



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Acción o medio de control. Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicado. 19001333100320130032801.
Demandante. Eibar Nilson Latorre.
Demandado. Departamento del Cauca.
Fecha de la sentencia. 30 de septiembre de 2016.
Magistrado ponente. DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO.
Descriptor. Trabajo suplementario.
Restrictor. Horas extras de celadores territoriales.
Problemas jurídicos. ¿Cuál es la jornada ordinaria laboral aplicable a los celadores vinculados al nivel territorial? ¿Es procedente la reliquidación de la jornada ordinaria incluyendo en ella el trabajo suplementario para efectos de liquidación de factores y prestaciones sociales?
Tesis 1. La jornada ordinaria laboral aplicable a los celadores vinculados al nivel territorial, corresponde a un máximo de 44 horas, tal y como lo establece el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, por lo que es claro, las horas adicionales a dicha jornada deben ser reconocidas y pagadas como trabajo suplementario y de horas extras.
Tesis 2. Respecto de la jornada ordinaria, no es posible su reliquidación toda vez que el trabajo suplementario no puede tenerse como factor salarial para la liquidación de factores y prestaciones sociales, y únicamente procede para las cesantías.
Resumen del caso. El accionante demandó la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo surgido de la reclamación administrativa mediante el cual se negó la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales con base en las horas efectivamente laboradas como vigilante a cargo del departamento del Cauca – Secretaría de Educación. A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento y pago de la totalidad de las horas extras laboradas en los últimos tres años.

De igual manera, la reliquidación de todas sus acreencias como vacaciones prima de vacaciones, cesantías, entre otras.

Problemas jurídicos. ¿Cuál es la jornada ordinaria laboral aplicable a los celadores vinculados al nivel territorial?

¿Es procedente la reliquidación de la jornada ordinaria incluyendo en ella el trabajo suplementario para efectos de liquidación de factores y prestaciones sociales?

Decisión. Modifica parcialmente la decisión del a quo que accedió parcialmente a las prestaciones de la demanda

Razón de la decisión.

La parte demandante indica que el a quo en sentencia de instancia no se pronunció respecto del restablecimiento del derecho de los años subsiguientes al 2012.

(...)

*Así entonces, es claro que la parte demandante impuso un límite temporal para realizar el estudio de la referida pretensión, y en ese sentido falló el a quo. Sin embargo, igualmente se señaló “las que se causen en el curso del proceso”, entendiendo esta Corporación como las **que se prueben** dentro del presente medio de control.*

(...)

Con base en lo anterior, si bien es cierto el a quo entendió que el límite temporal para realizar el estudio comprendía el periodo 2009 a 2012, se encuentra demostrado que en el año 2013 efectivamente el actor laboró horas extras y las cuales deben ser reconocidas y pagadas.

Así, es claro que se debe aplicarse un límite al reconocimiento de las horas extras, éste debe entenderse con fundamento en el fenómeno jurídico de la prescripción y de los meses efectivamente laborados.

Por tanto, el reconocimiento debió realizarse desde el 06 de marzo de 2009, en adelante, en razón a que la petición se radicó el 06 de marzo de 2012, máxime cuando así se solicitó expresamente en la demanda.

En ese orden, le asiste razón a la parte demandante al indicar que el a quo no se pronunció respecto del año 2013, pues como se expresó, existe prueba que el actor laboró en los meses ya referenciados.

Así entonces, este es el criterio que se utilizará para cuantificar el trabajo suplementario que efectivamente haya realizado y se realice en lo sucesivo, incluso después de esta sentencia, siempre y cuando los supuestos normativos estén vigentes.

(...)

Liquidación de la jornada ordinaria

La parte demandante, solicita la revocatoria de la decisión de instancia, aduciendo que debe reliquidarse el trabajo ordinario calculando las horas semanales sobre 44 y no sobre 48 como lo ha venido realizando la administración.

Que el a quo no abordó el tema específico puesto que el demandante requirió además de la reliquidación del trabajo suplementario, la reliquidación del trabajo ordinario.

Como se señaló at supra, la jornada ordinaria laboral aplicable a los celadores vinculados al nivel territorial, corresponde a un máximo de 44 horas, tal y como lo establece el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, por lo que es claro, las horas adicionales a dicha jornada deben ser reconocidas y pagadas como trabajo suplementario y de horas extras.

