



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

MAGISTRADO PONENTE: DR. CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Referencia	:	25000-23-25-000-2012-01384-01
Número Interno	:	3683-2014
Demandante	:	Manuel Francisco Franco Peñaloza
Demandado	:	Distrito Capital – Secretaría de Gobierno– Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.
Acción	:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 De 1984
Tema	:	Jornada de trabajo, horas extras y descansos

compensatorios

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la parte demandada, contra la sentencia del 16 de junio de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección E, Sala de Descongestión, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por Manuel Francisco Franco Peñaloza contra el Distrito Capital, Secretaría de Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.

1. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

Manuel Francisco Franco Peñaloza en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó la nulidad del Oficio 2011EE5095 del 22 de agosto de 2011 y de la Resolución 697 del 3 de noviembre de 2011, actos administrativos suscritos por el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, a través de los cuales se da respuesta negativa a la reclamación administrativa presentada por el actor con relación al pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios,

así como la reliquidación de los factores salariales y prestacionales a los que tiene derecho; y resuelve los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada a liquidar y cancelar al actor, por el tiempo laborado desde el 14 de julio de 2008 en adelante, las horas extras laboradas en exceso respecto a la jornada máxima legal, los recargos nocturnos, compensatorios, dominicales y festivos, así como la reliquidación de factores salariales y prestacionales, incluyendo la prima de antigüedad. Igualmente, solicitó reconocer los intereses moratorios de conformidad con el artículo 177 del CCA y la indexación de la condena en los términos del artículo 178 *ibídem*.

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda (ff. 29 – 61), en síntesis son los siguientes:

El señor Manuel Francisco Franco Peñaloza se vinculó a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., desde el 20 de septiembre de 2002 y para la fecha de presentación de la demanda se encuentra vinculado a la misma desempeñando el cargo de Bombero Código 475 Grado 15. Sostiene que labora por el sistema de turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso remunerado, incluyendo dominicales y festivos.

Indicó que la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., aunque ha cancelado algunos recargos, no le ha reconocido al demandante los días de descanso compensatorio por dominicales y festivos laborados conforme a lo establecido en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, y tampoco las horas extras, la reliquidación de factores salariales y prestacionales a los que considera tener derecho.

Argumentó que el 14 de julio de 2011, reclamó ante la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., el reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, días compensatorios y la reliquidación de los factores salariales y prestaciones sociales con la correspondiente indexación.

Con oficio 2011EE5095 del 22 de agosto de 2011, el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., da respuesta negativa a la reclamación administrativa mencionada, bajo los siguientes argumentos: *“(...) atendiendo los criterios legales y jurisprudenciales vigentes y la especialidad e importancia de la labor desempeñada, no es viable atender sus peticiones favorablemente, pues, hecha la liquidación por ésta entidad y recalculada la nómina no se encuentra un resultado a favor.”*

Contra la anterior decisión el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, recurso de reposición que fue resuelto mediante la Resolución 697 del 3 de noviembre de 2011, que confirmó la decisión recurrida, negó el recurso de apelación y declaró agotada la vía gubernativa.

1.2. Normas violadas

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Los artículos 1, 2, 13, 25, 53 y 58 de la Constitución Política; Convenios Internacionales de Trabajo ratificados por Colombia; los artículos 33, 34, 36, 37, 39, 40 y 42 del Decreto 1042 de 1978; 45 y 46 del Decreto 1045 de 1978; el Decreto 388 de 1951 y el Decreto 991 de 1974.

Al explicar el concepto de violación, en síntesis manifestó que los actos administrativos demandados violan la normatividad que establece legal y constitucionalmente las garantías laborales, en su caso, al no reconocer y pagar oportunamente las horas extras, compensatorios y demás emolumentos a que tiene derecho el demandante en atención a la función permanente que ejerce como bombero.

Afirmó que la entidad demandada confunde el horario de trabajo con la jornada laboral, la cual es realizada por turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, desconociendo el Decreto 1042 de 1978 que establece una jornada laboral de 44 horas, bajo el argumento de la existencia de una reglamentación específica que consagra una jornada especial para los trabajadores de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. correspondiente a 66 horas semanales, desconociendo la obligación de reconocer el trabajo suplementario.

Indicó que la entidad demandada desconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo referente a las directrices legales en cuanto a horario de trabajo, contenidas en el Decreto Ley 1042 de 1978, al no existir regulación de la jornada especial para los bomberos.

Expuso que el Decreto 388 de 1951 no estableció una jornada de trabajo, puesto que únicamente fijó los turnos de 24 horas; así mismo expresó, que la Resolución 656 del 29 de diciembre de 2009, señaló la jornada de trabajo de 66 horas semanales sin tener soporte legal, contrariando lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978.

2. Contestación de la demanda

El Distrito Capital, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá (en adelante UAECOB), mediante apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos¹:

Manifestó que la UAECOB, ha reconocido los derechos laborales del actor tanto en salario como en prestaciones sociales. Aclara que si bien la entidad no liquida horas extras diurnas, nocturnas ni descansos compensatorios, como lo establece el Decreto 1042 de 1978, y conforme a la jornada de 44 horas semanales, reconoció y pagó los recargos ordinarios nocturnos y festivos diurnos y nocturnos, en cumplimiento a la normatividad especial que regula dicho aspecto la entidad, la cual es más favorable al demandante,

¹ Folios 91 - 114

como quiera que recibe ingresos económicos superiores a los que se solicita en la demanda.

Afirmó que el Distrito Capital cuenta con una reglamentación especial para el personal operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos, Decreto 388 de 1951, en el cual se estableció el sistema de turnos y la jornada mixta, que funciona mediante 24 horas de descanso por 24 horas de trabajo, en las cuales la labor no es continua sino de disponibilidad, contando con dormitorios, canchas de voleibol, gimnasio, sala de televisión, y garantizando de esta manera un ambiente sano y de esparcimiento.

