



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2018-00132-00**
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ISAAC GUERRERO BOHÓRQUEZ
DEMANDADO: MUNICIPIO DE IBAGUÉ
Tema: Reconocimiento y reliquidación de prestaciones - Celador.

ASUNTO

Procede el Despacho a dictar sentencia, sin que se observe nulidad que invalide lo actuado dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por el señor ISAAC GUERRERO BOHÓRQUEZ en contra del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, radicado con el No. 73-001-33-33-004-**2018-00132-00**.

1. Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes pretensiones (Fols. 332 y 333):

“PRIMERA: Se declare la Nulidad del **OFICIO 2017 RE 11399 DE FECHA 1 DE NOVIEMBRE DE 2017** expedido por el Dr. OSCAR EDUARDO GALLEGO SANTOS en calidad de profesional Universitario del Grupo de nómina, el cual niega el pago de horas extras y recargo nocturno y por ende la reliquidación solicitada.

SEGUNDA: se declare la nulidad del **ACTO FICTO** que se genera por la negativa de la solicitud de pago de compensatorios desde enero del 2013 hasta la fecha, solicitud radicada el 20 de octubre del 2017.

TERCERA: Que se declare que entre el señor **ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ** y la **SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE IBAGUE** existe una relación laboral desde el 8 de mayo de 1997 a la fecha como **CELADOR HOMOLOGADO 01 CODIGO 6020 GRADO 04**

CUARTA: Que se declare que el señor **ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ** quien labora como **CELADOR HOMOLOGADO 01 CODIGO 6020 GRADO 04** en la **SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE IBAGUE** tiene derecho al pago **HORAS EXTRAS Y RECARGO NOCTURNO, DOMINICALES Y FESTIVOS** desde enero de 2013 hasta abril del 2016.

QUINTA: Que se declare que el señor **ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ** quien labora como **CELADOR HOMOLOGADO 01 CODIGO 6020 GRADO 04** en la **SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE IBAGUE** tiene derecho al pago **COMPENSATORIO** desde enero de 2013 hasta la fecha.

SEXTO: Que a título de restablecimiento se ordene al **MUNICIPIO DE IBAGUE-SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE IBAGUE**, el reconocimiento y pago de

HORAS EXTRAS Y RECARGO NOCTURNO, DOMINICALES Y FESTIVOS al señor **ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ** desde enero del año 2013 hasta abril del 2016.

SEPTIMA: Que a título de restablecimiento se ordene al **MUNICIPIO DE IBAGUE-SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE IBAGUE**, el reconocimiento y pago de **COMPENSATORIOS** al señor **ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ** desde enero del año 2013 hasta la fecha.

OCTAVA: Que a título de restablecimiento se ordene al **MUNICIPIO DE IBAGUE-SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE IBAGUE** la reliquidación de cesantías, vacaciones, primas y demás prestaciones sociales legales y extralegales pagadas desde enero del 2013 hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

NOVENA: La condena respectiva será ajustada tomando como base el índice de precios al consumidor de conformidad con lo previsto en el artículo 187 de C.P.A C.A.

DECIMA: EL MUNICIPIO DE IBAGUE, dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

DECIMA PRIMERA: Se condene en costas a la parte demandada.”

2. Fundamentos Fácticos.

Como hechos relevantes se tienen los siguientes (Fols. 333 y 334):

“PRIMERO: El señor **ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ** mi prohijado, ha venido laborando con la **SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE IBAGUE** como **CELADOR 6020-04** desde el 8 de mayo de 1997 y a la fecha como **CELADOR HOMOLOGADO 01**, siendo su lugar directo de trabajo en la carrera 2 No. 17 piso 2º.

SEGUNDO: Que mi prohijado ha venido cumpliendo con el cuadro de turnos que se le programan para prestar los servicios como **CELADOR HOMOLOGADO GRADO 01**, prestando sus servicios en jornadas que superan la máxima legal y en días dominicales y festivos y en jornadas nocturnas en largas jornadas.

TERCERO: Mi prohijado no ha recibido el debido reconocimiento ni pago de los compensatorios, horas extras, dominicales, festivos y recargo nocturno lo que ha ocasionado que se vea afectada económicamente ya que trabaja más tiempo si tener una retribución justa a sus labores.