Por lo anterior, esta Sala no encuentra fundamento alguno para proceder a reliquidar el salario del demandante o pronunciarse respecto de la jornada ordinaria, toda vez que al establecer que ésta corresponde a un máximo de 44 horas, deviene consecencialmente en que las horas laboradas que superen dicho tope deben entenderse como trabajo suplementario, y así se liquidó en la sentencia de instancia.

Ahora, como bien lo indicó el a quo, no es posible la reliquidación de los demás factores salariales pues las horas extras, remuneración de trabajo en dominicales y festivos, así como los recargos nocturnos, no se erigen como factor salarial para la liquidación de prestaciones tales como vacaciones, prima de navidad, prima de vacaciones, entre otros; y el mismo sólo aplica para la reliquidación de la cesantías, lo que efectivamente se ordenó por el juez de primera instancia

(...)

Conforme lo anterior, esta Corporación modificará los numerales primero y segundo de la sentencia recurrida, en el sentido de indicar que el reconocimiento deberá hacerse a partir del 06 de marzo de 2009 y de acuerdo con los meses efectivamente laborados, y hacia futuro.

Respecto de la jornada ordinaria, no es posible su reliquidación toda vez que el trabajo suplementario no puede tenerse como factor salarial para la liquidación de factores y prestaciones sociales, y únicamente procede para las cesantías, como se ordenó en sentencia de instancia.

Observación del Despacho sobre la relevancia de la sentencia. La Sala de oralidad de este Tribunal reitera lo expuesto por la Sala de escrituralidad.

Nota de Relatoría. El Despacho en su observación se refiere a sentencias de la Sala del sistema escritural donde se fallaron casos análogos. Se puede ver sentencia de agosto 18 de 2016 donde el accionante solicita se declare la nulidad del acto por el cual resolvió de manera negativa la reliquidación de horas extras laboradas, salarios y prestaciones sociales durante su desempeño como celador, en primera instancia hubo fallo inhibitorio por ineptitud sustancial de la demanda. La Sala Escritural revocó la sentencia de primera instancia, declaró la nulidad del acto demandado y condenó a la entidad demandada a pagar las prestaciones adeudadas. Demandante César Hernán Betancurt vs Departamento del Cauca, Magistrado Ponente Pedro Javier Bolaños Andrade. Ver en el

EXPEDIENTE: 19-001-33-31-003-2013-00238-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EIBAR NILSON LATORRE NAVIA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA

mismo sentido, sentencia del agosto 25 de 2016, demandante: Gustavo Burbano Muñoz vs Departamento del Cauca, Magistrado Ponente Pedro Javier Bolaños Andrade.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Sustanciador: David Fernando Ramírez Fajardo

**EXPEDIENTE: 19001333100320130032801
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EIBAR NILSON LATORRE
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA**

SENTENCIA No. 195

I.- ANTECEDENTES.

Decide el Tribunal el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la Sentencia N° 023 de 19 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1.1.- Demanda¹.

El señor EIBAR NILSON LATORRE, demandó bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la nulidad total del acto administrativo ficto o presunto negativo surgido de la reclamación administrativa de 06 de marzo de 2012 radicado 10495, mediante el cual se negó la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales con base en las horas efectivamente laboradas como vigilante a cargo del Departamento del Cauca – Secretaría de Educación.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento y pago de la totalidad de las horas extras laboradas en los últimos tres años, sin consideración al límite establecido de 50 horas.

De igual manera, la reliquidación de todas sus creencias como vacaciones prima de vacaciones, cesantías, entre otras.

1.2.- Los hechos.

¹ Folio 34-40 C. Ppal.

Condensando, los siguientes son los supuestos fácticos:

El señor LATORRE NAVIA se vinculó como vigilante al servicio del Departamento del Cauca en la Institución Educativa “Nuestra Señora del Rosario” del municipio de Mercaderes (Cauca).

Refiere que en la prestación de sus servicios laboró horas extras, diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, superando la jornada máxima de 44 horas establecida en el Decreto 1042 de 1978.

Indica que mediante oficio recibido el 25 de mayo de 2011 “*referente a consulta sobre reconocimiento Oficial de Establecimientos Educativos*” como en el concepto rendido por el Ministerio de Educación Nacional EE4412, reiteran que la forma correcta de liquidar las horas ordinarias y extras para vigilantes con el vínculo laboral como el del caso, debe obedecer al Decreto 1042 de 1978.