Destacó que mediante el Decreto 991 de 1974 se expidió el estatuto de personal para el Distrito y en el artículo 131 que reglamentó la jornada laboral para los empleados distritales, expresamente excluyó a los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C. al establecer que estos no están sujetos a los horarios fijados en el artículo 131 del citado decreto.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la sentencia del 16 de junio de 2015², accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes razonamientos:

² folio. 237 – 267

Realizó un análisis normativo y jurisprudencial, respecto de la jornada laboral y el trabajo suplementario del personal de bomberos, concluyendo que el régimen aplicable es el contenido en el Decreto 1042 de 1978.

Sostuvo que aunque la jornada de trabajo del personal de Bomberos se encuentra regulada por el Decreto 388 de 1951, esta normativa no se pronuncia respecto de la jornada máxima laboral, vacío normativo que ha sido resuelto jurisprudencialmente, al señalar que se debe acudir al contenido de la norma general y, en ese sentido, el Consejo de Estado ha modificado su anterior postura, siendo garantista del derecho a la igualdad de quienes desempeñan la labor bomberil en las diferentes entidades territoriales, reconociendo el trabajo suplementario y demás acreencias reclamadas, siempre que el horario laboral exceda las 44 horas semanales previstas en la norma.

Señaló que en virtud de la expedición de la Ley 1575 de 2012, reglamentada por el Decreto 256 del 20 de febrero de 2013, los cargos de bomberos tanto de oficiales como de suboficiales corresponden al grado operativo, pues su función es misional dentro de la entidad y por consiguiente no tienen derecho ni a horas extras ni a recargos suplementarios a partir de la vigencia de la norma en cita.

Indicó que el actor logró demostrar que prestó sus servicios en turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, sin que se evidenciara dentro del proceso que se hubiere concedido el descanso compensatorio; igualmente

concluyó, que al actor le asiste el derecho al pago de horas extras y los recargos solicitados en la demanda.

En ese orden, dispuso declarar la nulidad de los actos acusados y condenar al Distrito Capital- Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., a liquidar las horas extras, compensatorios, festivos, dominicales y recargos que hubiere laborado el actor. Así mismo, ordenó reliquidar los factores salariales y prestacionales, causados por el demandante en los que tenga incidencia el trabajo suplementario reconocido, dentro del período comprendido entre el 2 de marzo de 2008 y el 1 de marzo de 2011.

4. Fundamento del recurso de apelación

4.1. Por la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C. – UAECOB

Mediante memorial visible a folios 270 a 280 reverso del expediente, la entidad demandada solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no solo se opone a los argumentos fácticos y jurídicos expuestos sino, porque de prosperar las pretensiones de la demanda se afectarían gravemente los intereses de los trabajadores de la entidad.

Argumentó que la prestación del servicio en el caso de los bomberos, de quienes se exige permanente disponibilidad, no permite la causación de

horas extras o el derecho a una remuneración adicional por concepto de trabajo suplementario, en cuanto no se encuentran sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, pero si a una jornada especial, regulada por el Decreto 388 de 1951 y aceptada desde el momento de su incorporación por el personal en un sistema de turnos 24 x 24.

Sostuvo que el Tribunal incurrió en un error al aplicar el régimen general previsto para los empleados del orden “territorial”, al personal vinculado a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, puesto que por la naturaleza del servicio, estos últimos no tienen horario y están sujetos a una jornada especial establecida a través del sistema de turnos, reglamentada mediante el Decreto 388 de 1951 y el parágrafo del artículo 131 del Decreto 991 de 1974.

Aseguró que el sistema de liquidación de recargos nocturnos es más favorable para el personal del Cuerpo Oficial de Bomberos, máxime cuando el sistema no tiene límite de horas a cancelar cada mes, lo que hace que todos esos pagos sean base para las prestaciones sociales y pago a la seguridad social, mientras los compensatorios generados por horas extras no.

4.2. Por la parte demandante

La parte demandante, a través de apoderado judicial, presentó recurso de apelación, en el cual solicita que se modifique la decisión tomada respecto de negar las demás pretensiones de la demanda, para en su lugar, ordenar el

pago de la totalidad de las 170 horas extras mensuales laboradas por el demandante desde el 14 de julio de 2008, puesto que no es válido aplicar una limitante que reduzca el monto del pago de los dineros y/o compensatorios que se le adeudan; así como lo referente al pago del descanso compensatorio por el trabajo habitual en domingos y festivos laborados.

*Afirmó que hubo un “desconocimiento injustificado del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia y una violación flagrante del derecho a la igualdad frente a los servidores públicos que laboran en la jornada ordinaria de 44 horas semanales; como también al principio constitucional de la primacía del derecho sustancial sobre lo formal, y lo establecido en los artículos 33, 36 y 39 entre otros del Decreto 1042 de 1978, con lo decidido en el numeral CUARTO, del RESUELVE, folio 266 del expediente, en el sentido de **“NEGAR las demás pretensiones de la demanda,** de conformidad con lo expuesto en el cuerpo del presente del fallo”.*

Sostuvo que el Tribunal incurrió en un error al aplicar el régimen general previsto para los empleados del orden territorial, al personal vinculado a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, puesto que por la naturaleza del servicio, estos últimos no tienen horario y están sujetos a una jornada especial establecida a través del sistema de turnos, reglamentada mediante el Decreto 388 de 1951 y el parágrafo del artículo 131 del Decreto 991 de 1074.

Señaló que el sistema de liquidación de recargos nocturnos es más favorable para el personal del Cuerpo Oficial de Bomberos, máxime cuando el sistema

de recargos no tiene límite de horas a cancelar cada mes, lo que hace que todos esos pagos sean base para las prestaciones sociales y pago a la seguridad social, mientras los compensatorios generados por horas extras no.

