

Cartagena de Indias D.T. y C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante	Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionado	Distrito de Cartagena
Tema	Reliquidación salarial "Bombero" - Indebida aplicación del Decreto 1042 de 1978.
Magistrado Ponente	Jean Paul Vásquez Gómez

II.- PRONUNCIAMIENTO

1. La Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Bolívar¹ resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia de 1º de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

Contenido: 3.1. Posición de la parte demandante; 3.2. Posición de la parte demandada; 3.3. Sentencia de primera instancia; 3.4. Apelación y trámite de segunda instancia.

3.1. Posición de la parte demandante

2. El 6 de noviembre de 2020², el señor Justo Rafael Cabarcas Diaz presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el Distrito de Cartagena.

3. En la demanda se formularon las siguientes **pretensiones**³:

"DECLÁRESE la nulidad total del acto administrativo contenido en el oficio A AMCOFI-0156929-2019 de 10 de diciembre de 2019, emanado del **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**, suscrito por la Directora Administrativo de Talento Humano; mediante el cual se niega el reconocimiento, y pago, de una reliquidación por indebida aplicación del decreto 1042 de 1978, según fue expuesto en la petición EXT-AMC-19-0108461.

DECLÁRESE que la Jornada laboral ordinaria aplicable a mis representados es la establecida en el artículo 33 del decreto 1042 de 1978, es decir, 190 horas mensuales, 44 semanales, tal y como ha sido interpretada por el Consejo de Estado en la línea jurisprudencial que fundamenta esta demanda.

Como consecuencia inescindible de las anteriores declaraciones:

1. CÒNDENESE a la demandada **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**, a reliquidar todo lo devengado, durante la vigencia del vínculo legal y reglamentario, por concepto de salarios (sueldo básico, recargo nocturno, horas extras diurna ordinaria, hora extra nocturna ordinaria, dominicales, festivos, compensatorios, recargo nocturno feriado y recargo nocturno dominical), prestaciones sociales (auxilios de cesantía, intereses de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación y prima de navidad), aportes a seguridad social y el incentivo por actividad de alto riesgo; teniendo como base de liquidación la jornada ordinaria laboral de 190 horas mensuales establecida en el artículo 33 del decreto 1042 de 1978, frente al salario básico desde el inicio de la vinculación hasta que sean efectivamente reliquidados.

2. Como consecuencia de la anterior, CÒNDENESE a la demandada **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**, a pagar las diferencias que surjan con ocasión del ejercicio reliquidatorio deprecado. Las cuales estimamos para el caso de JUSTO RAFAEL CABARCAS DIAZ en la suma

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521, expedido el 19 de marzo de 2020 por el Consejo Superior de la Judicatura.

² Folio 55, Archivo digital "01ExpedientePrimeraInstancia"

³ Folios 1 – 3, Archivo digital "01ExpedientePrimeraInstancia"



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 2 de 15

de (\$461.460) mensuales, aproximadamente, desde el 1 de enero de 2015 hasta la fecha de la sentencia estimatoria.

3. CÒNDENESE a la demandada **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**, a adoptar como jornada ordinaria laboral para mi representado, de forma definitiva, la establecida en artículo 33 del decreto 1042 de 1978.

4. CÒNDENESE a la demandada **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**, a realizar los aportes pensionales adicionales teniendo en cuenta el nuevo salario promedio devengado por mis representados, conforme a lo solicitado en esta petición, desde el inicio de la vinculación legal.

CÒNDENESE a la demandada **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**, a reconocer, indexados, todos los emolumentos que han sido deprecados, al momento de ser pagados.

6. CÒNDENESE a la demandada **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**, al pago de intereses moratorios, desde la fecha en que se debieron cancelar las sumas de dinero adeudadas.

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

4. El demandante narró, en síntesis, los siguientes **hechos relevantes**⁴:

5. (1) Se desempeña como bombero del Distrito de Cartagena, en el cargo 047-C475 – Grado G05.

6. (2) La jornada ordinaria laboral sobre la cual el Distrito de Cartagena está pagando su remuneración mensual, prestaciones, aportes a seguridad social y todos aquellos pagos sobre los cuales pueda tener incidencia el valor de la hora ordinaria de trabajo, es de 240 horas mensuales.

