

Bogotá D.C., enero 11 de 2022

H. Magistrada Ponente

Doctora **PATRICIA SALAMANCA GALLO**

H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección F
Ciudad

Referencia: Ejecutivo Laboral 25000 23 42000 2020 00387 00 demandante ISIDRO
HERRERA CASTRO demandada DISTRITO CAPITAL - UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ

Asunto: Recurso de apelación contra la providencia que modula el mandamiento de pago, de
fecha 30 de noviembre de 2021, estado del 16 de diciembre de 2021

JAIRO SARMIENTO PATARROYO, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando
como apoderado de la parte actora, encontrándome dentro del término legal, me permito
interponer y sustentar **RECURSO DE APELACION** contra la providencia, proferida el 30
de noviembre de 2021, notificada por estado del 16 de diciembre de 2021, conforme con
los siguientes:

HECHOS:

1. Mediante sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección
Segunda - Subsección "F" de fecha 4 de junio de 2015, dentro del proceso 25000-23-
25000-2012-00-004-01 notificado por edicto del 17 de junio de 2015, se dispuso::

"SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho y de conformidad con el marco normativo de las consideraciones de esta providencia, **CONDENASE** al **DISTRITO CAPITAL - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ**, a que reconozca y pague al señor **ISIDRO HERRERA CASTRO**, respecto del periodo comprendido entre el 5 de mayo de 2008 hasta el 20 de febrero de 2013, a lo siguiente:

- A pagar al demandante las horas extras diurnas y nocturnas mensuales laboradas en exceso de la jornada máxima legal para empleados públicos territoriales fijados en 190 horas mensuales por el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, aplicando el límite de horas que resulte más favorable, esto es, el previsto para los no conductores en el artículo 36 ibídem. En la liquidación deberá deducir los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador.
- A conceder o pagar al demandante el descanso compensatorio por exceso de horas extras por el tiempo laborado fuera de la jornada máxima legal para empleados públicos territoriales fijada en 190 horas mensuales por el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, que además, exceda el límite de horas extras que resulte más favorable, esto es, el previsto para los no conductores en el artículo 36 ibídem. Este concepto se pagará en los

términos del literal e) del artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978, esto es, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo que excedan el límite más favorable.

- A conceder o pagar al demandante el descanso compensatorio por el trabajo habitual en dominicales y festivos causados por el tiempo laborado de manera ordinaria en días dominicales y festivos, en los términos del artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978.
- A reliquidar los recargos ordinarios nocturnos y los festivos diurnos y nocturnos pagados al demandante, teniendo en cuenta la jornada máxima legal para empleados públicos territoriales fijada en 190 horas mensuales por el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 y pagar las diferencias que resulten de la reliquidación. En la reliquidación del recargo ordinario nocturno deberá deducir los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador.
- A reliquidar las primas de servicios, de vacaciones y de navidad, las cesantías y demás factores salariales y prestacionales causados por el demandante, teniendo en cuenta los mayores valores por concepto de horas extras y descansos compensatorios, de conformidad con lo

ordenado por el artículo 45 del Decreto ley 1045 de 1978, cuya enunciación de factores salariales no es taxativa. Así mismo, a pagar las diferencias que resulten de la reliquidación.

Las sumas que resulten adeudadas al demandante serán actualizadas, aplicando para ello la siguiente formula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en la cual se causó el derecho.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la formula se aplicara separadamente, mes por mes comenzando por lo que correspondía devengar al actor desde el momento en que adquirió el derecho 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.

CUARTO.- ORDENASE a la entidad demanda dar cumplimiento a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo".

El H. Tribunal Administrativo De Cundinamarca Sección Segunda Subsección "F" el 06 de agosto de 2015 profirió sentencia de aclaración y corrección de sentencia , donde se dispuso:

"PRIMERO: ACLARESE el párrafo primero del numeral segundo del resuelve de la sentencia del (4) de junio de dos mil quince (2015), pero únicamente en el sentido de precisar que el periodo que comprende la condena impuesta en el fallo en mención es el comprendido entre el 5 de mayo de 2008 hasta cuando se de cumplimiento a la presente sentencia, y no como allí se indicó del 5 de mayo de 2008 hasta el 20 de febrero de 2013, por las razones expuestas.

El H CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA, SUBSECCION A, el 1 de febrero de 2018 profirió sentencia de segunda instancia, donde se dispuso.

"Primero: REVOCAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia del 4 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, en lo relacionado con el reconocimiento de los descansos compensatorios. En lo demás se confirma el numeral.

Segundo: ORDENAR que la liquidación de los recargos nocturnos y dominicales y festivos reconocidos en la sentencia recurrida, deberá hacerse conforme los parámetros fijados en esta providencia.