CUARTO: Mi poderdante, ya ha realizado solicitudes o derechos de petición en reiteradas ocasiones donde solicitaba que se le reconociera y cancelaran las horas que superan a las establecidas por la ley es decir 44 para empleados públicos.

QUINTO: Que la **SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL DE IBAGUE** le imparte respuesta a lo solicitado por mi prohijado con diferentes oficios en diferentes fechas en las cual niegan el reconocimiento y pago de los compensatorios y horas extras y recargos nocturnos.

SEXTO: *Que no es solo el reconocimiento y pago de trabajo suplementario y los recargos nocturnos. Sino que se debe proceder a reliquidar las prestaciones sociales y cancelar los excedentes que estén pendientes por pagar incluyendo los valores por trabajo Dominicales, festivos, extra y recargos.*

SEPTIMO: *Que a través de la suscrita el día 20 de octubre de 2017 se radica ante la secretaria de educación de Ibagué el agotamiento de vía gubernativa asignando el número 26790 de octubre 20 de 2017, solicitud en la cual se requiere el pago de **COMPENSATORIOS, HORAS EXTRAS Y RECARGO NOCTURNO, DOMINICALES Y FESTIVOS** acorde con lo trabajado de conformidad como lo ordena la Ley.*

OCTAVO: *Que la secretaria de educación, mediante oficio 2017 RE 11399 de noviembre 1º de 2017, recibido vía correo por la suscrita el 2 de noviembre de 2017, procede a negar el reconocimiento y pago de horas extras y recargo nocturno por cuanto estos han sido cancelados con la nómina mensual si hay lugar a ello. Acto administrativo contra el cual no se concedieron recursos.*

NOVENO: *Que frente a esta solicitud no existe prescripción, por cuanto se han realizado las reclamaciones en forma oportuna.*

DECIMO: *Que se agotó el requisito de procedibilidad ante la procuraduría, correspondiendo por reparto a la Procuraduría 27 judicial para asuntos administrativos, de conformidad con la certificación de fecha de ABRIL de 2018.*

3. Contestación de la demanda (Fols. 399 a 409)

La entidad territorial, a través de apoderada judicial contestó la demanda quien manifestó que se opone a las pretensiones de la demanda, además que el Municipio de Ibagué no está llamado a responder en el presente caso, puesto que el régimen aplicable a los empleados públicos cuando realizan trabajo en exceso es el contenido en el decreto 1042 de 1978, normativa que inicialmente rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, pero que se hizo extensiva a las entidades territoriales a través del artículo 3 de la Ley 27 de 1992.

Propuso como excepciones las que denominó, “**INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA y PRESCRIPCIÓN**”.

4. Actuación procesal

Presentado el proceso ante la oficina judicial el día 27 de abril de 2018 (Fol. 327), correspondió su reparto a este Juzgado, quien luego de ser inadmitida, mediante auto del 18 de junio del 2018 admitió la demanda (Fol. 363).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fols. 367 y s.s.) dentro del término de traslado de la demanda, el Municipio de Ibagué se pronunció en los términos referidos anteriormente, según la constancia secretarial visible a folio 414 del expediente.

A través de auto del 26 de marzo de 2019, se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial (fol. 418), a la que se le dio inicio el 17 de mayo de 2019, en la cual se agotaron todas las etapas previstas en el artículo 180 del CPACA, y teniendo en cuenta que no requirió la práctica de prueba alguna, el despacho prescindió de la correspondiente audiencia, y en su lugar se constituyó en audiencia de alegaciones y juzgamiento, concediendo el uso de la palabra a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (Fols. 427 a 429).

Alegatos de conclusión.

Parte Demandante: (Min: 10:45 a 11:14)

Durante este término la apoderada judicial de la parte demandante se ratificó en todos y cada uno de los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho de la demanda, por lo tanto solicita se profiera fallo accediendo a las pretensiones.