1.3.- Normas violadas y concepto de la violación.

La parte actora consideró trasgredidos los artículos 1, 2, 13, 25, 48, 53, 58, 53, 93 y 209 de la Constitución Política de Colombia; 1, 17, 21, 23, 24 y 26 de la Ley 16 de 1972; y Decreto 1042 de 1978.

Refiere que las normas fueron violadas por cuanto se reconoció y liquidaron los salarios sin existir un criterio objetivo, sin consultar las normas constitucionales sobre el reconocimiento efectivo de conformidad con la realidad, el régimen aplicable y la jurisprudencia en interpretación para los servidores públicos lo que convierte la actuación de la administración en arbitraria e injusta; desconociendo igualmente de esta manera la condición más beneficiosa al trabajador.

Aduce que de acuerdo con el principio de la realidad sobre las formalidades, se le debió pagar la totalidad de horas extras laboradas cada mes para evitar el enriquecimiento sin causa de la administración, pero se observa que a ninguno de los celadores se le pagó más de 50 horas extras mensuales.

2.- La oposición².

La defensa del Departamento del Cauca, se opuso a que se despacharan favorablemente las pretensiones.

Indica que la entidad asumió una posición institucional y jurídica de reconocer los derechos reclamados en los términos del Decreto 1042 de 1978, en tanto ya existe conciliación al respecto, quedando pendiente únicamente la discusión sobre la forma de liquidar el derecho.

Que el Ente Territorial ha reconocido y pagado conforme al Decreto 1042 de 1978 y al Manual de Parametrización y Conceptos de Nómina, el trabajo suplementario en favor del demandante en lo correspondiente a las vigencias 2007, 2008, 2009, y 2010.

² Folio 128-140 C. Ppal.

Advierte que de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978 y el Decreto 0085 de 1986, en ningún caso pueden pagarse más de 50 horas extras mensuales y el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas de trabajo extra.

Como excepciones propone la inexistencia de la obligación por pago, prescripción de la obligación, trámite indebido de la acción y la innominada o genérica.

3.- La providencia apelada³.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, mediante Sentencia N° 023 de 19 de febrero de 2016, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

El Juez de instancia encontró probado que el señor LATORRE NAVIA en los años 2009, 2010, 2011 y 2012 había trabajado por encima del límite establecido como jornada ordinara, y por tanto, se le causaron horas extras diurnas y nocturnas, incluso los días domingos y feriados.

Advirtió que si bien le fueron pagadas algunas horas extras, la entidad demandada reconoció al actor un número de horas extras inferior al efectivamente causado y de otro lado, al haber determinado el valor de una hora/día con base en una jornada ordinaria de 240 horas mensuales.

Por lo anterior, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento del derecho ordenó pagar las diferencias resultantes de la nueva liquidación en relación con el periodo 2009 a 2012 y sólo respecto de los meses que se acreditó la causación de horas extras.

Respecto de lo demás factores y prestaciones sociales, indica que las horas extras y recargos nocturnos no constituyen factor salarial, sin embargo, señala que las mismas si aplican para las cesantías.

Añade que toda vez que se encontró probado que el señor laboró más de 240 horas mensuales, la compensación sólo podrá hacerse mediante reconocimiento de días compensatorios a razón de 1 por cada 8 horas extras que superen el límite indicado.

4.- El recurso de apelación⁴.

La parte actora apeló la sentencia emitida por la juez de instancia, con el fin de que se acceda en su totalidad a las pretensiones de la demanda.

Refiere que en la sentencia de instancia se omite ordenar el restablecimiento del derecho respecto de algunos meses en lo que no se allegaron cuadros de turnos pero que no significan que el demandante no haya prestado su servicio de manera efectiva, cuadros de turnos e información que reposan en la entidad demandada y que deben ser tenidos en cuenta por el liquidador y la oficina jurídica al momento de dar cumplimiento del fallo judicial.

³ Folio 196-203 C. Ppal.

⁴ Folio 204-210 C. Ppal.