7. (3) Adicionalmente labora 50 horas extras mensuales que no están siendo remuneradas, pues según lo ha entendido el Distrito de Cartagena, la jornada laboral de los bomberos es de 240 horas mensuales y le agregan, a esa jornada ordinaria laboral, 50 horas extras, para un total de 290 horas mensuales.

8. (4) Actualmente cumple su trabajo mediante un sistema de turnos de 24 horas de labor por 48 horas de descanso, propio de un servicio público esencial y el valor de la hora ordinaria de trabajo es \$6.277,754, cuando el correcto y constitucional entender de la preceptiva establecida en el artículo 33 del decreto 1042 de 1978 lleva a concluir que hay una diferencia de \$1.652,040 entre el valor de la hora ordinaria que paga el Distrito y lo que debe pagar, lo que tiene incidencia salarial.

9. (5) Afirmó haberle solicitado al Distrito de Cartagena, reliquidación salarial conforme a lo establecido en el decreto 1042 de 1978, lo cual fue negado.

3.2. Posición de la demandada

10. El **Distrito de Cartagena** contestó la demanda⁵, en la que se opuso a las pretensiones con fundamento en lo siguiente: **(1)** el acto acusado se expidió con sustento en la revisión de los soportes de nómina correspondientes al demandante, evidenciándose que habían sido pagadas todas las horas de trabajó tanto ordinarias como suplementarios y compensatorios que son reportadas por el Comandante de Bomberos de Cartagena de forma mensual y dentro de los límites

⁴ Folios 3 – 5, Archivo digital "01ExpedientePrimeraInstancia"

⁵ Folios 94-100 archivo digital "01ExpedientePrimeraInstancia".



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 3 de 15

legales, es decir 190 por un lado y 50 por el otro; **(2)** con la expedición del Decreto No. 1042 de 1978 se fijó taxativamente un límite de 66 horas semanales de trabajo en cuanto a las actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, es decir, que en el caso bajo estudio no es posible incluir la actividad bomberil por no pertenecer a las actividades señaladas por la norma en mención; **(3)** los miembros del Cuerpo de Bomberos del Distrito de Cartagena cumplen con jornadas de trabajo (turnos) que no puede superar las 190 horas en jornada ordinaria mensual, contando con un trabajo extra el cual no debe exceder las 50 horas tal como se establece en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 el cual se modificó por el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989; de modo que al actor le han sido pagadas todas sus horas de trabajo ordinarias y extras de acuerdo a la ley.

3.3. Fallo de primera instancia

11. Mediante Sentencia de 1 de septiembre de 2021⁶, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en no encontrar probado que al actor no se le pague su jornada ordinaria y trabajo suplementario por fuera de los parámetros del Decreto 1042 de 1978; para ello destacó: **(1)** no puede el actor asumir que cada día debe entenderse como 8 horas de trabajo, siendo que en audiencia de pruebas dijo que trabajaba con un sistema de turnos de 24 horas de trabajo por 48 de descanso, es decir, no labora los 30 días del mes y sus jornadas de trabajo no son de 8 hora, sino de 24x48; **(2)** no está probado que al actor se le paguen 240 horas mensuales de trabajo ordinario y que a partir de la hora 241 le corresponden horas extras o suplementario; teniendo en cuenta que el Distrito fue enfático al señalar que se estaban pagando 190 horas de trabajo ordinario, máximo 50 de horas extras y que en caso de exceder esos límites se daban días compensatorios; **(3)** el Distrito de Cartagena sostuvo haber pagado 190 horas de trabajo ordinario y a partir de la hora 191 paga los respectivos recargos de acuerdo al Decreto 1042 de 1978, tal como se verifica en los respectivos desprendibles de nómina mes a mes. **(4)** Finalmente, el actor señala que el valor de una hora de trabajo ordinario en el año 2017 se le pagaba a \$6.277, llega a esta conclusión dividiendo su salario base en ese año que equivalía a \$1.506.661, entre 240 horas, que es lo que él considera está trabajando como jornada ordinaria. Sin embargo, no existe prueba en el expediente que indique con certeza cuánto vale por ley una hora de trabajo ordinario para los servidores que conforman el cuerpo de bomberos, es decir, no hay un racero que permita determinar si al actor se le está liquidando o no correctamente su salario y prestaciones sociales, lo cual es carga de la parte que alega la nulidad del acto administrativo demandado.