Parte Demandada: (Min: 11:17 a 11:36)

Mientras que la apoderada de la entidad territorial demandada se ratifica en los hechos y excepciones planteadas en la contestación de la demanda, por lo que solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Éste Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un empleado público, y por el órgano que profirió el acto administrativo que se demanda, de conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en establecer, *“si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago por parte del municipio de Ibagué, de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos presuntamente causados desde el año 2013 y hasta abril de 2016, por la prestación de sus servicios como celador homologado 01 código 6020 grado 04, así como el reconocimiento de los compensatorios causados desde enero de 2013 hasta la fecha.*

Así mismo y como problema jurídico secundario deberá establecerse si hay lugar a la reliquidación de las cesantías, vacaciones, primas y demás prestaciones legales que se le hayan cancelado al actor a partir de 2013 y hasta la fecha, luego de que se verifique el reconocimiento y pago de los valores reseñados en precedencia.”

3. ACTOS ADMINISTRATIVOS IMPUGNADOS

Se invoca como actos administrativos demandados, el contenido en el **Oficio 2017 RE 11399 del 1 de noviembre de 2017**, el cual negó el pago de horas extras, recargo nocturno, dominicales y festivos al demandante (Fol. 299).

Igualmente se solicita se declare la nulidad del **acto ficto o presunto negativo** resultante de la no contestación a la solicitud de pago de compensatorios, contenida en el memorial radicado el 20 de octubre de 2017 (Fols. 282 a 295).

4. DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Al expediente fue allegado el siguiente material probatorio relevante:

4.1. Parte demandante

1. Poder otorgado por el demandante (Fol. 1).
2. Copia de la cédula de ciudadanía del demandante (Fol. 2).
3. Copia de las planillas de turnos de celaduría de la Institución Educativa Manuel Murillo Toro – INEM, mes por mes de los años 2013 a 2016 (Fols. 3 a 49).
4. Copia de los libros de minuta diaria del servicio de celaduría que inician el 29 de diciembre de 2012 en el turno de 06:00 pm a 06:00 am, y finalizan el 21 de julio de 2016 en el turno de 06:00 pm a 06:00 am (Fols. 50 a 281).
5. Memorial de fecha 27 de octubre de 2017, radicado ante la Secretaría de Educación del Municipio de Ibagué el 20 de octubre de 2017, con referencia **“AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA”**, mediante el cual el demandante a través de apoderada judicial solicita el reconocimiento y pago de los compensatorios, horas extras, recargo nocturno, dominicales y festivos; así como la reliquidación de los sus factores salariales (Fols. 282 a 298).
6. Original del **oficio No. 2017RE11399** del 1 de noviembre de 2017, por medio del cual se contesta al demandante la solicitud radicada el 20 de octubre de 2017 (Fol. 299).
7. Constancia de conciliación extrajudicial No. 151 expedida por la Procuraduría 27 Judicial II para Asuntos Administrativos de Ibagué (Fol. 300).

4.2. Municipio de Ibagué

1. Fotocopia parcial del Decreto No. 480 del 25 de abril de 1997, por medio del cual se nombra al señor ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ en el cargo de celador código 6020-04 en el Colegio INEM de Ibagué (Fols. 376 y 377).

2. Copia del acta de fecha 8 de mayo de 1197, mediante el cual señor ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ toma posesión del cargo de celador código 6020-04 en el Colegio INEM de Ibagué (Fol. 378).
3. Copia del Decreto No. 1-1188 del 29 de diciembre de 2011, por medio del cual se modifica el decreto 1.1-0550 del 25 de junio de 2007, con su respectiva constancia de notificación (Fols. 379 a 383).
4. Copia de la constancia de tiempo de servicios del señor ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ, suscrita por el Líder de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Ibagué, expedida el 10 de septiembre de 2018 (Fol. 384).
5. Certificado de factores salariales cancelados mes a mes al señor ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ, desde enero de 2016 hasta agosto de 2018 (Fols. 385).
6. Certificado de factores salariales cancelados mes a mes al señor ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ, desde enero de 2013 hasta abril de 2016 (Fols. 386).
7. Copia del oficio R.I-000347 del 8 de octubre de 2016, suscrito por el Rector de la I.E. INEM de Ibagué, mediante el cual remite a la oficina jurídica de la alcaldía de Ibagué, copia de los antecedentes administrativos del señor ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ (Fol. 387).
8. Copia del derecho de petición suscrito por el demandante y dirigido al Rector de la I.E. INEM de Ibagué, mediante el cual solicita el reconocimiento de compensatorios y horas extras desde enero de 2013 hasta abril de 2016 (Fols. 388 a 392).
9. Copia del oficio R.I. 0184 del 8 de septiembre de 2016, por medio del cual el Rector de la I.E. INEM de Ibagué responde el derecho de petición interpuesto por el demandante (Fol. 393).
10. Copia del oficio de 28 de septiembre de 2016, por medio del cual el Director Administrativo y financiero de la Secretaría de educación de Ibagué solicita información al Rector de la I.E. INEM de Ibagué (Fol. 394).
11. Copia del oficio R.I. 0218 del 12 de octubre de 2016, por medio del cual el Rector de la I.E. INEM de Ibagué, remite informe solicitado por la S. E. de Ibagué (Fol. 395).
12. Copia del informe de fecha 11 de octubre de 2016, presentado por el supervisor de Servicios Generales de la I.E. INEM de Ibagué (Fol. 396).
13. Tabla de relación de turnos asignados y laborados por el señor ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ desde enero de 2013 hasta abril de 2016 (Fol. 397).
14. Tabla de relación de horas extras laboradas por el señor ISAAC GUERRERO BOHORQUEZ desde enero de 2013 hasta abril de 2016 (Fol. 398).