Manifestó que el no reconocimiento del descanso compensatorio por parte de la entidad demandada, se constituye en un desconocimiento injustificado del principio de favorabilidad y una violación del derecho a la igualdad respecto de los servidores públicos que eventualmente laboren en días dominicales y festivos o cualquier otro funcionario que si tuviese el derecho a los descansos compensatorio por la labor que ejecuten los dominicales y festivos.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 5 de diciembre de 2017³ se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión y concepto, quienes se pronunciaron en los siguientes términos:

5.1. Por la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C. – UAECOB

³ Folio 324

Precisó que la UAECOB no desconoce el derecho al reconocimiento de horas extras al personal de bomberos, el cual solo se evidenció a partir del cambio de jurisprudencia de esta Corporación adoptado mediante sentencia del 17 de abril de 2008, ratificado mediante sentencia del 2 de abril de 2009. La discrepancia radica en la forma como se deben liquidar las horas extras y demás derechos laborales, y en virtud del principio de favorabilidad, resulta más beneficioso para el trabajador el reconocimiento de horas extras o el sistema de pago de recargos que se maneja en el Distrito Capital.

Sostuvo que los descansos compensatorios no forman parte de los factores salariales para liquidar otra clase acreencias laborales, y ello obedece a su objetivo, que se trata de otorgar un día de descanso al trabajador por las labores prestadas en un día de descanso obligatorio, por lo que el compensatorio en dinero es especialísimo y merece una aprobación previa a fin de poderlo cancelar con el valor de un día normal, pues se da en una jornada hábil de trabajo y tiene su reconocimiento económico por el valor de un día trabajado.

5.2. Por la parte demandante

Insistió en los argumentos planteados en el trámite de primera instancia y en el recurso de apelación, señalando que el decreto 388 de 1951 no establece una jornada de trabajo semanal para los bomberos y por ende dicha jornada máxima legal es la prevista en el Decreto 1042 de 1978.

Resaltó que el hecho de que la entidad haya pagado recargos nocturnos y festivos diurnos y nocturnos, no excluye la obligación del reconocimiento de horas extras y compensatorios, puesto que los mismos no son incompatibles.

Manifestó que la parte demandada se *“limita a repetir fundamentalmente lo consignado en la contestación de la demanda y que hacen que en sentido material no exista como tal recurso de apelación de parte de la entidad demandada”*.

Afirmó que la jornada de trabajo aplicable a los bomberos no puede ser otro que el máximo legal establecido en el Decreto 1042 de 1978, lo anterior porque no existe en el Decreto 388 de 1951 una jornada de trabajo semanal.

Por otro lado, sostuvo que el hecho de que la entidad demandada haya pagado los recargos ordinario nocturno correspondientes a un 35%, el recargo festivo diurno en un 200% y un recargo festivo nocturno en un 235%, no significa que se hayan reconocidos al actor las horas extras, compensatorios, dominicales y festivos y menos que se hayan efectuado las reliquidaciones objeto de dicha reclamación. Lo anterior porque el reconocimiento, liquidación y pago de las horas extras, compensatorios, dominicales y festivos no son incompatibles con el reconocimiento, liquidación y pago de *“los recargos ordinarios nocturnos, festivos diurnos y festivos nocturnos”* que ha pagado la entidad demandada.

6. Concepto del Agente del Ministerio Público

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, mediante concepto No. 64 - 2017 del 23 de febrero de 2017, en escrito visible a folios 341 a 353 del expediente, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, se consideró que ante la falta de existencia de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, debía aplicarse el artículo 33 del decreto 1042 de 1978, que implica 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 el artículo 35 *ibídem* deduciendo para dicho efecto los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador. Entonces la jornada laboral para esta clase de labor, debía suplirse con lo establecido en el Decreto 1042 de 1978.

Aseveró 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 con base en la asignación básica mensual dividida por el número de horas de la jornada ordinaria mensual (190) y no 240, tal como fue señalado en la sentencia de primera instancia recurrida. Así como, como se deberá reconocer cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en el mes.”

Con relación al reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, manifestó que el actor laboró en forma habitual y

permanente en domingos y festivos en razón a la jornada mixta acogida por la función que cumplía y en acatamiento a lo establecido en el Decreto Distrital 388 de 1951, por lo que por cada turno de 24 horas laboradas gozaba de un descanso de 24 horas, con lo cual se atiende el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, de ahí que el actor recibió el respectivo descanso compensatorio remunerado. Lo anterior tiene incidencia en las cesantías liquidadas al actor, lo que conlleva al reajuste o reliquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 45 *ibídem*.

Manifiesta que no hay lugar a la reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, tales como la prima de servicios, vacaciones y prima de navidad, por 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 en concordancia con lo establecido en el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo⁴, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2.2. El problema jurídico

En los términos de los recursos de apelación interpuestos, corresponde a la Sala establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, descansos compensatorios, reliquidación de recargos nocturnos y trabajo en dominicales y festivos y, la reliquidación de las prestaciones sociales con sujeción al Decreto 1042 de 1978, por trabajar turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso como Bombero, Código 475 Grado 15 de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.

2.4. Análisis de la Sala

Para resolver este asunto, la Sala deberá precisar cuál es el régimen que gobierna la jornada laboral de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, D.C.

2.4.1. Marco jurídico y jurisprudencial⁵

⁴ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.

2.4.1.1. Del régimen sobre la jornada laboral de los empleados públicos territoriales.

De acuerdo con la tesis adoptada por la Sección⁵, el régimen que gobierna la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial es el contenido en el Decreto 1042 de 1978; conclusión que se deriva de la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992, que no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa sino también el régimen de administración de personal el cuál comprende, dentro de una interpretación amplia, el concepto de jornada de trabajo tal como lo ha definido reiteradamente esta Corporación.

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

⁵ La Sala en esta oportunidad, para efectos metodológicos, previo a resolver el caso concreto, retoma el marco jurídico y jurisprudencial del cual ya se había ocupado la Sección Segunda en la sentencia de 30 de agosto de 2012. Radicación número: 05001-23-31-000-1999-03941-01 (0739-10). Actor: CARLOS MARIO PINO MUNERA. Demandado: MUNICIPIO DE COPACABANA – ANTIOQUIA. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, reiterado y ampliado en la sentencia de 12 de febrero de 2015, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda, radicado No. 2010-00725-01 (1046-2013) por el mismo ponente.

