos registrados

²² Cuaderno 2 del expediente

²³ Ver folios 24 a 27 del expediente.

²⁴ Visible a folio 40 del expediente.

en las planillas, a partir del 1 de agosto de 2008²⁵, conforme lo solicitó en las pretensiones de su demanda.

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 allegada correspondiente a las planillas de turnos laborados por la 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.

Sobre la reliquidación de los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos:

Advierte la Sala que la administración ha venido cancelando a la actora dicho trabajo teniendo en cuenta el porcentaje del 35% indicado en el Decreto 1042 de 1978, así como la asignación básica mensual, sin embargo, viene empleado para el cálculo del valor, un común denominador de 240 horas mensuales.

Al contestar la demanda, el Distrito de Bogotá informa que paga los recargos ordinarios nocturnos así:

Asignación Básica Mensual /240 x 35% x No. Horas laboradas

²⁵ Lo anterior, teniendo en cuenta que la actora elevó la reclamación en sede administrativa el 11 de agosto de 2011, con lo cual se interrumpió de esta forma la prescripción prevista en el Decreto 102 del Decreto 1848 de 1969.

Afirma la entidad que para dividir por 240 horas se ha tenido en cuenta el manual de liquidación de nómina del Distrito Capital en el cual el denominador es una constante de 240 y no un factor variable.

Al respecto, la Sala aclara que al tenor del artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, el recargo nocturno equivale a un 35% del valor de la hora ordinaria la cual se determina con sujeción a la asignación básica que corresponde a la jornada de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 ibídem, jornada que equivale a 190 horas mensuales y no 240.

Así las cosas, 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 de la actora, toda vez que reduce el valor del recargo, teniendo en cuenta que el mismo debe partir de la asignación básica mensual sobre una jornada de 190 horas mensuales.

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

Asignación Básica Mensual * 35% * Número horas laboradas con recargo 190

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

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

Respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del

Decreto 1042 de 1978, señala que la misma debe ser equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo, lo cual equivale a una sobre remuneración del 200% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

De las pruebas allegadas al proceso se desprende que la actora laboró dominicales y festivos en forma permanente por el sistema de turnos empleado por la entidad demandada en razón al servicio público de bomberos que presupone la habitualidad y permanencia.

Del mismo modo se desprende que la administración distrital pagó a la actora los recargos nocturnos, y el trabajo habitual en dominicales y festivos, en los porcentajes indicados en los artículos 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, sobre la asignación básica mensual, a razón de 35% por recargo nocturno, 200% por trabajo habitual en dominicales y festivos y 235% por recargo festivo nocturno, tal y como se desprende de las certificaciones de la Dirección de Gestión Humana de la Secretaría de Gobierno, y de la Subdirectora de Gestión Corporativa de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos.

Sin embargo, en la contestación de la demanda, la entidad demandada manifiesta que para dividir por 240 horas se ha tenido en cuenta el manual de liquidación de nómina del Distrito Capital, en el cual, el denominador 240 es una constante y no un factor variable.

En criterio de la Sala, dicho parámetro no se ajusta al Decreto 1042 de 1978, toda vez que para el cálculo del tiempo suplementario el Distrito de Bogotá debió tener en cuenta la asignación básica mensual sobre el número de horas de la jornada ordinaria mensual equivalente a 190 horas y no 240, al no ser así, se afectó el cálculo del valor del recargo en detrimento de la actora.

Por lo anterior, es procedente a ordenar 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 39 del Decreto 1042 de 1978, es decir el factor hora será calculado con base en la asignación básica mensual dividida por el número de horas de la jornada ordinaria mensual (190) y no 240.

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

Ciertamente al tenor del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 los empleados públicos que debido a la naturaleza de su trabajo deben laborar habitual o permanentemente los domingos y festivos tienen derecho, además de la remuneración allí prevista, al **disfrute de un día compensatorio**, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber laborado el mes completo.

En el presente asunto quedó demostrado que la actora laboró en forma habitual y permanente en domingos y festivos en razón a la jornada que debía atender según el Decreto Distrital 388 de 1951.