5. FONDO DEL ASUNTO

A través del presente asunto la parte demandante pretende obtener el reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos y compensatorios, a los cuales dice tener derecho como celador homologado grado 1, al servicio de la entidad demandada desde el año 2013 hasta el mes de abril de 2016; luego de la

anterior declaración solicita se proceda a reliquidar las cesantías, vacaciones, primas, intereses a las cesantías y demás prestaciones legales desde el año 2013 hasta la fecha.

5.1. De la declaratoria del acto ficto o presunto negativo derivado de la no contestación de la solicitud de reconocimiento de compensatorios.

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, es necesario pronunciarnos sobre la configuración del acto administrativo negativo resultado de la falta de respuesta de la entidad demandada, sobre la reclamación de los compensatorios que el demandante alega que no se le han reconocido.

Está claro que el señor Isaac Guerrero Bohórquez a través de apoderado judicial, presentó ante la Secretaría de Educación Municipal de Ibagué el día 20 de octubre de 2017 (Fols. 282 a 296), derecho de petición en el que solicita el reconocimiento y pago de horas extras, recargo nocturno, dominicales, festivos y compensatorios; dicha solicitud fue resuelta parcialmente mediante el oficio 2017-RE-11399 del 1 de noviembre de 2017 (Fol. 299), debido a que quedó pendiente el pronunciamiento sobre el reconocimiento de los compensatorios, sin que se evidencie en el cartulario respuesta alguna de la entidad a tal solicitud.

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Administración contaba con el término de 15 días para dar respuesta a la petición formulada, sin embargo, no lo hizo así.

Según lo dispuesto en el artículo 83 *ibídem*, transcurrido el término de tres meses contados a partir de la presentación de una petición, sin haberse obtenido respuesta, se entenderá que la misma es negativa.

Por lo anterior, transcurrieron más de tres (3) meses sin que la administración hubiera dado respuesta a la petición del actor, situación que conlleva a que se configure la existencia de dicha figura administrativa, siendo procedente declararlo en la parte resolutive de la presente providencia.

5.2. De la Jornada Laboral de los empleados públicos del orden territorial.

Para dilucidar este punto que se revela primordial dentro del presente caso, se debe traer en cita el **Decreto 1042 de 1978**, “*Por medio del cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de las instituciones pertenecientes a la Rama Ejecutiva y demás organismos y entidades públicas del orden nacional*”, el cual estipula 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. A los empleos cuyas funciones implican el

desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.

ARTÍCULO 34. De la jornada ordinaria nocturna. *Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.*

Sin perjuicio de los que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.

No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo.

ARTÍCULO 35. De las jornadas mixtas. *Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turno, 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.*

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo.

ARTÍCULO 36. De las horas extras diurnas. *Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.*

ARTÍCULO 37. De las horas extras nocturnas. *Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6 p.m. y las 6 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.

ARTÍCULO 38. De las excepciones al límite para el reconocimiento de horas extras. *Las restricciones de tiempo y de monto total por concepto de horas extras de que trata el artículo 36, no se aplicarán respecto de los siguientes funcionarios:*

a) Los empleados subalternos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que tengan la obligación de participar en los trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, su liquidación y las demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal.

b) Los auditores de impuestos.