⁶ Sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de dos mil seis (2006). Exp. No. 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

El régimen que gobierna a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 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 él, sino en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1978, y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987. La extensión de la anterior normativa fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el artículo 3° de esta misma ley y posteriormente por la Ley 909 de 2004.

De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales. La mencionada disposición también prevé la existencia de una jornada especial de doce (12) horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

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

La regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales⁷ y, por excepción, la Ley 909 de 2004⁸ creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

La jornada laboral se encuentra íntimamente ligada al salario, el cual puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en que se deben ejercer; dentro de dichas variables se encuentra por ejemplo el trabajo nocturno comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m, que tiene una sobre remuneración del 35%, o el trabajo suplementario por dominicales y festivos, así como el ordinario o habitual y, el ocasional, que tiene una regulación específica.

Recargo Nocturno

El artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 establece que, las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo laborado durante éstas últimas se remunerará con recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso.

Trabajo ordinario en días dominicales y festivos

⁷ Decreto 1042 de 1978, artículo 33.

⁸ Artículo 22.

El artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, y la forma en que se debe remunerar.

El trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual.

Se establece igualmente, el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

Jornada Extraordinaria

Está regulada en los artículos 36, 37 y 38 del Decreto Ley 1042 de 1978 y en las normas que anualmente establecen las escalas de asignación básica mensual para los empleados públicos. Entendiéndose como tal, la jornada que excede a la ordinaria. Se presenta cuando por razones especiales del servicio es necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, en cuyo caso, el jefe del respectivo organismo o las

personas en quienes esté delegada la función, autorizan el descanso compensatorio o el pago de horas extras. Para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos:

i) Que el empleado pertenezca a los niveles técnico y asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente.

ii) Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita.

iii) Su remuneración se hará: con un recargo del 25% si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas.

iv) No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales.

v) Las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras trabajadas.

vi) Si el empleado se encuentra en comisión de servicios, y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago.

vii) Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.

2.4.1.2. De la jornada laboral de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, D.C.

En relación con el marco jurídico que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación regula el régimen aplicable a la jornada laboral de los servidores de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo de Bomberos de Bogotá, D.C., el suscrito magistrado ponente de esta decisión, aclara, que si bien la postura manifestada en sentencias proferidas en su condición de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se aparta de la tesis planteada por la Sección, en cuanto que los casos fueron definidos bajo la consideración de que la jornada laboral que opera en la entidad es el sistema de turnos - jornada mixta prevista en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, en el estudio del caso concreto, en aras de la seguridad jurídica y de la aplicación del principio de igualdad, acoge en su integridad el precedente de la Sala de Sección fijado en sentencia de doce (12) de febrero de dos mil quince (2015)⁹, a partir del cual, se desarrolla la siguiente argumentación:

Con la expedición del Acuerdo Distrital 257 de 2006 la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, D.C., se estableció como una Unidad Administrativa Especial del orden distrital, del sector central, sin personería jurídica.

⁹ Expediente 25000-23-25-000-2010-00725-01 Radicado Interno 1046 – 2013.

En desarrollo del parágrafo 1 del artículo 52 del referido acuerdo, el Alcalde Mayor de Bogotá, a través del Decreto 541 de 29 de diciembre de 2006, determinó el objeto, la estructura organizacional y las funciones de la referida Unidad, cuyo objeto es dirigir, coordinar y atender en forma oportuna las distintas emergencias relacionadas con incendios, explosiones y calamidades conexas. Por otra parte, mediante Decreto 542 de 29 de diciembre de 2006 estableció la planta global, de conformidad con las necesidades del servicio, los planes, programas y proyectos, la naturaleza de las funciones, los niveles de responsabilidad y el perfil de los cargos, la cual fue modificada mediante Decretos 105 de 14 de marzo de 2007 y 189 de 18 de junio de 2008.

Como lo ha reiterado la Sala, es claro que quienes prestan sus servicios en la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo de Bomberos del Distrito Bogotá son servidores públicos, razón por la cual, al tenor del literal e) numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, su régimen salarial y prestacional es de creación legal.

Sobre la jornada laboral de los bomberos, la Sección Segunda¹⁰ venía sosteniendo que dichos servidores públicos estaban obligados a una disponibilidad permanente para atender eficiente y eficazmente el servicio público asignado, por lo cual, quien ingresaba a la administración pública en esta clase de labor, se entendía que aceptaba las reglamentaciones que sobre el particular tuvieran las entidades, de manera que no existía la posibilidad de reclamar el pago de tiempo suplementario de trabajo como

¹⁰ Sentencias de 4 de mayo de 1990. N.I. 4420, C. P: Dr. Alvaro Lecompte Luna; sentencia de 9 de octubre de 1979, N.I. 1765, C.P: Dr. Ignacio Reyes Posada, confirmada por la Sala Plena de la Corporación mediante sentencia del 19 de octubre de 1982, Consejero Ponente: Dr. Jorge Dangond Flórez; sentencia de 3 de marzo de 2005. Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla.

horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos o compensatorios, porque dicho personal no estaba sujeto a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial regulada por el ente empleador. En consecuencia, se consideraba que la jornada de veinticuatro (24) horas desarrollada por los servidores del cuerpo de bomberos, se ajustaba a las previsiones de la Ley 6 de 1945 en su artículo 3, parágrafo 1, ya que era una jornada de trabajo máxima, especial y excepcional, que comprendía un lapso de trabajo diurno y otro nocturno y con fundamento en ello no resultaba procedente el reconocimiento del trabajo suplementario.