EXPEDIENTE: 19-001-33-31-003-2013-00238-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EIBAR NILSON LATORRE NAVIA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA

Indica que tampoco se ordenó el restablecimiento respecto de los años 2013 y subsiguientes de prestación de la labor como celador y que en cada uno de los cuadros de turno se evidencia que el demandante laboró en todos los meses allegados más de las 290 horas permitidas en la semana.

Refiere que la sentencia de instancia incurrió en una errónea liquidación de trabajo ordinario y consecuentemente el erróneo reconocimiento y liquidación del trabajo suplementario.

Lo anterior por cuanto se solicitó la correcta liquidación del trabajo suplementario y ordinario conforme las 44 horas semanales y no 48 horas, que como consecuencia de ello cualquier hora adicional que se haya laborado en exceso debe ser considerada como trabajo extra y se impone su remuneración conforme las reglas del Decreto 1042 de 1978.

5.- Actuación en segunda instancia.

Mediante auto del 27 de abril de 2016⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia y por del 26 de mayo de 2016 se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento corriendo traslado a las partes para alegar por el término de diez (10) días⁶

En esta etapa procesal, las partes no se pronunciaron al respecto y el Ministerio Público guardó silencio.

II.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

1.- La competencia.

El Tribunal Administrativo del Cauca es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el artículo 153 del CPACA.

Esta Sala de Decisión actuando como Juez de segunda instancia se limitará a los cargos de la apelación, en los términos del artículo 328 del CGP.

2.- Problema jurídico.

La Sala se formula los siguientes:

Dentro del presente asunto la Sala debe determinar si se debe revocar o confirmar la sentencia de primera instancia.

Para resolver el problema jurídico, se analizará el marco normativo y jurisprudencial que regula la jornada ordinaria y trabajo suplementario de los celadores vinculados en el nivel territorial.

2.1.- De la jornada ordinaria y horas extras de los celadores vinculados en el nivel territorial.

Respecto a la jornada de trabajo, el Decreto 1042 de 1978 *“Por el cual se establece*

⁵ Folio 3 C. segunda instancia

⁶ Folio 13 Ibídem

el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”, en el artículo 33 estableció para los trabajadores del orden nacional una jornada ordinaria de 44 horas semanales, así como un límite de 66 horas semanales para los empleados de “simple vigilancia”, en los siguientes términos:

*“Artículo 33º.- De la jornada de trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de **cuarenta y cuatro horas semanales**.*

A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas. (...)

Dicho artículo fue modificado por el Decreto 085 del 10 de enero de 1986⁷, pues instituyó en su artículo 1º, una jornada de trabajo semanal de “*cuarenta y cuatro (44) horas semanales*”. No obstante, al igual que el Decreto 1042 de 1978, dicha normativa resultaba aplicable a los celadores o empleados de vigilancia del sector nacional, pues nada dijo frente a los territoriales⁸.

En razón del referido vacío normativo frente a los trabajadores de vigilancia del nivel territorial, el Consejo de Estado tras considerar que no existía justificación razonable para excluir a los celadores o empleados de vigilancia de cumplir con la jornada ordinaria de 44 horas semanales establecida como regla general -para los empleos distintos a los de vigilancia- por el mismo Decreto 1042 de 1978⁹, indicó:

“(...) la norma aplicable al caso de autos no es el Decreto 85 de 1986 – inaplicado por exceder la potestad reglamentaria- sino el Decreto 1042 de 1978, artículo 33, que estableció la jornada máxima de trabajo para los celadores en 12 horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66. En tales condiciones carecería de fundamento normativo la pretensión del demandante consistente en el reconocimiento y pago de horas extras laboradas en días ordinarios.

Empero el Decreto 1042 de 1978, artículo 33, en el aparte que permite la jornada de 12 horas diarias sin que en la semana excedan un límite de 66 horas, para el caso de los empleados de “simple vigilancia”, debe inaplicarse porque contraría el artículo 13 de la Constitución. En efecto no hay razones que justifiquen ni sirvan de fundamento al tratamiento diferenciado en el caso de los vigilantes o celadores, para quienes se establece la jornada máxima semanal de 66 horas.

⁷ “Por el cual se establece la jornada de trabajo para los empleos de celadores”

⁸ **“Artículo 2º.- El presente decreto se aplica a los empleos de celadores pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder público en lo Nacional**, regulados por el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de cargos contemplado en el Decreto Extraordinario 1042 de 1978 y demás disposiciones que lo modifican y adicionan”

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 5 de julio de 2007, Consejero Ponente Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente n° 5327-05.