3.4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

12. La parte demandante presentó **recurso de apelación**⁷ en contra de la Sentencia de primera instancia, en el que solicitó se revoque la decisión y, en su lugar, se declare la nulidad pretendida, con el consabido restablecimiento. El motivo de su inconformidad lo sustenta en las siguientes razones: **(1)** si el artículo 33 del Decreto 1042 de 1972 establece que la jornada ordinaria en el sector público son máximo 190 horas mensuales, es claro que quien labora 240 horas mensuales, está laborando 50 horas extras o suplementarias; siendo irrelevante la modalidad de

⁶ Folios 306 – 320, Archivo Digital "01ExpedientePrimeraInstancia".

⁷ Folios 324 – 331, Archivo Digital "01ExpedientePrimeraInstancia".



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 4 de 15

turno que entre semana se le asigne al servidor. Lo verdaderamente relevante es que, sumadas todas las horas laboradas en el mes no superen las 190 horas, si el trabajador labora más de 190 horas, el resto es tiempo suplementario y lo mismo ocurre con el valor de la hora ordinaria; **(2)** la providencia objeto del presente recurso no valora correctamente los elementos materiales de pruebas que han sido arrimados al expediente, pues no escudriña la realidad probatoria contenida en cada uno de los volantes de pago, incluso, se rebela contra el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, al no verificar que el valor de la hora ordinaria, efectivamente, correspondiera al que arroja la división del salario básico recibido entre 190 horas. **(3)** Para determinar el valor de la hora ordinaria fija, basta con realizar la operación aritmética de división, utilizando como divisor la jornada máxima legal permitida para estos servidores públicos, esto es 190 horas.

13. Por Auto de 27 de enero de 2022⁸, esta Corporación **admitió la apelación** interpuesta por la parte demandante y mediante informe secretarial que antecede⁹ se advirtió que ni el Ministerio Público ni el Distrito de Cartagena se pronunciaron en sede de alzada.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

14. Agotadas las etapas procesales propias de esta instancia, sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

V.- CONSIDERACIONES

Contenido: 5.1 Competencia; 5.2. Síntesis de la controversia y problema jurídico de instancia; 5.3. Tesis de la Sala; 5.4. Metodología y estructura de la decisión; 5.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicables; 5.6. Caso concreto: análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo; y 5.7. Costas

5.1. Competencia

15. Esta Corporación es **competente** para conocer el recurso de apelación interpuesto en este proceso de doble instancia, por disposición del art. 153 del CPACA, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de apelaciones de Sentencias dictadas por jueces administrativos.

5.2. Síntesis de la controversia y problema jurídico de instancia

16. La parte demandante considera que se debe anular el acto administrativo demandado y, en consecuencia, accederse a la reliquidación pretendida, teniendo como base para ello la jornada ordinaria laboral máxima de 190 horas mensuales establecida en el artículo 33 del decreto 1042 de 1978, bajo el entendido que el bombero que labora 240 horas mensuales, está laborando 50 horas extras o suplementarias. Por su parte, el ente demandado planteó que los miembros del Cuerpo de Bomberos del Distrito de Cartagena cumplen con jornadas de trabajo (turnos) que no puede superar las 190 horas en jornada ordinaria mensual, contando con un trabajo extra el cual no debe exceder las 50 horas tal como se establece en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978; de modo que al actor le han sido pagadas todas sus horas de trabajo ordinarias y extras de acuerdo a la ley.

⁸ Archivo digital "04AutoAdmiteRecurso"

⁹ Archivo digital "07InformeSecretarial"



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 5 de 15

17. El Juez de primera instancia estimó que al no haberse acreditado el valor de una hora de trabajo ordinario para los servidores que conforman el cuerpo de bomberos del Distrito de Cartagena, no es posible determinar si al actor se le está liquidando o no correctamente su salario y prestaciones sociales.

18. De conformidad con lo previsto en el primer inciso del artículo 328 del Código General del Proceso, el superior deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, razón por la cual, el **problema jurídico** a resolver se circunscribe en determinar si la parte demandante tiene derecho a que se declare la nulidad del acto administrativo demandado y, como consecuencia de ello, a que se le reliquiden factores salariales teniendo como base para ello la jornada ordinaria laboral máxima de 190 horas mensuales establecida en el artículo 33 del decreto 1042 de 1978; o si por el contrario, no le asiste tal derecho.