En sentencia de 17 de abril de 2008¹¹, la Sección Segunda - Subsección A introdujo un cambio en la anterior postura jurisprudencial para señalar que, si bien el trabajo desarrollado por el personal de bomberos cuya jornada es excepcional por la actividad ejercida puede ser regulado en 24 horas diarias, tal situación debía generar el reconocimiento del trabajo suplementario, pues de lo contrario, la situación de tales servidores resultaría inequitativa y desigual respecto de otros empleados que realizan funciones que son menos riesgosas. Así las cosas, se consideró que ante la falta de existencia de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, debía aplicarse el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que implica 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 el artículo 35 y siguientes del referido decreto, deduciendo para dicho efecto los días de

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06), Actor: JOSE ARLES PULGARIN GALVEZ, Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA.

descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador.

En este orden, se concluyó que el vacío normativo respecto a la jornada laboral para esta clase de labor debía suplirse con el Decreto 1042 de 1978. La Sala reiteró esta tesis en sentencia de 2 de abril de 2009¹² y en sentencia de 31 de octubre de 2013¹³, en la que señaló:

“Como la actividad del Cuerpo de Bomberos Distrital es de carácter permanente y se presta de forma continua e ininterrumpida, la Unidad Administrativa estableció como jornada de trabajo un sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado, teniendo en cuenta la jornada ordinaria que incluye horas diurnas y nocturnas, dominicales y festivos de manera continua, es decir que en una semana se trabajan 3 días y descansan 4 y la siguiente semana viceversa.

Este tipo de jornadas llamadas mixtas se encuentran reguladas en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 de la siguiente manera:

“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.”.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B” Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO , ARDILA, sentencia del 2 de abril de 2009, Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05), Actor: JOSE DADNER RANGEL HOYOS Y OTROS, Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA.

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

Respecto de la jornada de trabajo el artículo 33 del mismo estatuto dispuso lo siguiente:

“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.

Para los miembros de los Cuerpos Oficiales de Bomberos la jornada laboral es considerada como mixta por el sistema de turnos ya referido, el cual debe ser liquidado teniendo en cuenta las horas extras ordinarias y de los días festivos, sean diurnas o nocturnas”.

(...)

Atendiendo la normativa y jurisprudencia citadas, resulta evidente que en el caso concreto debe aplicarse lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la jornada laboral y la liquidación del tiempo trabajado en jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo, según la naturaleza de la función (Subraya la Sala).

Para la Sala es claro, como lo ha venido reiterando, que las labores realizadas por los bomberos implican una disponibilidad permanente por lo que 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, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales¹⁴, es decir, dentro de los límites allí previstos¹⁵ y observando la forma de remuneración establecida para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y festivos, cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno en dominicales y festivos.

Lo anterior, por cuanto, como se señaló en la sentencia ya mencionada, de fecha 12 de febrero de 2015, un régimen especial tendiente a excluir o disminuir los beneficios laborales mínimos correspondientes a la jornada ordinaria previstos en el Decreto 1042 de 1978, no consulta principios constitucionales como la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53) y resulta por tanto violatorio del artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y

¹⁴ Disposición aplicable a las relaciones legales y reglamentarias del orden territorial en virtud de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 27 de 1992, y posteriormente el artículo 87 inciso 2 de la Ley 443 de 1998 y artículo 55 de la Ley 909 de 2004.

¹⁵ Del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, transcrito en párrafos anteriores se deduce que la jornada ordinaria de trabajo - concepto que implica el pago de salario ordinario pactado y sin recargos - es de 44 horas semanales, así mismo el límite máximo fijado en este artículo corresponde a jornadas de doce horas diarias de trabajo y sesenta y seis horas semanales.

prestacional de los servidores públicos, así como del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Políticos¹⁶, artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador “...d) *el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos*”, y los Convenios número 1 (Ley 129 de 1931) y 30 (Ley 23 de 1967) de la OIT, por los cuales se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales públicas o privadas a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales.

Atendiendo el precedente sobre la jornada laboral de bomberos y su remuneración, se reitera en esta oportunidad que a falta de regulación especial, se aplica el Decreto 1042 de 1978 y no el Decreto 388 de 1951, razón por la cual debe reconocerse el trabajo suplementario para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.

La Sala ha expresado entre otras razones que justifican la aplicación del Decreto 1042 de 1978, las siguientes:

(i) Porque la norma de carácter territorial no contiene una regulación especial de la jornada laboral para los miembros de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.

¹⁶ Aprobado por el Congreso de la República mediante Ley 74 de 1968.

(ii) Porque al expedirse el Decreto 1042 de 1978, la norma de carácter territorial contenida en el Decreto 388 de 1951 que establecía 24 horas de labor para el personal de bomberos quedó tácitamente derogada¹⁷ por contravenir la jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 y también el límite máximo legal de 66 horas semanales sólo fue previsto para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la cual no participa la actividad de los bomberos.

(iii) La jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite del cual no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo al amparo de la referida disposición.

Efectos de la clasificación como «operativo» del personal del Cuerpo de Bomberos con la entrada en vigencia del Decreto 256 de 2013.

En este sentido esta Sala retoma la tesis planteada por la Subsección A de la Sección Segunda, la cual señala que 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

¹⁷ 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 y como se desprende de la parte final del artículo 71 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

“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”.

obstante, siempre se han referido al mismo empleo y no cambiaron las funciones.

De acuerdo con lo expuesto en esta providencia¹⁸, 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 técnico¹⁹.

En el caso de los bomberos, por ser empleados públicos del orden territorial, se encontraban cobijados por la Ley 443 de 1998, por disposición del artículo 3.º, antes de que se expidiera el sistema específico de carrera de los mismos.

Así, el Decreto 1569 de 1998 en el artículo 3.º clasificó los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por ley mencionada en «Directivo, Asesor, Ejecutivo, Profesional, Técnico, Administrativo y Operativo».

Este último, de acuerdo al artículo 4.º de la misma disposición «[...] comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución [...]».

El Decreto 1569 de 1998 fue derogado por el Decreto 785 de 2005, norma que en el artículo 3.º clasificó de nuevo los empleos públicos de

¹⁸ Ver cuadro en las páginas 15 a 16.