ARTÍCULO 39. Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos. *Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.*

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrado en la asignación mensual.

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

ARTÍCULO 40. Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos. *Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.*

Para efectos de la liquidación y el pago de la remuneración de los empleados públicos que ocasionalmente laboren en días dominicales y festivos, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Sus empleos deberán tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.

b) El trabajo deberá ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien este hubiere delegado tal atribución, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las tareas que hayan de desempeñarse.

c) El reconocimiento del trabajo en dominical o festivo se hará por resolución motivada.

d) El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si este fuere menor.

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

e) El disfrute del día de descanso compensatorio o la retribución en dinero, se reconocerán sin perjuicio de la asignación ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

f) La remuneración por el día de descanso compensatorio se entiende incluida en la asignación mensual.” (...)

El Decreto 1042 de 1978, fue modificado por el **Decreto 085 de 1986**, por medio del cual se establece la jornada de trabajo para los empleos - celadores, el cual estipula:

*“**Artículo 1º.-** A partir de la vigencia del presente decreto, a la asignación mensual fijada por la escala de remuneración para los empleos de celadores, corresponde una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro (44) horas semanales.*

***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 contemplados en el Decreto Extraordinario 1042 de 1978 y demás disposiciones que lo modifican y adicionan.*

***Artículo 3º.-** El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente al artículo 33 del Decreto Extraordinario 1042 de 1978.”*

La aplicación de la anterior normatividad se refuerza con lo manifestado por la Sección Segunda, subsección B del H. Consejo de Estado, quien en sentencia del 24 de agosto de 2018 Radicado: 250002342000201306986 01 – N.I. 0231-2018, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, manifestó:

*“Se entiende como jornada de trabajo en el sector público, aquel periodo de tiempo establecido por autoridad competente dentro del máximo legal, durante el cual los empleados deben cumplir las funciones que le han sido previamente asignadas por la Constitución, la ley o el reglamento. Su duración dependerá de las funciones impuestas y las condiciones en que deban ejecutarse.”
(...)*

De acuerdo con la tesis adoptada de antaño por la Sección, el régimen que gobierna la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial es el contenido en el Decreto 1042 de 1978. Lo anterior, con apoyo en los siguientes argumentos:

« (...) Si bien el Decreto 1042 de 1978 en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, "el artículo 3" (sic) de la Ley 27 de 1992 hizo extensiva a las entidades territoriales las disposiciones que

regulan el régimen de administración de personal contenidos no solamente en la norma citada, sino en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, Ley 13 de 1984 y 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen. La extensión de dicha normatividad fue reiterada por el artículo 87, inciso segundo, de la Ley 443 de 1998. El Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados de la rama ejecutiva en el orden territorial, en materia de jornada de trabajo y trabajo en días de descanso obligatorio, pues la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992 no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual, dentro de una interpretación amplia, comprende así mismo el concepto de jornada de trabajo. La Sala prohíja una vez más, en esta oportunidad, la tesis ya definida por la jurisprudencia sobre la normatividad aplicable a los empleados territoriales en materia de jornada laboral y el trabajo en días de descanso obligatorio, pues además de lo expuesto, debe considerarse adicionalmente que partiendo de que el régimen de administración de personal civil contenido en el Decreto 2400 de 1968 se refiere a la clasificación de empleos, condiciones para el ejercicio del empleo (ingreso, deberes, derechos, prohibiciones, régimen disciplinario, calificación de servicios, situaciones administrativas, retiro del servicio), capacitación, carrera administrativa, organismos para la administración de personal, resulta válido afirmar que la jornada de trabajo es un concepto que hace parte de la noción genérica de "administración de personal (...)»

A esta conclusión, según la cual el Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden territorial en lo concerniente a jornada laboral y trabajo en días de descanso obligatorio, llega la Sala, pues la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992, no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual bien puede comprender, dentro de una interpretación amplia, el concepto de jornada de trabajo, tal como lo ha definido reiteradamente esta Corporación.

(...)

De lo anterior, es claro entonces, que el régimen que gobierna a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien, dicho precepto en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 2° de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas no solamente en él, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978, y las leyes 13 de 1984 y 61 de 1987.

La extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el artículo 3° de esta misma ley y posteriormente por la Ley 909 del 2004.