5.2. Tesis de la Sala

19. La Sala **REVOCARÁ** la Sentencia apelada, teniéndose en cuenta que de lo aportado al expediente es posible concluir que al demandante le asiste derecho a la reliquidación de factores salariales no tenidos en cuenta por el Distrito de Cartagena.

5.4. Metodología y estructura de la decisión

20. Para resolver el problema jurídico planteado y la fundamentación de la tesis antes citada, la Sala analizará las normas y jurisprudencia aplicables (5.5) y, posteriormente, a partir de pruebas aportadas al proceso, examinará el caso concreto (5.6.)

5.5. Marco normativo y jurisprudencial

21. El Decreto 1042 de 1978 dispone en su artículo 33 lo siguiente:

“ARTÍCULO 33 “DE LA JORNADA DE TRABAJO

La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. (...)

Dentro del límite 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.”

22. En efecto, tal y como lo señaló el Juez de primera instancia¹⁰ el Consejo de Estado ha venido ratificando la postura según la cual, el empleado público que labore tiempo adicional a la jornada ordinaria de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, tiene derecho a que se le reconozca el pago de los recargos o los días compensatorios conforme se estableció en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de la citada normativa, así:

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 22 de febrero de 2018, radicado, Rad. No.: 250002325000201000705 01 (0308-2016)

Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 6 de 15

Decreto Jornada Laboral 1042 de 1978	Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales)	Excepción y límites.
Artículo 34 – Ordinaria nocturna	35%	Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos
Artículo 35 - Jornada Mixta – Se cumple por sistema de turnos – Incluye horas diurnas y nocturnas. Por estas últimas se paga el recargo nocturno pero podrán compensarse con periodos de descanso	35%	Sin perjuicio de lo dispuesto para quienes trabajen ordinariamente por el sistema de turnos.
Artículo 36 – Horas extras diurnas – Trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria. Debe ser autorizada por el Jefe inmediato	25%	No puede exceder 50 horas mensuales – si sobrepasa límite se reconoce descanso compensatorio: 1 día de trabajo por cada 8 horas extras trabajadas.
Artículo 37 - Horas extras nocturnas – trabajo desarrollado por personal diurno	75%	Trabajo ordinario domingos y festivos
Artículo 39 – Trabajo ordinario domingos y festivos – Cuando se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos.	La remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.	Igual que en el cuadro anterior referente al artículo 36.

23. En ese mismo fallo se refirió a la **jornada laboral del cuerpo oficial de bomberos**, en los siguientes términos:

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

Este criterio varió desde el año 2008. La nueva posición jurisprudencial indicó que la jornada de trabajo excepcional cumplida por el personal bomberil no podía desconocer el derecho al reconocimiento del trabajo suplementario, puesto que ello vulneraba el principio de igualdad en relación con otros empleados que realizan funciones menos riesgosas.

Por tal razón, se determinó que en el acto administrativo que expida la entidad con el fin de fijar la jornada especial de trabajo para los bomberos debe: (i) Señalar la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar la aludida jornada y; (ii) establecer el pago salarial bajo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978, es decir, la regulación de las jornadas mixtas y con garantía de la remuneración del trabajo suplementario, dentro de los límites previstos en el artículo 33.

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



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 7 de 15

puesto que el régimen especial no puede ir en detrimento de las normas laborales generales y de los derechos irrenunciables de los trabajadores.

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

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

24. Sobre tal línea, el servidor perteneciente al cuerpo de bomberos de los entes territoriales debe acreditar que, en sus labores, excede el tope máximo legal para acceder a un reajuste en su salario, pues el régimen de jornada laboral regulado por el Decreto 1042 de 1978 le es aplicable.

5.6. Caso concreto

5.6.1. Pruebas documentales relevantes. Se aportaron al proceso las siguientes:

25. **(1)** Solicitud de reliquidación salarial radicada por el actor el 2 de noviembre de 2019 ante el Distrito de Cartagena, en la cual invoca su calidad de Bombero y pide se tenga en cuenta como base de liquidación en lo mensualmente devengado, la jornada ordinaria laboral de 190 horas mensuales que establece el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978¹¹.