¹⁹ El artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 fue modificado por el Decreto Ley 10 de 1989 en su artículo 13 así: « [...] **Artículo 36º Modificado por el Decreto-Ley 10 de 1989.-** 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 este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

a. El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:

El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico [...]» (Subraya de la Sala)

las entidades territoriales, manteniendo las mismas categorías, excepto el «operativo», el cual sustituyó por el de «nivel asistencial».

No obstante, la Subsección advierte que la mencionada norma en su artículo 21 equiparó la nueva clasificación del empleo a la anterior de «operativo», luego no puede decirse que esta sea distinta. Señaló la norma:

« [...] **Artículo 21.** De las equivalencias de empleos. Para efectos de lo aquí ordenado, fíjanse las siguientes equivalencias de los empleos de que trata el Decreto 1569 de 1998, así:

Nivel Administrativo, Auxiliar y Operativo	Nivel Asistencial
635 Bombero	475 Bombero

[...]».

Además, la definición de este último cargo consagrada en la nueva disposición (artículo 4.º), coincide plenamente con la que se tenía con respecto al nivel operativo en el Decreto 1569 de 1998. En ese sentido, para la Subsección el simple hecho de que la clasificación de los cargos cambiara de nombre, no implica que los mismos cumplieran distintas funciones.

Posteriormente, se expidió la Ley 1575 de 2012 conocida como la ley general de bomberos de Colombia mediante la cual se derogó la Ley 322 de 1996, se modificó el artículo 4.º de la Ley 909 de 2004 y se fijó como sistema específico de carrera administrativa el de los bomberos²⁰.

La normativa ordenó al gobierno nacional reglamentar este nuevo sistema de carrera, sin embargo, advirtió que mientras ello sucedía, el

²⁰ Artículo 51 Ley 1575 de 2012.

personal bomberil seguía rigiéndose por las normas generales sobre la materia²¹. Con fundamento en ese mandato, se expidió el Decreto 256 de 2013 por medio del cual se estableció el sistema específico de carrera para los cuerpos oficiales de bomberos.

Esta disposición en el artículo 4.º, clasificó a la planta de personal de esta entidad en administrativos y operativos, con la especificación que estos últimos «[...] tienen asignadas funciones misionales relacionadas con la gestión del Riesgo y Desastres [...]».

El Decreto 256 de 2013 en el artículo 6.º, señaló cual es el personal operativo del cuerpo oficial de bomberos, así:

«[...] Artículo 6º. Estructura del escalafón. El Escalafón del Cuerpo Operativo de los Cuerpos Oficiales de Bomberos estará conformado por dos (2) categorías: Oficiales y Suboficiales. Cada categoría está conformada por diferentes grados, así:

a) Categoría de Oficiales:

1. Comandante de Bomberos.
2. Subcomandante de Bomberos.
3. Capitán de Bomberos.
4. Teniente de Bomberos.
5. Subteniente de Bomberos.

b) Categoría de Suboficiales:

1. Sargento de Bomberos.
2. Cabo de Bomberos.

²¹ Artículo 52 *ibidem*.

3. Bombero [...]» (Subraya la Sala).

Del recuento normativo, la Subsección advierte 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.º del Decreto 1569 de 1998, luego como del «nivel asistencial» en el Decreto 785 de 2005 artículo 3.º y, finalmente fueron clasificados como «Operativos» con el Decreto 256 de 2013.

No obstante, para la Subsección, 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 (...) ²².

2.4.2. Hechos probados

Vinculación Laboral. El demandante ingresó a laborar al Distrito Capital el 20 de septiembre de 2002 y a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo

²² Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D. C. Veinticinco (25) De Septiembre De Dos Mil Diecisiete (2017). Radicación Número: 25000-23-25-000-2011-00488-01(2908-16), Actor: Nelson Armando Vargas Monguí, Demandado: Distrito Capital De Bogotá, Unidad Administrativa Especial, Cuerpo Oficial De Bomberos. Acción De Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho – Decreto 01 De 1984

Oficial de Bomberos el 1 de enero de 2007 desempeñando el cargo de Bombero Código 475 grado 15²³.

Jornada laboral: Laboró por el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, incluyendo dominicales y festivos.

La Subdirectora de Gestión Corporativa de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos certificó mediante documento obrante a folio 37 del expediente, que el actor *“laboró en turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, distribuidos en dos secciones de acuerdo a las necesidades y requerimientos para la prestación del servicio”*, entre enero de 2008 y noviembre de 2011.

De la liquidación de recargos nocturnos y festivos efectuada dentro del mencionado documento, es posible establecer que desde el año 2008 a 2011, le fueron cancelados al actor los valores correspondientes a tales conceptos, teniendo como base de cálculo el sueldo básico y los porcentajes establecidos en el Decreto 1042 de 1978.

Reclamación en sede administrativa: El demandante presentó petición ante la Alcaldía Mayor de Bogotá²⁴ el 14 de junio de 2011, en procura de obtener la liquidación y pago de las horas extras diurnas y nocturnas en los días ordinarios, dominicales y festivos, los descansos compensatorios, los recargos nocturnos del 35% en los días ordinarios y festivos, con base en el

²³ Folio 30 del expediente.

²⁴ Folios 3 y 4

200% y 235% respectivamente, así como el pago de las diferencias salariales y prestacionales percibidas, entre éstas, las primas de servicio, vacaciones y navidad, así como el sueldo de vacaciones.

Mediante oficio 2011EE5095 del 22 de agosto de 2011, el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., negó la reclamación del actor por considerar que cumplía una jornada especial de 24 horas de labor por 24 de descanso, que no generaba el reconocimiento de horas extras²⁵.

El actor interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra del oficio anterior, por considerar que con la negativa de la entidad se vulneraban las disposiciones legales y constitucionales en materia laboral y de la misma manera se desconocía el precedente jurisprudencial respecto al tema, por tal motivo señaló que era procedente el pago de horas extras, junto con los recargos correspondientes y la reliquidación de todas sus prestaciones sociales²⁶.