De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos corresponde a 44 horas semanales, no obstante, la mencionada disposición prevé la existencia de una jornada especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia; veamos:

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

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras (...)»

Como se desprende de la norma, la jornada ordinaria de trabajo corresponde a 44 horas semanales, pero se contempla una excepción para aquellos empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, a los que podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

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

La regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales y por excepción la Ley 909 de 2004, creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

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

Pero desde tiempos pretéritos ha surgido la discusión acerca de que norma exactamente se debe aplicar para el caso de la jornada laboral de los empleados públicos que prestan su servicio como celadores en las entidades del orden territorial, puesto que algunos acogen la tesis de las 44 horas semanales, mientras que otros se

afincan en la de las 66 horas semanales; este tema fue tratado con bastante claridad en sentencia de 27 de agosto de 2009¹, donde se expresó:

"De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978², reformado por el Decreto 85 de 1986, la asignación mensual fijada por la escala de remuneración para los empleos de celadores, corresponde a una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro (44) horas semanales. Esto quiere decir que, la jornada que exceda las cuarenta y cuatro (44) horas semanales debe considerarse como trabajo suplementario y, por tanto, debe ser remunerada o compensada. El Decreto 0085 de 10 de enero de 1986, modificó la norma anterior y señaló para los empleos de celadores pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo Nacional, una jornada de trabajo equivalente a cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

En sentencia de 3 de julio de 1997, de la Sección Segunda, Subsección "A", Consejera Ponente Dra. Clara Forero de Castro, expediente No.10251, actor Luis Agenor León Mercado, se refirió a la jornada laboral de los celadores así:

"Ese trabajo del demandante, cumplido todo en horario nocturno, debe cancelársele con el recargo del 35% de que trata la norma ya citada.

Mas como desempeñaba el cargo de celador y según el artículo 1 del decreto 85 de 1986, modificadorio del artículo 33 del decreto 1042 de 1978, su jornada laboral debía comprender máximo 44 horas en la semana, las horas extras que excedan este tope deben tomarse como trabajo extra o suplementario, por tanto deben ser remuneradas o compensadas con descanso (...)."

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, sentencia de veintisiete (27) de agosto de dos mil nueve (2009), Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02307-01(10230-05), Actor: IBAN DIONICIO FINO BECERRA, Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACA.

² ARTICULO 33. DE LA JORNADA DE TRABAJO. <Modificado en lo pertinente por los Artículos 1° a 3° del Decreto 85 de 1986; ver Nota de Vigencia. El texto original del artículo es el siguiente:> La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.

Este artículo fue modificado en lo pertinente por el Decreto 85 de 1986, "Por el cual se establece la jornada de trabajo para los empleos de celadores", según lo dispuesto por el artículo 3 ibídem.

El artículo 1 establece: "A partir de la vigencia del presente Decreto, a la asignación mensual fijada por la escala de remuneración para los empleos de celadores, corresponde una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro (44) horas semanales."

El artículo 2 establece: "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."

En relación con el mencionado Decreto 85 de 1986, la Sala en decisión de 22 de abril de 2004, con ponencia del Dr. Tarsicio Cáceres Toro, radicación No. 15001-23-31-000-1996-16455-01, actor José Eduardo Rodríguez, demandado Instituto de Tránsito de Boyacá, inaplicó por inconstitucional el aparte del artículo 3º en cuanto señala que “modifica en lo pertinente el artículo 33 del Decreto Extraordinario 1042 de 1978.”. En esa oportunidad discurrió así la Sala:

“Inicialmente, se observa que el D.L.85 de enero 10 de 1986, dictado en desarrollo de las facultades de la Ley 1ª de 1986, en su introducción señala que “...establece la jornada de trabajo para los empleos de celadores” y por eso se entiende que en su art. 3º determine que “modifica en lo pertinente el artículo 33 del Decreto extraordinario 1042 de 1978”, dado que en ese artículo se determina que para el personal de Vigilancia y otros allí mencionados se puede establecer una jornada diaria de trabajo de 12 horas, sin que pase de 66 semanales.