En la sentencia impugnada, el Tribunal negó el reconocimiento del descanso compensatorio por trabajo en dominicales y festivos.

La Sala confirmará la anterior decisión justamente porque en consideración a la jornada desarrollada por la actora, 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 el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que consagra el derecho a disfrutar un día de descanso compensatorio (cuya duración mínima debe ser de 24 horas) por trabajo habitual en domingos y festivos, es decir, en cuanto al descanso compensatorio, concluye la Sala que éste si fue consagrado en el sistema de turnos.

En este sentido, la Sala en sentencia de 2 de abril de 2009²⁶, expresó lo siguiente:

“Advierte la Sala que el descanso compensatorio surge del trabajo realizado en días que no son hábiles y como quedó demostrado en el plenario que los actores laboraban 24 horas, pero descansaba otras 24, no hay lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio”. (Subraya la Sala).

Así pues, en criterio de la Sala, las 24 horas de descanso por cada turno de 24 horas laboradas, otorgadas por la administración al actor, garantizaban plenamente su derecho fundamental al descanso, el cual sin lugar a dudas, resultaba necesario para permitirle “recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona”²⁷.

²⁶ Sentencia de 2 de abril de 2009. Sección Segunda. Subsección “ B”. C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05). Actor: JOSE DADNER RANGEL HOYOS Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA.

²⁷ Sentencia C-710 de 1996. Corte Constitucional.

La anterior situación, torna improcedente el reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, pues en criterio de la Sala, los mismos fueron disfrutados por el actor dada la jornada especial que desempeñó al laborar 24 horas diarias y descansar 24; proceder al reconocimiento de los compensatorios solicitados implicaría otorgar unos descansos adicionales que exceden los autorizados por la ley.

Reliquidación de factores salariales y prestaciones sociales:

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. En esa medida la orden del *a quo* de reliquidar las cesantías con la inclusión de los valores salariales a que condena es concordante con la posición jurisprudencial y el marco legal del decreto enunciado.

La Subsección no se pronunciará sobre la reliquidación de los demás factores salariales y el pago de los compensatorios, por cuanto no fueron reconocidos en el fallo ni tampoco fueron objeto de apelación.

De otro lado es necesario tener en cuenta que la clasificación de los empleos del cuerpo oficial de bomberos ha variado con el paso del tiempo de acuerdo con la norma vigente. Así, fueron agrupados como del nivel «operativo» en el artículo 3 del Decreto 1569 de 1998, luego como del «nivel asistencial» en el Decreto 785 de 2005 artículo 3 y, finalmente fueron clasificados como «Operativos» con el Decreto 256 de 2013.

No obstante, para la Sala la anterior clasificación solo ha radicado en la denominación del empleo, empero, no ha influido en el cambio de funciones de los servidores del cuerpo de bomberos, porque estos han prestado el servicio en iguales condiciones y con equivalentes funciones en vigencia de una u otra norma, por lo que atentaría contra sus derechos laborales variar la remuneración a que tienen derecho conforme el Decreto 1042 de 1978 solo por la clasificación del cargo.

En efecto, la modificación que se hizo del nivel «Operativo» al «Asistencial» solo fue formal pues son equivalentes ambos cargos, y las funciones siguieron siendo las mismas. Ahora, con la nueva agrupación de los empleos en «operativo» en nada cambió la labor bomberil puesto que únicamente permitió agrupar las distintas categorías de los empleos.

Por tal motivo, del contenido de los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978 se desprende que tiene derecho al reconocimiento de las horas extras y el descanso compensatorio el empleado público que acredite, entre otros requisitos, el de pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 9 del nivel técnico.

La clasificación de los empleos del cuerpo oficial de bomberos ha variado con el paso del tiempo de acuerdo con la norma vigente de «operativo» a «asistencial» y de nuevo a «operativo» no obstante, siempre se han referido al mismo empleo y no cambiaron las funciones.