Mediante Resolución 697 del 3 de noviembre de 2011, el Director de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C., resolvió negativamente el recurso de reposición y confirmó el oficio 2011EE5095 O del 22 de agosto de 2011, por considerar que la jornada

²⁵ Folios 7 a 11

²⁶ Folios 12 a 15

extraordinaria de trabajo del personal de bomberos no está sujeta a trabajo suplementario o de horas extras²⁷.

2.4.3. Caso Concreto

De conformidad con los recursos de apelación presentados por las partes, procede la Sala a establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, descansos compensatorios, reliquidación de recargos nocturnos, trabajo en dominicales y festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales con sujeción al Decreto 1042 de 1978, por trabajar turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso como Bombero Código 475 Grado 15 de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá D.C.

2.4.3.1. Del reconocimiento de horas extras

El demandante pretende el reconocimiento de horas extras diurnas en días ordinarios, laboradas en exceso de la jornada máxima legal para los empleados públicos territoriales, conforme a lo previsto en los artículos 33 y 36 del Decreto 1042 de 1978 desde el 14 de julio de 2008 en adelante.

La entidad demandada se opone a dicho reconocimiento teniendo en cuenta la jornada de trabajo de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado prevista en el Decreto Distrital 388 de 1951.

²⁷ Folios 16 a 23

Al respecto, si bien los artículos 85, 102 y 134 del Decreto Distrital 388 de 1951 establecieron el tiempo de servicio del personal del Cuerpo de Bomberos en 24 horas, tal disposición no puede ser considerada como regulación especial de la jornada laboral del personal de bomberos, toda vez que la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite del cual no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo; por consiguiente, como ya se ha dicho, ante la falta de una regulación especial, deberá aplicarse el Decreto 1042 de 1978 que regula la jornada laboral en el sector público.

El Acuerdo 3 del 8 de diciembre de 1999, proferido por el Concejo Distrital de Bogotá, tampoco se ocupó de regular la jornada especial para el cuerpo de bomberos, y respecto a las horas extras de los funcionarios distritales fijó un límite máximo del cincuenta (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario²⁸, el cual no será considerado por la Sala toda vez que por disposición del artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política, el régimen salarial de los empleados públicos es de creación legal, tal y como se precisó en el marco jurídico.

En cuanto al Decreto 991 del 31 de julio de 1974, proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá, por el cual se expide el Estatuto de Personal para el

²⁸ **ARTICULO CUARTO.-** [Modificado por el art. 3, Acuerdo Distrital 9 de 1999](#), así: 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.

Distrito Especial de Bogotá, igualmente no reguló lo atinente a la jornada especial para el Cuerpo de Bomberos.

La anterior disposición estableció que los empleados del Cuerpo de Bomberos no están sujetos a la jornada ordinaria de 8 horas diarias, pero no se ocupó de establecer la jornada especial de dichos empleados, ni su forma de remuneración.

Al proceso se allegó la certificación de los turnos laborados por el demandante, expedida por la Subdirectora de Gestión Corporativa de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos, visible a folios 1 al 124 del cuaderno anexo, de la cual se desprende que el demandante trabajó en una jornada de 24 horas de labor por 24 horas de descanso 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 190²⁹ horas mensuales.

De lo anterior se tiene que si el demandante trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y si la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces laboró 170 horas adicionales a la jornada ordinaria³⁰, es decir, tiempo extra, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero 50 horas

²⁹ Cantidad que resulta de multiplicar el número de horas semanales (44) por el factor 4,33 que corresponde al número de semanas que tiene el mes.

³⁰ 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).

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 ocho (8) horas de trabajo.

Como en el presente caso el demandante laboró 170 horas extras, de las que sólo se pueden pagar en dinero cincuenta (50) de ellas y las que superen dicho tope se pagarán con tiempo compensatorio, se deduce que el demandante 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.

Se demostró que el actor disfrutaba de 15 días de descanso al mes, en tal sentido, concluye la Sala que el tiempo extra que excedió el tope legalmente permitido, fue debidamente compensado con el turno de descanso de 24 hora³¹s.

Conforme con lo anterior, el demandante tiene derecho al reconocimiento de cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en el mes a partir del 14 de julio de 2008³², como se solicitó en la demanda³³.

³¹ Folios 1 a 125 de cuaderno anexo

³² Lo anterior, teniendo en cuenta que el demandante elevó la reclamación en sede administrativa el 14 de julio de 2011 (folios 3 a 5), interrumpiendo de esta forma la prescripción prevista en el Decreto 102 del Decreto 1848 de 1969.

³³ Folios 30 a 34 y 1 a 125 de cuaderno anexo

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

Para respaldar las horas extras laboradas, la Sala tiene en cuenta la prueba documental obrante a folios 30 a 34, según la cual, i) el demandante laboró en una jornada de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, distribuida en secciones de acuerdo con las necesidades del servicio y, ii) la entidad demandada canceló el valor correspondiente a recargos por trabajo nocturno y en dominicales y festivos. Estos documentos no fueron impugnados ni controvertidos por las partes, y por tal razón se les otorga pleno valor probatorio, teniendo como tiempo extra aquel que excedió 44 horas semanales, que equivalen a 190 horas mensuales. Además, debe señalarse que la entidad demandada expresamente refiere en el escrito de contestación que, a los Bomberos de Bogotá, sí se les cancela trabajo suplementario por conceptos de recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos³⁴.

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 respecto de las horas extras excedidas (120 mensuales).

³⁴ Folio 91

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

La administración ha venido cancelando al demandante 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 empleando para el cálculo del valor una base de liquidación sobre 240 horas mensuales.

Al contestar la demanda, el Distrito de Bogotá informó que ha venido pagando los recargos ordinarios nocturnos, de la siguiente manera³⁵:

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

Sostuvo 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 variable³⁶.