Pero, se observa que la Ley 1ª de enero 02 de 1986 en ninguna parte facultó extraordinariamente al Presidente de la República para que “modificara” la jornada de trabajo de los celadores del orden nacional. En esas condiciones, está claro que el Decreto Ley 85 de 1986 “excedió” claramente la ley de facultades en cuanto en su art.3º modifica la jornada de trabajo de los celadores del orden nacional (con una falla adicional por no determinar igual modificación para el personal de vigilancia del orden territorial que quedaba bajo el anterior régimen).

Por ello, en ejercicio de las potestades del art. 4º de la Constitución Política actual se dejará de aplicar por inconstitucional (exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias) el aparte del art. 3º precitado en cuanto manda: “y modifica en lo pertinente el artículo 33 del Decreto extraordinario 1042 de 1978.”, más cuando las facultades eran “parciales o limitadas” al AMBITO O NIVEL NACIONAL, mientras que lo dispuesto en el art. 33 del 1042 se está aplicando en los AMBITOS O NIVELES NACIONAL Y LOCAL. Por lo tanto, mientras no se expida otra norma que modifique el aparte pertinente seguirá vigente la que manda: “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.”.

De acuerdo con la tesis anterior, la norma aplicable al caso concreto, no es el Decreto 85 de 1986 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.

No obstante, en criterio de esta Sala, 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.

Así se expresó en la sentencia de 2 de noviembre de 2006, Expediente No. 630012331000200201040 01, No. Interno: 5590-2005, Actor: Jaime Julián Solorza Gutiérrez, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante:

“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.

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.”.

La jornada de trabajo establecida para el orden departamental al que pertenece el actor, equivalente a cuarenta y ocho (48) horas a la semana, prevista en el artículo 3° de la Ley 6ª de 1945, resulta inequitativa y desigual con las disposiciones que sobre la misma materia existen para el orden nacional, que prevén una jornada de trabajo para dichas actividades de cuarenta y cuatro (44) horas semanales (Decreto 0085 de 1986) y una remuneración equivalente al 25% para el trabajo extra diurno sobre el salario ordinario y de un 75% para el trabajo extra nocturno sobre la asignación básica mensual (artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978). Por tanto se impone la aplicación de la norma más favorable (Decretos 1042 de 1978 y 085 de 1986).

En relación con este tema, en sentencia de 21 de junio de 2007³ la Sala precisó:

³ Exp. No. 23001-23-31-000-2003-00508-01 (5389-05). Actor: ALFREDO JOSE ALVAREZ MENDOZA. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. CONSEJERA PONENTE: DRA. ANA MARGARITA OLAYA FORERO.

“Siendo así, el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 en los apartes que se han señalado, desconoce el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.P., pues no se justifica el trato diferente otorgado a los empleados que desempeñen en el orden territorial labores de celaduría plasmado en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 y en consecuencia, surge la necesidad de inaplicar tales disposiciones a la luz de lo dispuesto por el artículo 4º de la C.P., por ende, el vacío normativo se suplirá con las preceptivas del Decreto 1042 de 1978 en el artículo 37, previsto para las horas extras nocturnas y el Decreto 0085 de 1986, que establece la jornada de trabajo para los empleos de celadores de cuarenta y cuatro (44) horas semanales”.

En este orden de ideas, por su condición de celador, el demandante tiene derecho al reconocimiento de horas extras, las cuales deberán contabilizarse por el término que exceda las cuarenta y cuatro (44) horas semanales que, conforme al Decreto 85 de 1986, constituyen la jornada máxima prevista por la ley para los celadores.” (...)

Mientras que en sentencia del 29 de agosto de 2018, arriba referenciada, sobre estos mismos temas se dijo:

“Recargo Nocturno.

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

Trabajo ordinario en días dominicales y festivos.

Por su parte, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, y la forma en que se debe remunerar, de la siguiente manera:

«(...) Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deben laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo. La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos.»

Conforme a la disposición trascrita, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo

por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual.

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

Jornada Extraordinaria.

Se denomina así a la jornada que excede la jornada ordinaria. Se presenta cuando por razones especiales del servicio es necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, en cuyo caso, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes esté delegada la función, autorizan el descanso compensatorio o el pago de horas extras.

Se encuentra regulada en los artículos 36, 37 y 38 del Decreto Ley 1042 de 1978 y en las normas que anualmente establecen las escalas de asignación básica mensual para los empleados públicos.

Para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos.