Por esta razón, toda vez que estos empleados prestaron el servicio en iguales condiciones en vigencia de una u otra norma (Decretos 1569 de 1998, 785 de 2005, Ley 1575 de 2012 y Decreto 256 de 2013), negar la remuneración a que tienen derecho conforme el Decreto 1042 de 1978, atentaría contra sus derechos laborales irrenunciables.

Finalmente, la señora Clarena Montaña Becerra solicitó en el recurso de apelación modificar el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el cual el Tribunal Administrativo limitó la condena por concepto de horas extra diurnas, nocturnas, trabajo nocturno, dominical y festivo hasta el 20 de febrero de 2013, con fundamento en el Decreto 256 de 2013.

Señaló en el recurso que, el Tribunal Administrativo al limitar la condena hasta dicha fecha desconoció normas más favorables (artículo 21 del Decreto 785 de 2005 y 22 de la Ley 909 de 2004) y; obvió el régimen de transición fijado en el artículo 32 del Decreto 256 de 2013 de tres años.

Revisada la clasificación del empleo se evidencia que, en consonancia con el artículo 6 literal (b) del Decreto 256 de 2013 pertenece al nivel operativo en el grado de Suboficial. En esa medida y de acuerdo con los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978 cumplió con el requisito de pertenecer a un cargo del nivel operativo.

Así las cosas, no le asiste razón al *a quo* al negar el pago de las horas extras y los recargos suplementarios con posterioridad al 20 de febrero de 2013 por considerar que el demandante ocupaba un empleo clasificado como de nivel operativo, puesto que es precisamente tal calidad la que le otorga el derecho.

En otras palabras, la señora Clarena Montaña Becerra tiene derecho a que el pago de las horas extras y los recargos suplementarios ordenados en primera instancia se le paguen por todo el tiempo que ha ocupado un empleo en el Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá en el nivel operativo, conforme los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978, y no puede limitarse el mismo hasta el 20 de febrero de 2013.

Lo anterior toda vez que, aunque la clasificación de los empleos del cuerpo oficial de bomberos ha variado con el paso del tiempo de acuerdo con la norma vigente de «operativo» (Decreto 1569 de 1998) a «asistencial» (Decreto 785 de 2005) y de nuevo a «operativo» (Decreto 256 de 2013) siempre ha sido equivalente el empleo y en él se han cumplido las mismas funciones.

Además, el pago debe realizarse desde el 28 de marzo de 2008, tal cual lo dispuso la primera instancia, porque la petición fue presentada ante la entidad el 28 de marzo de 2011²⁸, 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.

Por lo expuesto se confirmará la sentencia del *a quo* con modificación, en lo referente a que la condena no se limitará hasta el 20 de febrero de 2013 y se pagará hasta el cumplimiento de este fallo si la señora Clarena Montaña Becerra continúa como miembro activo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, en

²⁸ Visible a folios 5 y 6 del expediente.

Proceso recibido en secretaría
Hoy 06 NOV 2019

Radicado No. 250002325000201201315 01.

No. Interno: 2987-2016.

Actora: Clarena Montaña Becerra.

Demandado: Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

caso de no ser así, se cancelará hasta el día en que se retiró del servicio.

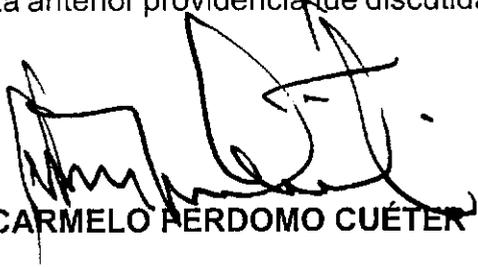
Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE con modificación la sentencia de 8 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, en el sentido de señalar que la condena impuesta en la sentencia no tendrá como límite el 20 de febrero de 2013 y se pagará hasta el cumplimiento de este fallo si la señora Clarena Montaña Becerra continúa como miembro activo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, en caso de no ser así, hasta el día en que se retiró del servicio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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


CARMELO PÁRDOMO CUÉTER


CESAR PÁEZ CORTÉS


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