Tercero : CONFIRMAR en lo demás la sentencia, bajo el entendido de que la orden de pagar el reajuste ordenado debe hacerse una vez efectuado el descuento respectivo de lo que ya había cancelado la entidad y por las sumas que resulten en favor del accionante".

2. La H. Sala en la parte resolutive de la providencia de fecha 20 de agosto de 2021, dispone reconocer la suma de \$ 40.259.370.78 por capital, los intereses moratorios causados desde el 17 de febrero de 2018 y hasta la fecha en que se efectuó el pago por concepto del capital anterior, por los intereses moratorios que se causen desde el 17 de febrero de 2018 y hasta cuando la entidad demuestre que realizó el pago del capital posterior.
3. En la parte pertinente a las horas extras (página 9 a 12 se advierte un grave error de apreciación jurisprudencial) toda vez que se dispone reconocer por concepto de horas extras diurnas el 25% cuando se debe reconocer el 125% y por horas extras nocturnas se ordena reconocer 75% cuando corresponde 175%, es de advertir que los recargos nocturnos ordinarios tienen un porcentaje de 35% y los nocturnos del 75% siendo dentro de la jornada máxima legal, y que no tiene ninguna justificación, es de anotar que los recargos diurnos festivos son pagados por la entidad al 200% y los recargos nocturnos festivos al 235%, por ende es totalmente fuera de contexto que las horas

extras sean liquidadas por el H. Tribunal al 25% cuando corresponden realmente al 125% y las horas extras nocturnas liquidadas por el H. Tribunal al 75% corresponden realmente al 175% o sea que se está afectando de manera grave al actor con esa liquidación fuera de todo contexto.

Los artículos 36 y 37 del Decreto Ley 1042 de 1978, rezan:

“ARTICULO 36. DE LAS HORAS EXTRAS DIURNAS. <Artículo modificado por los Decretos anuales salariales> Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes éste hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

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

a) <Literal modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.

Los Secretarios Ejecutivos del despacho de los Ministros, Viceministros, Directores y Subdirectores de Departamento Administrativo y los Secretarios Ejecutivos de Grado 20 en adelante que desempeñen sus funciones en los Despachos de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Viceministros y Subdirectores de Departamento Administrativo, Secretarías Generales de Ministerios y Departamento Administrativo, tendrán derecho a devengar horas extras, dominicales y días festivos, siempre y cuando laboren en jornadas superiores a cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

En los Despachos antes señalados sólo se podrán reconocer horas extras máximo a dos (2) Secretarios a las que se refiere el inciso anterior.

PARÁGRAFO 1º. Los empleados públicos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación que tengan la obligación de participar en trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones, su liquidación y demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia

fiscal, podrán devengar horas extras, dominicales y festivos, siempre y cuando estén comprendidos en los niveles asistencial, técnico y profesional. En ningún caso podrá pagarse mensualmente por el total de horas extras, dominicales y festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual de cada funcionario.

PARÁGRAFO 2°. Amplíese el límite para el pago de horas extras mensuales a los empleados públicos que desempeñen el cargo de Conductor Mecánico en las entidades a que se refiere el presente decreto, a ochenta (80) horas extras mensuales.

En todo caso la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.

b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d) <Modificado por los Decretos anuales salariales. Número máximo de horas extras modificado por el Artículo 13 del Decreto 10 de 1989, ver inciso final. Artículo modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2000. El texto pertinente del Decreto 660 de 2000 es el siguiente:> ...

En los Despachos antes señalados sólo se podrán reconocer horas extras máximo a dos (2) Secretarios a las que se refiere el inciso anterior.

PARÁGRAFO 1o. Los empleados públicos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación que tengan la obligación de participar en trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones, su liquidación y demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal, podrán devengar horas extras, dominicales y festivos, siempre y cuando estén comprendidos en los niveles asistencial, técnico y profesional. En ningún caso podrá pagarse mensualmente por el total de horas extras, dominicales y festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración mensual de cada funcionario.

PARÁGRAFO 2o. Amplíese el límite para el pago de horas extras mensuales a los empleados públicos que desempeñen el cargo de Conductor Mecánico en las entidades a que se refiere el presente decreto, a ochenta (80) horas extras mensuales.

En todo caso la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.

<El texto modificado por el Artículo 13 del Decreto 10 de 1989 es el siguiente:> En ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales.

e) Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

ARTICULO 37. DE LAS HORAS EXTRAS NOCTURNAS. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior”.