El tratamiento diferenciado tiene piso constitucional siempre que persiga objetivos constitucionales y la limitación en el ejercicio del derecho resulte proporcionada.

*La norma del Decreto 1042 de 1978, que se comenta, no persigue fines constitucionales, antes bien, los contraría, en especial el previsto por el artículo 25 según el cual toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas y el 53 que dispone que la remuneración debe ser proporcional a la cantidad del trabajo. **En consecuencia no consulta el sentido de justicia ni la proporcionalidad en la cantidad de trabajo que la jornada de los celadores por encima de las 44 horas semanales se reconozca como ordinaria pues se trata un tiempo laborado que excede la jornada de los demás empleados públicos.***

De otro lado resulta desproporcionada la limitación en el ejercicio del derecho pues, además de que el tiempo trabajado se incrementa de manera ostensible, se remunera en la misma forma que las horas correspondientes a la jornada ordinaria.

*En este mismo sentido puede observarse la sentencia de la Corte Constitucional, C-1063 de 2000. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, que declaró inconstitucionales los apartes del artículo 3 de la Ley 6 de 1945 que establecían una jornada máxima legal de trabajo para labores agrícolas, ganaderas o forestales que excedía la general aplicable a los trabajadores regulados por dicha normatividad. **En consecuencia la Sala recogerá la tesis expuesta conforme a la cual la jornada máxima semanal de los celadores o empleados de “simple vigilancia” es de 66 horas semanales para considerar que es de 44 horas semanales, conforme a los razonamientos precedentes.”***

Explicó la Alta Corporación, que no se trata de dar aplicación al Decreto 85 de 1986, sino de dar un alcance bajo el criterio de justicia y proporcionalidad al Decreto 1042 de 1978, para entender que “*para el caso de los empleados de “simple vigilancia”, debe inaplicarse porque contraría el artículo 13 de la Constitución. En efecto no hay razones que justifiquen ni sirvan de fundamento al tratamiento diferenciado en el caso de los vigilantes o celadores, para quienes se establece la jornada máxima semanal de 66 horas*”.

Se concluye, entonces, que la referida posición es la que prima en la actualidad¹⁰, de suerte que debe entenderse que la jornada ordinaria aplicable a los empleados de vigilancia del nivel territorial, es equivalente a la jornada ordinaria de 44 horas semanales aplicable por regla general a los demás empleos de la Rama Ejecutiva del orden nacional y territorial, de suerte que las horas que excedan ese tope, deben

¹⁰ Ver, p. ej., sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, de 2 de noviembre de 2006, radicado interno 4369-2005, con ponencia del Doctor Jesús María Lemos Bustamante, en la que se afirmó que una discriminación en tal sentido para quienes desempeñan funciones de vigilancia no es compatible con el contenido de la Constitución Política de 1991, por lo cual, para el caso de los celadores la jornada laboral, tal como lo dispone la regla general del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, es de 44 horas semanales.

Así mismo, ver Sentencia de 27 de agosto de 2012 (exp. 1381-10), CP. Luis Rafael Vergara Quintero; sentencia de 12 de julio de 2012 (exp. 0200-10), CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia de 26 de abril de 2012 (exp. 0031-10), CP. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

ser consideradas como trabajo extra y, en consecuencia, remunerarse conforme a las reglas de los artículos 36 a 38 del Decreto 1042 de 1978¹¹.

3.- Caso concreto.

En el presente asunto se trata de establecer si al accionante le asiste el derecho de reconocimiento y pago de las horas extras laboradas posteriores al 2012 y si la liquidación de la jornada laboral debe liquidarse conforme a 44 horas semanales. Cargos que fueron expuestos en el recurso de alzada.

Reconocimiento de horas extras posteriores al año 2012.

La parte demandante indica que el *a quo* en sentencia de instancia no se pronunció respecto del restablecimiento del derecho de los años subsiguientes al 2012.