26. **(2)** Oficio AMC-OFI- 0156952-2019, con constancia de recibido de 16 de diciembre de 2019, a través del cual el Distrito de Cartagena, niega la solicitud de reliquidación salarial, afirmando que sus actuaciones nominales se encuentran ajustadas a los parámetros de ley, por ser la actividad bomberil de naturaleza diferente, llamada a desempeñarse de una forma especial.¹²

27. **(3)** Oficio AMC-OFI- 0077764 de 6 de julio de 2021, por medio del cual la Directora Administrativa de Talento Humano del Distrito de Cartagena, informa que el Comandante del Cuerpo de Bomberos, por disposición del Decreto 1701 de 2015, es el competente para suministrar copia de las rotaciones de turnos u órdenes de servicios asignadas al demandante¹³.

28. **(4)** Recibos de pagos (nóminas) expedidas por el Distrito de Cartagena a nombre del señor Justo Díaz Cabarcas, en donde se le identifica como servidor perteneciente al Cuerpo de Bomberos de esa entidad, cargo: 475 – 605, correspondientes a los periodos de enero de 2015 a diciembre de 2020¹⁴

29. **(5)** Recibos de pagos (nóminas) expedidas por el Distrito de Cartagena a nombre del señor Justo Díaz Cabarcas, correspondiente a los meses de junio, julio y agosto de 2021¹⁵.

¹¹ Folios 42-47 Archivo digital, "01ExpedientePrimerInstancia"

¹² Folio 48-50 Archivo digital "01ExpedientePrimerInstancia"

¹³ Folio 214 Archivo digital "01ExpedientePrimerInstancia"

¹⁴ Folio 215 –287 Archivo digital "01ExpedientePrimerInstancia"

¹⁵ Folios 297, 329 y 330 Archivo digital "01ExpedientePrimerInstancia"

Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página 8 de 15

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo aplicable

30. A partir de los medios de prueba aportados al proceso se verifican, principalmente, los siguientes supuestos:

(1) De la calidad de servidor distrital y lo devengado:

31. De las pruebas aportadas se acreditó que el demandante se desempeña como empleado público territorial del Distrito de Cartagena, en el cargo de bombero, código 475.

32. Sus asignaciones básicas entre 2015 a 2021 son las siguientes:

Fecha	Objeto de los contratos
2015	\$1.360.882
2016	\$1.466.622
2017	\$1.664.860
2018	\$1.864.643
2019	\$1.864.643
2020	\$2.205.126
2021	\$2.307.495

33. De acuerdo con los desprendibles de pago aportados se demuestra que en los citados años el actor causó **recargos nocturnos, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, dominicales y feriados, compensatorios y recargos nocturnos feriados; además de su asignación básica, vacaciones, bonificación por servicios, incentivo actividad alto riesgo y prima de navidad.** De igual forma se verifica que labora más de las 44 horas semanales establecidas como jornada para los empleados públicos territoriales.

34. De igual forma, resulta oportuno precisar que, en relación con la jornada laboral de los bomberos, la Sala comparte el criterio expuesto por el Consejo de Estado, el cual ratifica en reciente pronunciamiento¹⁶, según el cual, la labor bomberil no implica actividades de naturaleza discontinua, intermitente o de simple vigilancia, sino de carácter continuo y permanente; y, por ende, el límite máximo legal de 66 horas semanales de jornada laboral, previsto en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, no le corresponde, sino el ordinario de 44, pues falta una regulación especial sobre la materia.

35. Conforme a lo citado, para decidir el asunto se debe aplicar el Decreto 1042 de 1978, siendo procedente el reconocimiento del trabajo suplementario para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, es decir, dentro de los límites allí previstos y la remuneración determinada para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y festivos, cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno en dominicales y festivos.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 30 de enero de 2020 - Expediente: 25000-23-25-000-2011-00487-01 (3603-2016)



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 9 de 15

36. Adicionalmente, no existe razón para que el sistema de turnos determinado para la prestación del servicio entre en conflicto con la regulación de dicha jornada, la cual se encuentra dispuesta en la ley, en este caso el Decreto 1042 de 1978, que dispone en su artículo 35: *"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"*, previendo además 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 de los artículos 35 y siguientes de la referida norma, previa deducción de días de descanso remunerado, vacancias, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador.