4. En el cuadro visible a folio 9 a 12 se liquida por concepto de horas extras diurnas y nocturnas teniendo en cuenta el 25% y 75% cuando se deben liquidar con el 125% y 175% máxime que los recargos ordinarios nocturnos dentro de la jornada máxima legal son del 35% es completamente inadmisibile que la hora extra diurna se reconozca con el 25% por hora extra diurna y 75% por hora extra nocturna. Por ende, existe una diferencia significativa con la realidad, toda vez que la parte actora en la liquidación aportada con la demanda ejecutiva visible a folios 123 a 128 donde se reclama un gran total indexado de \$ 136.728.330, desglosados así:

Horas extras diurnas	\$ 32.336.911
Horas extras nocturnas	45.271.675
Diferencias reliquidación 35%	7.492.575
Diferencias reliquidación 200%	10.363.995
Diferencia reliquidación 235%	14.459.325
Reliquidación cesantías	8.803.434
Indexación hasta ejecutoria	18.000.415
TOTAL INDEXADO	\$136.728.330

5. En cuanto a los recargos festivos diurnos, del artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978 también existe error flagrante toda vez que solamente se reliquidan dichos recargos con el 100% cuando deben ser reliquidados con el 200% y los recargos festivos nocturnos con el 235%, lo cual también afecta en grado sumo el patrimonio del actor. (Páginas 16 a 20). Se encuentra plenamente probado en el plenario con los desprendibles de pago que los recargos festivos diurnos fueron liquidados sobre el factor de 240 horas con el 200% y los recargos festivos nocturnos con el 235% o sea que existe detrimento patrimonial al actor al reliquidar dichos recargos sobre 100% y 135% y descontar los pagos del 200% y 235%, con lo cual se está incumpliendo de plano lo ordenado en las sentencias de primera y segunda instancia sobre la reliquidación de recargos festivos diurnos del 200% y recargos festivos nocturnos del 235%, dando alcance al artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978.

6. Las pretensiones de la parte actora en la demanda ejecutiva contemplan lo siguiente:

"PRIMERA: Librar Mandamiento Ejecutivo de Pago en contra del DISTRITO CAPITAL - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ, y a favor del señor ISIDRO HERRERA CASTRO, por la suma de CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS VEINTIOCHO MIL TRECIENTO TREINTA PESOS (\$136.728.330) MONEDA CORRIENTE, por concepto de capital indexado hasta la ejecutoria de la sentencia del 16 de febrero de 2018 proferida por el H. Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "A", dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho expediente 25000 23.25000 2012 0004. 01 demandante ISIDRO HERRERA CASTRO, demandado DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DE GOBIERNO- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ, liquidación realizada conforme con la sentencia, capital correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2008 al 31 de enero de 2019.

SEGUNDA: Incluir además en el mandamiento de pago la orden de reconocer y pagar los intereses moratorios, liquidados a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera obrante en la certificación original que se allega con la demanda, respecto a la suma de \$ 136.728.330 del 16 febrero de 2018 hasta cuando se realice el pago total de la obligación de la primera pretensión.

TERCERA: Condenar en costas a la Entidad demandada acorde con lo consagrado en la Ley 1437 de 2011 en su artículo 188 en concordancia con el Código General del Proceso".

7. En el expediente a folios 120 a 122, obra cuadro explicativo de como laboró el actor los turnos en el mes y como se registran los recargos del 35%, 200% y 235% y como se reflejan dichos turnos en las planillas del 35%, 200% y 235%. EL CUAL NO FUE CONSULTADO PARA REALIZAR UN ANALISIS Y COMPARACION DE LA LIQUIDACIÓN PRESENTADA POR LA PARTE ACTORA para entrar a determinar de manera fehaciente si en dicha cifra se da real cumplimiento a la sentencia objeto de recaudo, comparando con lo pagado que aparece en los desprendibles de pago y la certificación remitida por la entidad ejecutada.
8. Partiendo de la liquidación ERRONEA en la realidad de la RELIQUIDACION de las HORAS LABORADAS como recargos del 35%, 200% y 235% las cuales fueron pagadas de manera incompleta, de donde se genera el resultado inferior casi de un 50% del capital indexado pretendido, toda vez que en las liquidaciones de procesos ejecutivos análogos por dicha Oficina en el caso de la Subsección "E" y en el presente caso, con resultados erróneos y absurdos en capital, se han cometido los mismos errores recurrentes al desconocer la realidad procesal, respecto a la reliquidación de recargos del 35%, 200% y 235%, de manera errónea lo cual afecta en grado sumo el capital real a reconocer al actor, máxime cuando en promedio se reliquidan 76 horas de recargos nocturnos ordinarios del 35% sobre el factor de las 190 horas mensuales, pero al descontar lo pagado en totalidad por esos mismos recargos o sea 144 o 156 horas mensuales, resulta el actor perjudicado

en realidad, generando con ello un detrimento respecto a lo ordenado en las sentencias de recaudo.