Se resalta que en el libelo introductorio de la demanda¹², se solicita lo siguiente:

“A título de restablecimiento del daño causado al demandante, se condenará:

*3. Al reconocimiento y pago de la totalidad de **horas extras laboradas en los últimos 3 años (anteriores a la reclamación de 06 de marzo de 2012) en cada mes y las que se causen en el curso del proceso, sin consideración al límite de las 50 horas establecido en el decreto 1042 de 1978 por aplicación al principio constitucional de primacía de la realidad en concordancia con el de IRRENUNCIABILIDAD de los derechos laborales.***

*4. A la re-liquidación del salario del demandante **en los últimos 3 años (anteriores a la reclamación de 06 de marzo de 2012) y las que se causen en el curso del proceso, calculando el valor de la hora sobre la base de 44 horas semanales que ordena la ley y no sobre 48 como lo hiciera la accionada, En este caso para calcular el valor de una hora en lugar de dividir entre 8 el valor del salario diario debe hacerse entre 7,3333. Se reconocerá y pagará el valor total de la diferencia resultante a su favor. (...)***”

Por su parte, en la sentencia que hoy se analiza se ordenó:

“(…)

*SEGUNDO: CONDENAR al DEPARTAMENTO DEL CAUCA: i) a reliquidar el trabajo suplementario de horas extras diurnas y nocturnas, extras diurnas en dominicales y festivos, extras nocturnas dominicales y festivos, efectivamente laborado por el señor EIBAR NILSON LATORRE NAVIA, en los años y meses de **2009** (enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre octubre, noviembre y diciembre), **2010** (enero, febrero, marzo, abril, agosto, septiembre y octubre) y **2011** (abril) y **2012** (abril, mayo, junio y diciembre. Para el cálculo de los mismo empleará el factor de 190 horas mensuales que corresponden a la jornada ordinaria laboral mensual, y no 240; y ii) pagar las diferencias que resulten a favor del demandante como resultado del reajuste. (...)*”

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 15 de septiembre 2011, expediente nº 2341-10, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹² Folio 62 C. Ppal.

Así entonces, es claro que la parte demandante impuso un límite temporal para realizar el estudio de la referida pretensión, y en ese sentido falló el *a quo*. Sin embargo, igualmente se señaló “*las que se causen en el curso del proceso*”, entendiendo esta Corporación como las **que se prueben** dentro del presente medio de control.

Se observa que a folio 152 medio magnético, igualmente reposan los cuadros de turnos de enero y febrero del **año 2013**, donde se puede extraer lo siguiente:

Mes	Horas ordinarias	Horas nocturnas dominicales -festivos	Total horas
Enero	300	72	372
Febrero	288	48	336

Con base en lo anterior, si bien es cierto el *a quo* entendió que el límite temporal para realizar el estudio comprendía el periodo 2009 a 2012, se encuentra demostrado que en el año 2013 efectivamente el actor laboró horas extras y las cuales deben ser reconocidas y pagadas.

Así, es claro que se debe aplicarse un límite al reconocimiento de las horas extras, éste debe entenderse con fundamento en el fenómeno jurídico de la prescripción y de los meses efectivamente laborados.

Po tanto, el reconocimiento debió realizarse desde el 06 de marzo de 2009, en adelante, en razón a que la petición se radicó el 06 de marzo de 2012, máxime cuando así se solicitó expresamente en la demanda.

En ese orden, le asiste razón a la parte demandante al indicar que el *a quo* no se pronunció respecto del año 2013, pues como se expresó, existe prueba que el actor laboró en los meses ya referenciados.

Así entonces, este es el criterio que se utilizará para cuantificar el trabajo suplementario que efectivamente haya realizado y se realice en lo sucesivo, incluso después de esta sentencia, siempre y cuando los supuestos normativos estén vigentes.

Liquidación de la jornada ordinaria

La parte demandante, solicita la revocatoria de la decisión de instancia, aduciendo que debe reliquidarse el trabajo ordinario calculando las horas semanales sobre 44 y no sobre 48 como lo ha venido realizando la administración.

Que el *a quo* no abordó el tema específico puesto que el demandante requirió además de la reliquidación del trabajo suplementario, la reliquidación del trabajo ordinario.

Como se señaló *at supra*, la jornada ordinaria laboral aplicable a los celadores vinculados al nivel territorial, corresponde a un máximo de 44 horas, tal y como lo

EXPEDIENTE: 19-001-33-31-003-2013-00238-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EIBAR NILSON LATORRE NAVIA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA

establece el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, por lo que es claro, las horas adicionales a dicha jornada deben ser reconocidas y pagadas como trabajo suplementario y de horas extras.