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

38. Ahora, ciertamente como lo advirtió el Juez de primera instancia, en el proceso no obra certificación del equivalente a una hora de trabajo ordinaria para los servidores que conforman el cuerpo de bomberos del Distrito de Cartagena, por ende, afirmó el a-quo carecer de un racero para determinar si al actor se le está liquidando o no correctamente su salario y prestaciones sociales, lo cual se constituía en su carga al ser quien invocaba nulidad.

39. En efecto, no existe en el expediente tal documental; no obstante; el ejercicio de analizar las nóminas aportadas por el mismo Distrito de Cartagena y verificar los porcentajes, montos y en general la liquidación aplicada mes a mes a la situación salarial del actor, permite constatar que en las anualidades 2015 a 2021, se estaba efectuando un mal cálculo.

40. De hecho, antes de proferirse sentencia, el demandante da cuenta que, a partir de julio de 2021, el Distrito de Cartagena empezó a tomar como base de liquidación en lo mensualmente devengado, la jornada ordinaria laboral de 190 horas mensuales que establece el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, lo que no sucedió en los periodos anteriores; procediendo con el aporte del respectivo desprendible, tal y como se advierte en la relación probatoria.

41. Tampoco obra en el proceso, autorización del desempeño de funciones en horas extras, conforme lo exige el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, sin embargo, al establecerse el sistema de turnos, que se reconoce con el Oficio AMC-OFI-0077764 de 6 de julio de 2021 expedido por la entidad accionada, se entiende que



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 10 de 15

la misma va implícita, máxime cuando con los recibos o nóminas se advierte que se vienen pagando al actor recargos ordinarios nocturnos.

42. De esas mismas nóminas se puede verificar que el pago de los distintos recargos los efectuó la accionada con base en 240 horas mensuales y no en 190 para fijar el valor de la hora ordinaria, sin reconocer las horas extras, pues consideró que eran más beneficiosos para el empleado, puesto que en ningún caso se podía realizar un pago que excediera las 50 horas extras mensuales.

43. De acuerdo con la sentencia del Consejo de Estado que viene siendo citada: (De 30 de enero de 2020 - Expediente: 25000-23-25-000-2011-00487-01 (3603-2016)-), si un empleado público de actividad bomberil trabajó 360 horas mensuales por el sistema de turnos (24 x 24) y la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces se entiende que laboró **170 horas adicionales** a la jornada ordinaria, es decir, tiempo extra, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero **50 horas extras al mes**, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. Dicha norma establece que no se pagarán más de 50 horas extras al mes y que las horas extras laboradas que excedan el tope señalado, se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un (1) día hábil por cada: 8 horas de trabajo.

44. Bajo tal media aritmética, y descendiendo al caso concreto, se advierte que el actor laboró horas extras, de las que sólo se pueden pagar en dinero 50 horas extras y las que superaron dicho tope se deben pagar con tiempo compensatorio, de modo que el señor Justo Cabarcas tenía derecho a que le fueran compensadas horas extras al mes, a razón de un (1) día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo. Tendría derecho al reconocimiento de **horas extras laboradas en el mes**, tal y como se desprende de lo reconocido en desprendibles de pago, a partir del 1 de enero de 2015, conforme lo solicitó en las pretensiones de su demanda, demostrándose que la entidad no incluyó el reconocimiento de las horas extras laboradas y teniendo como tiempo extra aquel que excedió 44 horas semanales, equivalentes a 190 horas mensuales.

45. Se precisa, que en ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales porque habrá de tenerse en cuenta el límite previsto en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, y respecto de las horas extras excedidas mensuales, la Sala no ordenará el reconocimiento del tiempo compensatorio, toda vez que es el compensatorio con tiempos de descanso, de acuerdo con el sistema de turnos que desarrolló el actor.

46. Se insiste, lo realmente relevante en el asunto es que se pudo verificar mes a mes, que en relación a los turnos cumplidos y rotaciones horarias cumplidos por el actor, la base de liquidación tomada por el Distrito de Cartagena fue 240 horas y no el límite o parámetro tope de 190 horas; luego entonces, lo excedido a partir de esta última cifra horaria debe ser reconocido.