9. Es pertinente manifestar de manera comedida al Despacho, que pese a que en la parte motiva de la providencia atacada (folio 9) se tiene en cuenta de manera parcial el fallo de tutela proferido por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta H. Consejero Ponente Doctor **LUIS ALBERTO ALVAREZ PARRA**, de fecha 10 de junio de 2021, radicado 11001-03.15.000-2021-01379-00 Demandante **JORGE CARPINTERO LEON**, no se aplica en realidad esa jurisprudencia respecto a no desbordar lo ordenado en el título ejecutivo, toda vez que se aplica la liquidación de horas extras diurnas con un 25% cuando debe liquidarse con 125%, horas extras nocturnas con 75% cuando debe liquidarse con 175%, reliquidación de recargos festivos diurnos con el 100% cuando debe reliquidarse con el 200% y los recargos festivos nocturnos deben ser reliquidados con el 235%, máxime que al momento de descontar los pagos realizados si se toman el 35% para recargos ordinarios nocturnos, 200% para recargos dominicales diurnos y 235% para recargos festivos nocturnos (cuadro que aparece a folios 23 a 25 de la providencia), pero en la liquidación efectuada solamente se tienen en cuenta los recargos festivos con el 100% y 135% y las horas extras diurnas con 25% y las horas extras nocturnas con el 75% pero si se descuentan los recargos pagados sobre 200% y 235% lo cual desborda lo ordenado en las sentencias objeto de recaudo.

PETICIÓN:

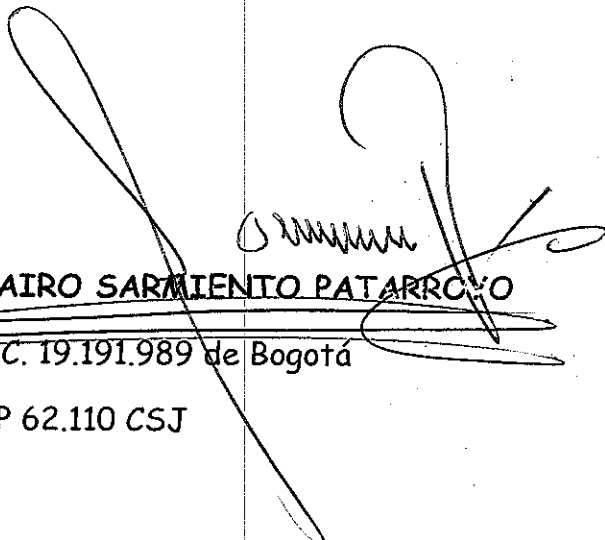
Con lo expuesto en precedencia de manera respetuosa me permito solicitar al H. Consejero Ponente a quien corresponda por reparto conocer del recurso de alzada, se sirva enmendar los aspectos erróneos de la providencia donde se desconoce de plano lo ordenado por el H. Consejo de Estado en la sentencia de segunda instancia, ya que en segunda instancia se ordena reconocer horas extras diurnas y nocturnas, reliquidación recargos del 35%, 200% y 235%, reliquidación de cesantías e indexación de la condena, pero en la providencia de mandamiento de pago parcial proferido por el H. Tribunal, se desconoce la realidad procesal respecto a las horas extras diurnas del 125% cuando se liquidan solamente con el 25%, las horas extras nocturnas del 175% se liquidan con el 75%, así como la reliquidación de recargos festivos diurnos del 200% se reliquidan con el 100% y los recargos festivos nocturnos del 235% se liquidan con 135% pero al momento de descontar lo pagado (páginas 23 a 25 de la providencia atacada) se descuentan con el 200% y 235% afectando de manera grave el patrimonio del actor y desconociendo por ende la orden expresa de reliquidar dichos recargos del 35%, 200% y 235% con base en la jornada máxima legal de 190 horas mensuales, por cuanto fueron pagados de manera incompleta tomando 240 horas mensuales.

La liquidación errónea de la Señora Contadora donde solamente se tiene en cuenta el valor de \$ 40.259.370.38 cuando el capital indexado es realmente de \$ 136.728.330 perjudica el patrimonio del ejecutante, quien del año 2008 al 31 de enero de 2019 laboro turnos de 24 horas donde únicamente percibió los recargos del 35%, 200% y 235% liquidados de manera incompleta o sea sobre la asignación básica mensual dividida en 240 horas cuando la jornada máxima legal es de 190 horas mensuales, periodo omitido donde

la Entidad ejecutada NO reconoció tampoco las horas extras diurnas y nocturnas mensuales ordenadas en la sentencia ejecutoriada.

Ruego al H. Consejero Ponente, quien conozca del presente recurso acceder a mi petición.

Cordialmente,



JAIRO SARMIENTO PATARRICHO

C.C. 19.191.989 de Bogotá

TP 62.110 CSJ