Por lo anterior, esta Sala no encuentra fundamento alguno para proceder a reliquidar el salario del demandante o pronunciarse respecto de la jornada ordinaria, toda vez que al establecer que ésta corresponde a un máximo de 44 horas, deviene consecuentemente en que las horas laboradas que superen dicho tope deben entenderse como trabajo suplementario, y así se liquidó en la sentencia de instancia.

Ahora, como bien lo indicó el *a quo*, no es posible la reliquidación de los demás factores salariales pues las horas extras, remuneración de trabajo en dominicales y festivos, así como los recargos nocturnos, no se erigen como factor salarial para la liquidación de prestaciones tales como vacaciones, prima de navidad, prima de vacaciones, entre otros; y el mismo sólo aplica para la reliquidación de la cesantías, lo que efectivamente se ordenó por el juez de primera instancia, así:

“TERCERO: CONDENAR al DEPARTAMENTO DEL CAUCA a reliquidar y reconocer el valor de las cesantías causadas entre el 2009 y el 06 de marzo de 2012”

Esta posición ha sido reiterada por el Honorable Consejo de Estado, en la cual se ha indicado:

“En cuanto a la reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, 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 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.”¹³

Por lo anterior, es claro que el cargo propuesto en el recurso de apelación en cuanto a la reliquidación de la jornada ordinaria no prospera.

Conclusión

Conforme lo anterior, esta Corporación modificará los numerales primero y segundo de la sentencia recurrida, en el sentido de indicar que el reconocimiento deberá hacerse a partir del 06 de marzo de 2009 y de acuerdo con los meses efectivamente laborados, y hacía futuro.

Respecto de la jornada ordinaria, no es posible su reliquidación toda vez que el trabajo suplementario no puede tenerse como factor salarial para la liquidación de factores y prestaciones sociales, y únicamente procede para las cesantías, como se ordenó en sentencia de instancia.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 19 de febrero de 2015, expediente No. 3594-13.

4.- De las costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

Al respecto, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

En razón a que se prosperó parcialmente el recurso de alzada, no se condenará en costas a la parte recurrente.

III.- DECISION.

EXPEDIENTE: 19-001-33-31-003-2013-00238-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EIBAR NILSON LATORRE NAVIA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA

Por lo anteriormente expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO.- MODIFICAR los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia No. 023 de 19 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, los cuales quedarán así:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto ficto negativo derivado del silencio del DEPARTAMENTO DEL CAUCA frente a la petición radicada por el señor EIBAR NILSON LATORRE NAVIA, y otros, el 06 de marzo de 2012 con el propósito de obtener la reliquidación del trabajo suplementario y de horas extras y de las prestaciones sociales consecuentes, a partir del 06 de marzo de 2009 y de los meses que efectivamente se hubiesen laborado.

SEGUNDO: CONDENAR al DEPARTAMENTO DEL CAUCA: i) a reliquidar el trabajo suplementario de horas extras diurnas y nocturnas, extras diurnas en dominicales y festivos, extras nocturnas dominicales y festivos, laborados por el señor EIBAR NILSON LATORRE NAVIA, desde el 06 de marzo de 2009, en adelante, y de los meses que efectivamente se hubiesen trabajado. Para el cálculo de los mismo empleará el factor de 190 horas mensuales que corresponden a la jornada ordinaria laboral mensual, y no 240; y ii) pagar las diferencias que resulten a favor del demandante como resultado del reajuste.

Este es el criterio que se utilizará para cuantificar el trabajo suplementario que efectivamente haya realizado y se realice en lo sucesivo, incluso después de esta sentencia, siempre y cuando los supuestos normativos estén vigentes.”

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todas sus partes los demás numerales de la sentencia No. 023 de 19 de febrero de 2016 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán.

TERCERO.- NO CONDENAR en costas a la parte recurrente, conforme los motivos expuestos en esta providencia.

CUARTO.- NOTIFIQUESE la presente sentencia a las partes de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

QUINTO.- En firme esta decisión, devuélvase al juzgado de origen.

Se hace constar que el proyecto de sentencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Los Magistrados,

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

EXPEDIENTE: 19-001-33-31-003-2013-00238-01
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EIBAR NILSON LATORRE NAVIA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA

CARLOS H. JARAMILLO DELGADO NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