47. En ese orden, si el actor trabajó 240 horas mensuales o más por el sistema de turnos y la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, entonces es claro que laboró horas adicionales a la jornada ordinaria, tiempo suplementario, del cual solo se pueden pagar en dinero 50 horas extras al mes de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 11 de 15

13 del Decreto ley 10 de 1989, y las que superen dicho tope, se pagan con tiempo compensatorio, en razón de un (1) día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo, es decir, 15 días de descanso al mes, que se demostró el accionante ya había disfrutado, por lo que el tiempo extra que excedió el límite legal permitido, fue debidamente compensado con el turno de descanso.

48. Por otra parte, como al demandante se le cancelaron los recargos ordinario nocturno, nocturnos feriados, dominicales y feriados, horas extras diurnas y nocturnas, pero con una base de 240 horas mensuales, le asiste el derecho al actor en relación a la reliquidación solicitada a efectos de que se modifique esta forma de realizar el cálculo y hacer la respectiva reliquidación con el denominador .de 190 horas mensuales.

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

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

51. Seguidamente la Sala se permite indicar, que, de las nóminas aportadas en el expediente, se verificó la base de cálculo de los factores ya indicados, determinándose, que a la luz del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 y el parámetro de las 190 horas mensuales que es el correcto para liquidar los mismos, el Distrito de Cartagena usó una base aritmética errada (240 horas).

52. Como se anunció, del ejercicio de verificación practicado sobre los desprendibles de nómina aportados, se puede apreciar que en relación a cada una de las nóminas aportadas, al señor Justo Cabarcas se le adeudan diferencias salariales:

Concepto 1	Valores
Salario Básico	\$ 1.360.882
Concepto	Ordinario nocturno
Porcentaje	35%
Jornada Real	190
Jornada reconocida	240
Valor hora1	\$ 7.163
Valor hora2	\$ 5.670
Valor Recargo Nocturno	\$ 2.507
Valor Recargo Nocturno2	\$ 1.985
Número de horas	72
Total Reconocido	\$ 142.893
Valor real	\$ 180.496
Diferencia	\$ 37.603



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 12 de 15

Concepto 2		Valores
Salario Básico	\$	1.360.882
Concepto	Ordinario nocturno	
Porcentaje		35%
Jornada Real		190
Jornada reconocida		240
Valor hora1	\$	7.163
Valor hora2	\$	5.670
Valor Recargo Nocturno	\$	2.507
Valor Recargo Nocturno2	\$	1.985
Número de horas		54
Total Reconocido	\$	107.169
Valor real	\$	135.372
Diferencia	\$	28.202

Concepto 3		Valores
Salario Básico	\$	1.864.643
Concepto	Ordinario nocturno	
Porcentaje		35%
Jornada Real		190
Jornada reconocida		240
Valor hora1	\$	9.814
Valor hora2	\$	7.769
Valor Recargo Nocturno	\$	3.435
Valor Recargo Nocturno2	\$	2.719
Número de horas		60
Total Reconocido	\$	163.156
Valor real	\$	206.092
Diferencia	\$	42.936

53. Como se puede apreciar, el señor Cabarcas Díaz tiene derecho tanto al reconocimiento de las **horas extras diurnas y nocturnas** laboradas más allá de las 190 horas máximas mensuales, con el límite del pago de las 50 horas al mes, como al reconocimiento y pago de **recargos nocturnos ordinarios, recargo nocturno feriado y dominicales y feriados**, con el consecuencial reajuste de las **cesantías**. Por consiguiente, la Sala estima que deberá revocarse la sentencia apelada para que en su lugar se declare la nulidad de la actuación enjuiciada y se le ordene al Distrito de Cartagena reconocer y pagar el tiempo que exceda las 190 horas mensuales, pues resulta evidente que se considera como suplementario o extra.

54. Finalmente, en lo que tiene que ver con la **excepción de prescripción**, es preciso señalar que por disposición del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, los medios de control que emanen de derechos laborales prescriben al término de 3 años contados a partir de que la obligación se hubiere hecho exigible, término que se interrumpe con el simple reclamo escrito de sus derechos que hiciere el solicitante.