De conformidad con el 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.

³⁵ Folio 105 y siguientes

³⁶ Folio 106

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

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

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

190

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

Establecido el factor hora, el segundo paso es liquidar las horas laboradas con recargo, para lo cual se multiplica el factor hora por el porcentaje del recargo nocturno establecido en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 en

35%, por el número de horas laboradas entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m., es decir, el tiempo en jornada ordinaria nocturna sujeta al recargo que se hubiere trabajado al mes.

Respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que la remuneración debe ser equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo, lo cual equivale a una sobre remuneración del 200% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

De la prueba allegada al expediente³⁷ se desprende que el demandante laboró dominicales y festivos en forma permanente por el sistema de turnos empleado por la entidad demandada en razón al servicio público que prestan los bomberos, el cual supone habitualidad y permanencia.

Del mismo modo, se observa que la administración distrital pagó al demandante 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 consta en las certificaciones expedidas por la Subdirectora de la Gestión Corporativa de la UAECOB³⁸.

³⁷ Folios 12 a 13 reverso.

³⁸ Folio 30 a 34

Sin embargo, al efectuar la liquidación del trabajo en dominicales y festivos la entidad demandada también empleó una base de liquidación de 240 horas, parámetro que como se dejó expuesto, no se ajusta al Decreto 1042 de 1978, toda vez que la jornada ordinaria mensual equivalente a 190 horas y no 240, al no ser así, se afectó el cálculo del valor del recargo en detrimento del demandante.

La Sala procederá a ordenar el reajuste de los dominicales y festivos laborados por el demandante, 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.

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

Al tenor del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 los empleados públicos que en razón 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 caso quedó demostrado que el demandante laboró de manera habitual y permanente los días domingos y festivos, en razón a la jornada que había sido establecida en el Decreto Distrital 388 de 1951, correspondiente a 24 horas de labor por 24 de descanso de lunes a domingo³⁹.

El Tribunal ordenó el reconocimiento del descanso compensatorio por el trabajo realizado en días dominicales y festivos, considerando que el sistema de turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso no compensaba el descanso previsto en la norma.

La Sala confirmará la decisión de no reconocer el compensatorio por las 120 horas restantes, en consideración a la jornada desarrollada por el demandante, teniendo en cuenta que 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 que 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; en otras palabras, en cuanto al descanso compensatorio, concluye la Sala que este sí fue consagrado en el sistema de turnos y disfrutado por el demandante.

En este sentido, en sentencia de 2 de abril de 2009⁴⁰, esta Corporación expresó lo siguiente:

³⁹ Folios 1 a 125 de cuaderno anexo

⁴⁰ Sentencia de 2 de abril de 2009. Sección Segunda. Subsección "B". C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

“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 descansaban 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 demandante, garantizaban plenamente el derecho fundamental al descanso, que sin lugar a dudas, resultaba necesario para permitirle al demandante 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 persona⁴¹, conforme así lo estableció el juez de primera instancia.

2.4.3.4. Reliquidación de factores salariales y prestaciones sociales

El reconocimiento del trabajo suplementario a que tiene derecho el demandante con fundamento en las directrices señaladas en el Decreto 1042 de 1978, conlleva el reajuste o reliquidación de las cesantías, de conformidad con lo previsto en el artículo 45⁴² del Decreto Ley 1045 de 1978, respecto a

Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05). Actor: JOSE DADNER RANGEL HOYOS Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA.

⁴¹ Sentencia C-710 de 1996. Corte Constitucional.

⁴² **Artículo 45°.-** De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación y la prima técnica;

los periodos que no se encuentren afectados por el fenómeno de la prescripción.

En cuanto a la reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, incluida la prima de antigüedad reclamada por el demandante, tales como la prima de servicios, vacaciones, y prima de navidad, precisa la Sala que las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, al tenor de lo previsto en el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978, y los artículos 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978, razón por la cual la Sala procederá a revocar la decisión apelada que ordenó tal reconocimiento.

2.4.3.5. De la prescripción

El reconocimiento ordenado a favor del demandante deberá tener en cuenta la prescripción trienal de los derechos salariales establecida en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

c) Los dominicales y feriados;

d) Las horas extras;

e) Los auxilios de alimentación y transporte;

f) La prima de navidad;

g) La bonificación por servicios prestados;

h) La prima de servicios;

i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

*ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. **Modificado posteriormente.***

Tales disposiciones establecen que los derechos laborales de los empleados públicos prescriben al cabo de tres (3) años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hizo exigible.

La Sala ha señalado, en anteriores oportunidades, que *“la prescripción a la que se refiere el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 comprende, además de los derechos prestacionales, los derivados del sueldo”*⁴³.

En este orden, por efectos de la prescripción trienal, dado que la reclamación fue radicada el **14 de julio de 2011**, el derecho le asiste al demandante a partir del **14 de julio de 2008**, encontrándose afectados por la prescripción los causados con anterioridad a dicha fecha, conforme así se estableció en la sentencia recurrida.

III. DECISIÓN

Atendiendo la normatividad en cita y el acervo probatorio, la Sala concluye que la decisión de primera instancia fue acertada, en cuanto accedió al reconocimiento de cincuenta (50) horas extras diurnas al mes, el reajuste de los recargos nocturnos, dominicales, festivos, y la reliquidación de las cesantías, razón por la cual se confirmará la sentencia del 16 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁴³ Sentencia de 12 de junio de 2003 Exp. No. 4868-2002 Actor: JULIO RAFAEL DEL CASTILLO CASTRO. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante, en la que se cita la sentencia de 2 de octubre de 1996, Consejero Ponente: Carlos Orjuela Góngora, Exp. No. 8092.

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

FALLA

PRIMERO.- CONFÍRMASE la sentencia del dieciséis (16) de junio de dos mil quince (2015), proferida por la Sala de descongestión, Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda promovida por el señor Manuel Francisco Franco Peñaloza contra el Distrito Capital, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER