**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA**

**SALA DE DECISIÓN No. 6**

**MAGISTRADO PONENTE: Dr. FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

**Tunja, 15 de abril de 2021**

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**DEMANDANTE: GLORED ANTONIO GUTIERREZ**

**DEMANDADO: MUNICIPIO DE DUITAMA**

**RADICADO: 152383333001 201900012 01**

1. **ASUNTO A RESOLVER**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del MUNICIPIO DE DUITAMA contra el fallo de fecha 18 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, en el que se accedió a las pretensiones de la demanda.

**II. ANTECEDENTES**

***2.1. DEMANDA:*** El señor GLORED ANTONIO GUTIERREZ, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó la declaratoria de nulidad del acto presunto negativo de la petición por él radicada ante el Municipio de Duitama – Secretaría de Educación el 3 de marzo de 2016, y a título de restablecimiento del derecho solicita se reconozcan y paguen los compensatorios no pagados desde el 9 de abril de 2006 y el 30 de agosto de 2015 y las acreencias que de ellos se deriven (sic). Así mismo que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, que el demandante laboró 576 dominicales y festivos entre el 9 de abril de 2006 y el 30 de agosto de 2015, compensatorios que no le fueron pagados por la entidad, por lo que elevó petición el 3 de marzo de 2016 ante la Secretaría de Educación de Duitama, sin que se le haya dado respuesta de fondo (sic). (fl. 2-6).

***2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:*** Dentro del término procesal correspondiente, el apoderado judicial de la entidad demandada, presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma.

Afirmó que el acto administrativo ficto no existe teniendo en cuenta que la petición elevada por el actor, radicada con número SAC PQR 1527 del 3 de marzo de 2017 (sic), fue resuelta mediante oficio de salida número SAC 2016 RE 669 del 16 de marzo de 2016, el cual fue notificado personalmente al actor el 28 del mismo mes y año.

Indicó que en el acto en mención se dio respuesta de fondo por lo que no se configuró el silencio administrativo y, por tanto, consideró que la parte actora ha debido individualizar el acto demandado, esto es, SAC 2016 RE 669 del 16 de marzo de 2016.

Afirmó que el actor no tiene derecho a los compensatorios reclamados, por cuanto el trabajo suplementario no cumple los requisitos de los artículos 33 al 40 del decreto 1042 de 1978, los cuales son, que medie autorización por escrito por parte de la entidad, que el reconocimiento del trabajo suplementario se realice mediante resolución motivada, que el empleo ejercido por el funcionario pertenezca al nivel técnico o asistencial. En ningún caso podrá pagarse más de 66 horas mensuales, pues el tiempo que exceda este límite será reconocido en descanso complementario, el pago de las horas extras procede siempre y cuando el servidor haya cumplido su jornada semanal de trabajo y las horas extras no tienen el carácter de permanente (sic).

Entonces señaló que en el presente asunto no hay lugar a reconocer los compensatorios reclamados, de abril de 2006 al 30 de agosto de 2015, por cuanto el Municipio de Duitama no expidió autorización del trabajo suplementario y el mismo no se encuentra registrado dentro de los antecedentes laborales del actor. Afirmó que de conformidad con los desprendibles de pago mes a mes se liquidó y pagó el trabajo suplementario, pese a no ser autorizado ni reconocido, y no hay pruebas que demuestren la efectiva realización del trabajo complementario (sic).

La entidad demandada propuso como excepciones las que denominó *Inepta demanda, Prescripción, Inexistencia de la obligación – cobro de lo no debido, Inexistencia de causa para demandar por falta de fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios* (sic). (fl. 167-177).

***2.3. PROVIDENCIA APELADA:*** El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante sentencia proferida en audiencia inicial del 18 de septiembre de 2019, accedió a las pretensiones de la demanda declarando la nulidad del acto administrativo ficto negativo derivado del silencio guardado por la Secretaría de Educación de Duitama frente a la petición elevada por el actor el 3 de marzo de 2016 y declarando prescritos los compensatorios y demás acreencias laborales causados con antelación al 3 de marzo de 2013.

A título de restablecimiento del derecho condenó al MUNICIPIO DE DUITAMA a reconocer al demandante GLORED ANTONIO GUTIERREZ los siguientes compensatorios: 38 días para el año 2013, 39 días para el año 2014 y 29 días para el año 2015.

Ordenó que en el evento de que el demandante se encuentre vinculado laboralmente al Municipio para el momento del cumplimiento de la sentencia, las horas extras compensadas se reconocerán en tiempo, y en el caso contrario, en dinero sin recargo alguno.

Adicionalmente ordenó reliquidar el auxilio de cesantías incluyendo el valor reconocido por concepto de compensatorios para el periodo comprendido entre el 3 de marzo de 2013 y el 30 de agosto de 2015, de conformidad con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

El *A quo* llegó a esta conclusión luego de examinar la normatividad vigente en la materia y revisadas las pruebas allegadas al plenario, con las cuales pudo establecer que la jornada laboral del actor en su cargo de celador era de 44 horas semanales, de conformidad con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 1º del Decreto 085 de 1986, y, por tanto, las horas que superen dicha jornada se constituyen como trabajo suplementario.

Así mismo, estableció que el empleo de celador grado 02 de la planta de personal del Municipio de Duitama, pertenece al nivel asistencial (administrativo, auxiliar y operativo), y por tanto cumple con el requisito previsto en el literal a del artículo 36 del decreto 1042 de 1978 para el pago de horas extras o descanso compensatorio.

Refirió que no se allegó como prueba la autorización del trabajo suplementario expedida por la administración municipal, sin embargo, adujo que superaba este requisito por cuanto con los cuadros de turnos de celaduría emitidos por la Rectoría del Colegio se evidencia la voluntad de la entidad demandada en autorizar el trabajo suplementario que cumplió el actor en los turnos de 6:00 am a 2:00 pm, de 2:00 pm a 10:00 pm, de 10:00 pm a 6:00 am en el Colegio Guillermo León Valencia y de 6:00 pm a 6:00 am en la Institución Gabriela Mistral (sic).

Señaló que vista la prueba allegada relacionada con la programación de turnos ordinarios, dominicales y festivos del accionante, se evidencia que él cumplió jornadas de 8 y 12 horas sin descanso, con excepción del periodo de vacaciones del 2013, y por tanto tiene derecho a la compensación de 304 horas extras de trabajo para el 2013, equivalentes a 38 días de descanso, 312 horas extras de trabajo para el 2014, equivalentes a 39 días de descanso, y 232 horas extras de trabajo para el 2015 equivalente a 29 días de descanso (sic).

En cuanto a la pretensión de reliquidación de los factores salariales y prestaciones sociales producto del reconocimiento del trabajo suplementario, el *a quo* afirmó que el demandante tenía derecho al reajuste del auxilio de cesantía causada hasta el 30 de agosto de 2015.

Finalmente se pronunció frente a las excepciones propuestas por la demandada, negándolas, salvo la de prescripción trienal, la cual declaró probada, en razón a que los derechos reclamados se hicieron exigibles a partir del 9 de abril de 2006, la reclamación en sede administrativa se presentó el 3 de marzo de 2016 y la demanda se radicó el 29 de enero de 2019, de modo que encontró prescritos los emolumentos laborales causados con antelación al 3 de marzo de 2013 (sic) (fl. 204 – 210).

***2.4. RECURSO DE APELACIÓN:*** Encontrándose dentro del término para ello, el apoderado judicial del MUNICIPIO DE DUITAMA interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado solicitando su revocatoria y que en consecuencia se nieguen las pretensiones, pues a su juicio no se desvirtuó la legalidad del acto demandado, teniendo en cuenta que el *A quo* accedió a las pretensiones sin el cumplimiento de los requisitos que dispone el Decreto 1042 de 1978, teniendo en cuenta que no se demostró que el trabajo suplementario hubiera sido autorizado por la Secretaría de Educación del Municipio de Duitama, para el periodo comprendido entre el 2013 y el 2015, pues la única prueba que se allegó fue el cuadro de turnos emitido por la rectora del Colegio Guillermo León Valencia, el que, contrario a lo que consideró el juez de primera instancia, no demuestra la voluntad de la administración en emitir la autorización (sic).

Adujo, además, que en el plenario no se demostró la jornada ordinaria que cumplía el demandante y, por tanto, tampoco el tiempo que se tiene como trabajo suplementario o dominicales y festivos y si los descansos compensatorios fueron laborados (sic).

Ahora bien, en relación con la orden de reliquidación de las cesantías incluyendo como factor salarial los pagos realizados por trabajo suplementario, consideró que la orden no fue clara, en razón a que para realizar la liquidación de cesantías retroactivas, las mismas se liquidan al final de la relación laboral con el último salario devengado, o el promedio de lo percibido en el último año de servicios, y por lo mismo no puede realizarse año a año, sino que se tomaría el último año de servicio, es decir, del 21 de abril de 2015 al 20 de abril de 2016 (sic). (fl. 214-220).

***2.5. ALEGATOS DE CONCLUSION****:* En el término concedido para el efecto el apoderado judicial del demandante manifestó que contrario a lo considerado por el apelante, al plenario se allegaron las pruebas que demuestran que el señor GLORED ANTONIO GUTIERREZ prestó sus servicios como empleado público en el cargo de celador grado 02 en el Colegio Guillermo León Valencia en forma continua, desde el 10/14/1975 (sic), y que prestó turnos de celaduría desde el 2006 al 2015, pues la institución requería el servicio las 24 horas del día por lo que le programaron turnos de 8 y 12 horas, esta prueba obra en certificación expedida por la rectora del colegio en donde el actor prestaba sus servicios , quien además certificó los dominicales y festivos laborados por el demandante. En relación con el cargo relacionado con la liquidación de las cesantías, consideró que siendo el régimen aplicable al demandante el retroactivo, es cuestión de aplicar la disposición legal, si hay lugar a ello, respecto de la cuota parte correspondiente a las horas reconocidas y girarlas al trabajador de acuerdo con dicho régimen (sic). Por las anteriores consideraciones solicitó la confirmación de la sentencia (fl. 238-239).

Por su parte la apoderada judicial de la entidad demandada reiteró los argumentos de la apelación (fl. 241-243).

El Agente del Ministerio Público guardó silencio (fl. 244).

**III. CONSIDERACIONES**

***3.1. PROBLEMA JURÍDICO:***

Corresponde a la Sala establecer en esta oportunidad si el señor GLORED ANTONIO GUTIERREZ tiene derecho al reconocimiento y pago del descanso compensatorio por trabajo en dominicales y días festivos en el periodo comprendido entre el 3 de marzo de 2013 y el 30 de agosto de 2015 al servicio del Municipio de Duitama.

De resultar positiva esta cuestión deberá establecerse si hay o no claridad en la orden de reliquidación de las cesantías incluyendo como factor salarial los pagos reconocidos por trabajo suplementario, atendiendo a que el régimen de cesantías del actor es el retroactivo.

***3.2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:***

* **De la jornada laboral de los empleados públicos territoriales[[1]](#footnote-1):**

Sobre el particular, la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló que se entiende por jornada de trabajo en el sector público, **aquel periodo de tiempo establecido por autoridad competente dentro del máximo legal, durante el cual los empleados deben cumplir las funciones que le han sido previamente asignadas por la Constitución, la Ley o el reglamento. Su duración dependerá de las funciones impuestas y de las condiciones en que deban ejecutarse.**

Agrega que ha sido tesis aceptada por esa Sección[[2]](#footnote-2) la que establece que el régimen que gobierna la jornada de trabajo ordinaria de los empleados públicos del orden territorial es el contenido en el decreto 1042 de 1978, puesto que, si bien esta norma rigió, en principio, para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, también lo es que el artículo 3[[3]](#footnote-3) de la Ley 27 de 1992 hizo extensiva a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidos no solamente en la norma citada, sino en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, Ley 13 de 1984 y 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen. La extensión de dicha normatividad fue reiterada por el artículo 87, inciso segundo, de la Ley 443 de 1998.

Continúa la jurisprudencia en cita señalando que el decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados de la rama ejecutiva en el orden territorial, en materia de jornada de trabajo **y días de descanso obligatorio,** pues la remisión inicial que hizo la ley 27 de 1992 no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual, dentro de una interpretación amplia, comprende así mismo el concepto de jornada de trabajo.

* **Del trabajo en días de descanso obligatorio**

Frente al trabajo en días de descanso obligatorio indica la sentencia del Consejo de Estado[[4]](#footnote-4) que este está regulado en los artículos 39 y 40 del Decreto 1042 de 1978, señalando que este constituye 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** (sic).

Así mismo, la norma concede a los trabajadores que laboran en días de descanso el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual.

Y se indica que en el evento de que no se conceda ese descanso compensatorio, o cuando el trabajador opta por que se le compense en dinero, **la retribución por el trabajo festivo realizado debe incluir el valor de un día ordinario adicional.** Conforme a la citada jurisprudencia, esta facultad del trabajador de pedir que se le compense en dinero solo es posible si el trabajo dominical es ocasional[[5]](#footnote-5).

En este punto resulta importante precisar que, de conformidad con el Decreto 1042 de 1978, el trabajo en días dominicales y festivos puede ser **ordinario** u **ocasional**, los cuales son regulados, como se señaló en precedencia, por los artículos 39 y 40, respectivamente, y tienen unas características especiales.

Como se indicó en precedencia, **el trabajo ordinario en días dominicales y festivos** se encuentra regulado en el artículo 39 del citado decreto, el cual tiene como destinatarios los empleados públicos que **en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos**, para quienes se establece el **derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio**, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo (sic).

Señala la norma que la contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual (sic).

Por su parte el artículo 40 *ibidem* regula lo concerniente al **trabajo ocasional en días dominicales y festivos**, según el cual, por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos (sic).

Señala la norma que para efectos de la liquidación y el pago de la remuneración de los empleados que **ocasionalmente laboren en días dominicales y festivos**, se aplicaran las siguientes reglas:

“(…)

1. Sus empleos deberán tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.
2. **El trabajo deberá ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien este hubiere delegado tal atribución, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las tareas que hayan de desempeñarse**.
3. El reconocimiento del trabajo en dominical o festivo se hará por resolución motivada.
4. El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si este fuere menor.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ocasional en días dominicales y festivos.

1. El disfrute del día de descanso compensatorio o la retribución en dinero, se reconocerán sin perjuicio de la asignación ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.
2. La remuneración por el día de descanso compensatorio se entiende incluida en la asignación mensual.”

En cuanto a la retribución del trabajo en días de descanso obligatorio establece la sentencia referida que el valor de la retribución total por un día festivo laborado se compone de **tres factores, si se concede el descanso compensatorio**, así:

* El valor del trabajo efectivamente realizado en día festivo, que se remunera según el tiempo servido (número de horas).
* Un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado.
* El valor de un día ordinario de trabajo en el que el servidor descansará. (este valor se entiende incluido en la remuneración mensual o quincenal del servidor).

Y **en el evento de que no se otorgue el descanso compensatorio se incluye un cuarto factor**, así:

* El valor de un día ordinario de trabajo.

***3.3. CASO CONCRETO:***

Para resolver el presente asunto es necesario tener absoluta claridad de que lo que pretende el señor GLORED ANTONIO GUTIERREZ en su demanda es la declaratoria de nulidad del acto presunto mediante el cual se negó la reclamación por él elevada el 3 de marzo de 2016, que obra a folios 10 y 11, sobre el **reconocimiento y pago de los compensatorios** causados por el trabajo realizado en días de descanso obligatorio, señalando que laboró 576 dominicales y festivos en el periodo comprendido entre el 9 de abril de 2006 y el 30 de agosto de 2015 sin recibir descanso compensatorio. Y así mismo pretende que se reliquide el auxilio de cesantía incluyendo como factor, además de los incluidos en la liquidación, lo pagado por concepto de compensatorios por haber trabajado los dominicales y festivos.

Revisados los hechos de la demanda se evidencia que se pretende la declaratoria de nulidad de dicho acto presunto, teniendo en cuenta que el actor considera que la Secretaría de Educación de Duitama no dio respuesta de fondo a la referida petición (hecho tercero fl. 3).

Evidencia la Sala que mediante acto administrativo No. SAC: 2016PQR 1527 de marzo de 2016 el Municipio de Duitama, dando respuesta a la petición anterior, señaló que el Decreto 3546 de 2006, que regula lo concerniente a la posibilidad de reconocer y pagar en dinero los días compensatorios, *no puede ser tenido en cuenta en su petición ya que éste hace referencia a los compensatorios que se adeuden antes del 2005 y este no es su caso (…).* (fl. 12).

Advierte la Sala que la sentencia de primer grado, fechada del 18 de septiembre de 2019, se apartó de la primera pretensión y se internó en un análisis de la jornada de trabajo de los empleados públicos del orden territorial para concluir que el demandante **trabajó horas extras** las cuales dieron lugar al derecho de compensatorios. Así, concluye, condenando a la demandada al reconocimiento y pago del trabajo suplementario realizado en horas extras, las que convierte a días, así: 38 días para el 2013, 39 días para el 2014 y 29 día para el 2015, habiendo declarado la excepción de prescripción, y por tanto reconociendo tan solo el periodo comprendido entre el 3 de marzo de 2013 al 30 de agosto de 2015. (fl. 210).

En este punto conviene precisar que la sentencia de primera instancia no fue apelada por la parte demandante, por tanto, de conformidad con el artículo 328 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A., la competencia de esta Corporación en segunda instancia **se restringe a lo relacionado con los argumentos expuestos por el apelante**, en este caso por el MUNICIPIO DE DUITAMA.

En virtud de lo anterior, la Sala abordara el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandado MUNICIPIO DE DUITAMA.

Como primer argumento de la alzada se plantea el incumplimiento de los requisitos para el reconocimiento del trabajo suplementario, específicamente el de la falta de autorización para su desarrollo por parte de la entidad, teniendo en cuenta que la prueba allegada al plenario no demuestra la voluntad de la administración (sic). Así mismo afirmó el apelante que el demandante no probó la jornada en trabajo suplementario – domingos y festivos ni si los descansos compensatorios fueron laborados (sic).

Analizado el marco normativo y jurisprudencial planteado previamente, encuentra la Sala que conforme al artículo 40 del Decreto 1048 de 1978, el requisito de la autorización - por escrito, expedida por parte de la administración, en donde se especifiquen las tareas a desarrollar, para que se pueda realizar trabajo suplementario en días dominicales y festivos, se exige de manera exclusiva para aquel que sea **ocasional**, esto es, por razones del servicio, no exigiéndose este requisito para el trabajo **ordinario** en días dominicales y festivos, el cual, conforme al artículo 39 *ibidem*, es aquel que desarrollan los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deben **laborar habitual y permanentemente los días de descanso obligatorios (dominicales o festivos).**

Teniendo en cuenta lo anterior, revisado el material probatorio allegado a este proceso se encuentra probado que el señor GLORET ANTONIO GUTIERREZ prestó sus servicios al Municipio de Duitama como celador grado 2, en el Colegio Guillermo León Valencia, desde el 14 de octubre de 1975 al 31 de julio de 2016 (fl. 13 y 14), cargo que de conformidad con lo señalado en el parágrafo 1° del artículo 21 del Decreto 785 de 2005 está agrupado en el nivel asistencial.

Advierte la Sala que efectivamente en el expediente no obra constancia de autorización escrita, por parte de la accionada, para que el actor realizara trabajo suplementario en días dominicales y festivos.

Sin embargo, evidencia la Sala que a folios 7 a 9 reposa constancia expedida por la rectora del Colegio Guillermo León Valencia de Duitama, fechada el 3 de diciembre de 2015, en la que se relacionan los dominicales y festivos laborados en dicha institución por el señor GLORED ANTONIO GUTIERREZ desde el 9 abril del 2006 al 30 de agosto de 2015, salvo en los meses de noviembre de 2013 y diciembre del 2014, teniendo en cuenta que se encontraba en vacaciones, constancia, según la cual, el actor acumuló un total de 576 dominicales y festivos. Así mismo **se informó que sobre los mismos no recibió tiempo compensatorio** (sic).

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta indispensable precisar que lo que pretende el actor en el asunto de la referencia es justamente este reconocimiento que no hizo la demandante en vigencia de la relación laboral, y **que consiste en el pago de los compensatorios por haber laborado los dominicales y festivos**, pues en la demanda no se pretendió el reconocimiento del trabajo suplementario.

De acuerdo a lo anterior, y teniendo en cuenta que en el fallo de primera instancia se declaró probada la excepción de prescripción trienal, y que sobre esta no se interpuso apelación en esta instancia, dicha prueba se analizará teniendo en cuenta solamente el periodo del **3 de marzo de 2013 al 30 de agosto de 2015**, así:

Para el año 2013 los domingos y festivos laborados por el actor fueron los siguientes (ver folio 8):



Según la constancia aludida en el párrafo anterior, desde el 3 de marzo al 31 de diciembre de 2013 el señor GLORED ANTONIO GUTIERREZ habría laborado 51 dominicales y festivos. Los cuales efectivamente corresponden a domingos y feriados revisados en el calendario de dicho año.

Para el año 2014, los domingos y festivos laborados por el actor serían los siguientes (ver folio 9):



En total 62 dominicales y festivos, teniendo en cuenta que el 21 de julio que se cita no era domingo ni festivo, pero si lo fue el 27 que no se cita, así mismo en octubre, el 7 que se cita no era domingo ni festivo, pero si lo fue el 5 que no se cita.

Y para el año 2015 los domingos y festivos laborados por el actor fueron los siguientes (ver folio 9):



De tal suerte que el señor GLORED ANTONIO GUTIERREZ habría laborado 48 dominicales y festivos. Los cuales en su mayoría corresponden a domingos y feriados revisados en el calendario de dicho año, teniendo en cuenta que el 6 de enero no era domingo ni festivo.

Pruebas estas que permiten concluir que, contrario a lo considerado por el apelante, el demandante si demostró el tiempo en el que realizó trabajo en día de descanso obligatorio - dominicales y festivos, los cuales según certificó la rectora de la institución educativa en donde el actor prestaba el servicio él **no recibió tiempo compensatorio**.

Entonces, es posible concluir que el trabajo suplementario en domingos y festivos realizado por el demandante no tiene el carácter de ocasional, sino de **ordinario**, en razón a que se desarrolló de forma **habitual y permanente**, pues quedó probado que el señor GLORED ANTONIO GUTIERREZ trabajó todos los domingos y festivos del periodo reconocido del 2013 al 2015, y por tanto, conforme a lo ordenado en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 tenía **derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio**, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo (sic).

Aunado a lo anterior, evidencia la Sala que a folio 146 obra oficio fechado el 13 de septiembre de 2018 suscrito por la Rectora del Colegio Guillermo León Valencia, mediante la cual manifestó, en relación con *los turnos realizados por el señor Glored Antonio Gutierrez, como celador de esta institución educativa durante los años 2006 a 2015* lo siguiente:

“(…)

3. Respecto a las copias de las autorizaciones dadas por la administración municipal para esta asignación, **no existen autorizaciones por escrito, pues se entiende que de acuerdo al nombramiento del citado funcionario como celador adscrito a la Secretaría de Educación Municipal, este deberá cumplir con sus funciones lo cual conlleva la protección de los bienes muebles e inmuebles de la institución en los horarios que se asignen.**

**4. Respecto a las razones que el colegio tuvo para realizar esta programación, le manifiesto que por ser esta institución educativa oficial, se requería contar con el servicio de vigilancia de la planta física, durante las 24 horas del día. Por tanto se programaba la realización de estas labores en turno de 8 horas diarias, tanto diurnas como nocturnas para la sede integrado y turnos de 12 horas nocturnas para las sedes de Campoamor y/o Gabriela Mistral”.**

Manifestaciones estas que permiten evidenciar que el trabajo suplementario en dominicales y festivos realizado por el demandante no fue **ocasional**,teniendo en cuenta que conforme a la norma este se desarrolla por razones especiales de servicio, y lo cierto es que en el presente asunto no fue por una razón especial, sino como bien lo afirmó la rectora en la citada certificación fue porque el funcionario debía cumplir con sus funciones (sic) y al ser una institución educativa oficial ***se requería contar con el servicio de vigilancia*** *(…) durante las* ***24 horas del día***(sic).

Las anteriores razones permiten concluir que, al no tratarse de trabajo suplementario en dominicales y festivos **ocasional,** sino **ordinario**, contrario a lo considerado por el apelante, conforme a la norma que regula la materia, no se debía exigir el requisito de la autorización por parte de la entidad, en donde se especificaran las tareas a desempeñar, para la liquidación y pago de ese trabajo suplementario, resultando que el derecho a la remuneración ya está creado, reconociendo, conforme a la sentencia citada en el marco normativo y jurisprudencial[[6]](#footnote-6), la retribución de tal trabajo en días dominicales y festivos, adicionando al valor de su mesada o quincena salarial (que debió incluir la retribución del descanso dominical), el valor del trabajo realizado durante cada día festivo servido, con un recargo del 100% sobre dicho valor; y concediendo un día de descanso compensatorio, o si éste no se otorga, adicionando además el valor de un día ordinario de trabajo (sic), sin embargo como varias veces se ha aclarado, conforme a las pretensiones de la demanda lo único que está pidiendo el demandante se le reconozca en el proceso judicial de la referencia es el pago de los **compensatorios**, por haber laborado domingos y festivos y por no haber disfrutado del descanso en dichos días.

En virtud de lo anotado, es claro para la Sala que, conforme a las pruebas allegadas y teniendo en cuenta la *causa petendi* del presente asunto, al actor le asiste el derecho al pago de los compensatorios por el trabajo realizado en dominicales y festivos, teniendo en cuenta que se probó que la entidad demandada no concedió este tiempo compensatorio para que el actor hubiera descansado, pues así lo afirmó la rectora de la institución educativa para la cual el señor GLORED ANTONIO laboraba, según la certificación mencionada anteriormente, obrante a folios 7 a 9.

Del mismo modo, con las pruebas aportadas al proceso no se probó que la entidad hubiera reconocido y pagado este derecho durante la vigencia de la relación laboral, la cual según lo probado finalizó el 31 de julio de 2016 (fl. 14), teniendo en cuenta que según certificación expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Duitama dentro de las acreencias reconocidas al actor, en el periodo que se reclama (3 de marzo de 2013 al 30 de agosto de 2015) **no se incluyó el pago por compensatorios trabajados.**

Sin embargo, es importante precisar que los días laborados en dominicales y festivos por el demandante que se probaron y se señalaron en la presente providencia, sólo se hizo de manera ilustrativa, para analizar si el trabajo realizado en estos días fue habitual y permanente o no, mas no implica el reconocimiento de esos días en esta instancia, **teniendo en cuenta que esto no fue materia de apelación y por tanto, en este aspecto, no hay lugar a modificación de los días ordenados en la sentencia del *A - quo*.**

Ahora bien, evidencia la Sala que el último argumento de la apelación propuesto por al apoderado judicial del MUNICIPIO DE DUITAMA está relacionado con la orden de reliquidación de las cesantías, la cual fue ordenada en el numeral cuarto del fallo de primera instancia, así:

*“Adicionalmente, se deberá reliquidar el auxilio de cesantías* ***incluyendo el valor reconocido por concepto de compensatorios*** *en los términos previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978”* (fl. 210). (Negrilla fuera de texto).

Entonces, habiendo sido objeto de apelación la orden de reliquidación de las cesantías, a esta Corporación le compete el pronunciamiento frente a la misma, atendiendo lo ordenado en el artículo 328 del C.G.P., y por tanto teniendo claro que lo que en este proceso se pretendió fue el **reconocimiento de los compensatorios, y que finalmente es a lo que se accede en esta instancia,** más no el **reconocimiento del trabajo suplementario**, conforme lo ordena el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978[[7]](#footnote-7) no hay lugar a la reliquidación de las cesantías, pues los compensatorios no constituyen factor salarial para la liquidación de dicha acreencia laboral, razón por la que en este aspecto se dispondrá la modificación.

Por las anteriores razones se dispondrá la modificación de los numerales 4 y 5 de la sentencia de primer grado, precisando que a título de restablecimiento del derecho se condena a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los compensatorios reconocidos en la sentencia de primera, esto es, 38 días para el 2013, 39 días para el 2014 y 29 días para el 2015, teniendo en cuenta que como se señaló frente a esto no radicó la apelación y por tanto no hay lugar a modificación. Y se negará la pretensión de reliquidación de las cesantías por las razones expuestas anteriormente, y se confirmará en lo demás la sentencia de primer grado.

**3.4. De las costas**

La Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, teniendo en cuenta que la sentencia de primer grado no fue confirmada en todas sus partes, conforme lo señalado en el numeral 3 del artículo 365 del CGP.

**IV. DECISION**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO: MODIFICAR los numerales cuarto y quinto** de la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, los cuales quedarán así:

“**CUARTO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condena al Municipio de Duitama a reconocer y pagar a favor del señor GLORED ANTONIO GUTIERREZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 7.211.985 expedida en Duitama los siguientes compensatorios: 38 días por el año 2013, 39 días por el año 2014 y 29 días por el año 2015, teniendo en cuenta que quedó probado que la relación laboral finalizó el 31 de julio de 2016”.

“**QUINTO:** Condenar al municipio de Duitama a pagar a favor del señor Glored Antonio Gutiérrez, ya identificado, el valor de los compensatorios reconocidos. Las sumas a reconocer deberán indexarse de conformidad con la siguiente formula.

 R=Rh Indice final

 **Í**ndice inicial

**SEGUNDO:**  Se niega la pretensión de reliquidación de las cesantías, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONFIRMAR en lo demás,** la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Sin condena en costas en esta instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO:** Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

**NOTIFÌQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados:

**FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

**FABIO IVAN AFANADOR GARCÌA**

**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**

1. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, del 29 de agosto de 2019, radicado No. 0413-13. C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia del Consejo de Estado, Sección segunda, del 17 de agosto de 2006, radicado No. 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) C.P. Ana Margarita Olaya Forero. [↑](#footnote-ref-2)
3. Debe entenderse que se trata del artículo 2° de la Ley 27 de 1992 en cuyo texto se leía: *"ARTICULO 20. DE LA COBERTURA. Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental; distrital diferentes al Distrito Capital, municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales ... "* [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia del Consejo de Estado, Sección segunda, del 6 de diciembre de 2018, radicado No. 25000234200020130542501 (4621-2017) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibídem*  [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia del Consejo de Estado, Sección segunda, del 17 de agosto de 2006, radicado No. 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) C.P. Ana Margarita Olaya Forero. [↑](#footnote-ref-6)
7. **ARTICULO 45.** DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

a. La asignación básica mensual;

b. Los gastos de representación y la prima técnica;

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.

 [↑](#footnote-ref-7)