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 13 de 15

55. En el presente caso se verifica que el actor presentó reclamación el 2 de noviembre de 2019, siendo claro que a partir de esa fecha se interrumpió la prescripción, por tanto, las diferencias que se hubieren causado con anterioridad al 2 de noviembre de 2016, se encuentran prescritas.

56. Clarificado lo anterior, el restablecimiento del derecho que se ordenará quedará circunscrito al periodo del 2 de noviembre de 2016, hasta el momento en que la entidad demandada hubiere procedido a la rectificación de la base de liquidación del salario del actor, lo cual, según el propio dicho del actor en sus alegatos, ocurrió a partir del 1 de julio de 2021. Con todo, deberá ser la entidad quien verifique tal supuesto fáctico, quien además deberá tener especial cuidado en descontar los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias y demás situaciones administrativas en que el actor no hubiere laborado.

57. Las sumas a reconocer se actualizarán teniendo en cuenta para ello el índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula jurisprudencial.

$$R = Rh \times \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

58. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el respectivo pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

5.7. Costas en segunda instancia

59. Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del CGP, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

60. En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma favorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de esta, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del citado estatuto procesal, y teniendo en cuentas los siguientes factores: (i) el trámite del recurso, (ii) la naturaleza del proceso y (iii) la gestión de la parte demandada. En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el Juzgado de primera instancia, atendiendo las citadas reglas normativas.



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 14 de 15

VI.- DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada de 1 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, la cual quedará así:

PRIMERO: Declarar probada de oficio la excepción **Prescripción** de las diferencias dejadas de percibir por el demandante, con anterioridad al 2 de noviembre de 2016, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio AMCOFI-0156929-2019 de 10 de diciembre de 2019, emanado del **DISTRITO DE CARTAGENA**, suscrito por la Directora Administrativo de Talento Humano; mediante el cual se niega el reconocimiento, y pago, de una reliquidación por indebida aplicación del decreto 1042 de 1978, según fue expuesto en la petición EXT-AMC-19-0108461, de acuerdo a lo expuesto en las consideraciones.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaratoria, se ordena al **DISTRITO DE CARTAGENA**, reconocer y pagar al señor Justo Rafael Cabarcas Díaz, la remuneración correspondiente a las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales, y feriados, recargo nocturno y recargo nocturno feriado por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 2016, hasta el momento en que la citada entidad hubiere procedido a la rectificación de la base de liquidación del salario del actor, conforme a lo explicado en esta providencia. Con todo, deberá ser la entidad quien verifique tal supuesto fáctico, quien además deberá tener especial cuidado en descontar los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias y demás situaciones administrativas en que el actor no hubiere laborado. **Parágrafo 1:** Las sumas a reconocer se actualizarán teniendo en cuenta para ello el índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula jurisprudencial.

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el respectivo pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. La fórmula se aplicará de forma mensual por recaer sobre prestaciones periódicas de tracto sucesivo. **Parágrafo 2:** En lo relacionado con la liquidación de cesantías, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en sus letras c) y d), dispone como factor salarial para tal efecto, los dominicales y feriados, y las horas extras, motivo por el cual, se deberán tener en cuenta para el cálculo y pago que aquí se ordena.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandada.



Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado 13001-33-33-008-2020-00163-01
Accionante Justo Rafael Cabarcas Díaz
Accionados Distrito de Cartagena
Decisión Revoca sentencia de primera instancia
Página Página 15 de 15

SEXTO: ORDENAR se disponga por secretaría: Notificar la sentencia en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011. / Remitir la providencia junto a los correspondientes oficios para que se lleve a cabo su cumplimiento / Liquidar los gastos del proceso y previa solicitud, devolver si existieren los remanentes a la parte demandante, ejecutoriada y en firme esta decisión. / Archivar expediente con las anotaciones de rigor, una ve ejecutoriada y en firme la presente providencia.

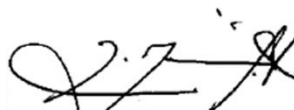
SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales en segunda instancia a la parte demandada, las cuales se liquidarán por el Juzgado de origen, dando aplicación a los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría enviar el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en Justicia Web TYBA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 006 de la fecha.


JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ
MAGISTRADO


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado


OCAR IVAN CASTANEDA DAZA
Magistrado