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

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

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

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

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

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

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

6. CASO CONCRETO

Bajo la interpretación del marco normativo y jurisprudencial que antecede, y descendiendo al caso concreto, tenemos que al actor, por desempeñarse como celador al servicio de la Secretaría de Educación del Municipio de Ibagué, en lo que respecta a la jornada de trabajo se le aplican las siguientes normas:

- La jornada máxima a laborar por el actor en su condición de celador es de 44 horas semanales, por consiguiente constituye **trabajo suplementario, o de horas extras, las que excedan de las 44 horas** referidas, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 085 de 1986, modificatorio del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.
- El **valor** que se debe cancelar por **horas extras diurnas** es el veinticinco por ciento **(25%)** sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, y de las **horas extras nocturnas** es del setenta y cinco por ciento **(75%)** sobre la asignación básica mensual, artículos 35 y 36 del Decreto 1042 de 1979.
- Igualmente, de conformidad a lo estipulado en el artículo 34 ibídem, se debe entender por **jornada ordinaria nocturna** la que de manera habitual empieza y termina **entre las 6 p.m. y las 6 a.m.**, del día siguiente, y quienes deban trabajar ordinaria o permanentemente en jornada nocturna tienen derecho a que se les cancele un treinta y cinco por ciento **(35%)**, como recargo nocturno.
- Por último, en lo referente al reconocimiento a días **compensatorios** por laborar dominicales y festivos, tenemos que de conformidad a lo estipulado en el artículo 39 del citado Decreto 1042 de 1978, quien deba laborar en días dominicales y festivos se le debe cancelar el doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo que se labore, e igualmente, tiene derecho al disfrute de un día compensatorio de descanso.

Establecido lo anterior, y de conformidad con el acervo probatorio arrojado al proceso tenemos lo siguiente:

1. Mediante Decreto No. 480 del 25 de abril de 1997, el señor Isaac Guerrero Bohórquez, fue nombrado en el cargo de Celador código 6020-04, de la Institución educativa Manuel Murillo Toro – INEM del Municipio de Ibagué, posesionándose el 8 de mayo del mismo año (Fols. 376 a 378).
2. Que mediante Decreto 1-1188 del 29 de diciembre de 2011, al actor se le niveló su salario y se le cambió la denominación de su empleo, quedando como celador grado 01, con una remuneración mensual de \$1.089.227, cargo del cual se posesionó el 20 de febrero de 2012 (Fols. 379 a 383).
3. Que el 22 de agosto de 2016 el señor Isaac Guerrero Bohórquez elevó derecho de petición ante el Rector de la I.E. INEM de Ibagué, solicitando el reconocimiento y pago de horas extras y compensatorios (Fols. 388 a 392).
4. Que el anterior derecho de petición fue contestado mediante el oficio R.I.-0184 del 8 de septiembre de 2016, negando lo peticionado, suscrito por el Rector de la Institución Educativa INEM de Ibagué (fol. 393).

5. A folio 396 del expediente reposa informe suscrito por el supervisor de servicios generales de la I.E. INEM, en el cual se puede leer lo siguiente:

- Que el señor Isaac Guerrero Bohórquez cumplía turnos diurnos en el horario de 07:00 am a 12:00 m y de 02:00 pm a 06:00 pm (9 horas), y turnos nocturnos en el horario de 06:00 pm a 06:00 am del día siguiente (12 horas).
- Que la única dependencia autorizada para otorgar compensatorios es la Secretaría de Educación Municipal, por lo que la Institución Educativa no tomo decisión alguna al respecto.

6. Que el señor Isaac Guerrero Bohórquez, entre el mes de enero de 2013 y el mes de abril de 2016, le asignaron y laboró los turnos relacionados en la tabla vista a folio 397 del expediente.

7. Que el demandante entre el mes de enero de 2013 y el mes de abril de 2016, le **autorizaron, laboró y le certificaron** el total de las horas extras relacionadas en la tabla vista a folio 398 del expediente.

8. El actor radicó derecho de petición dirigido a la Secretaría de Educación Municipal de Ibagué, el 20 de octubre de 2017 (Fols. 282 a 298), solicitando el reconocimiento y pago de dominicales y festivos, compensatorios, horas extras y recargo nocturno; así como la reliquidación de sus prestaciones.

9. El profesional universitario Oscar Eduardo Gallego Santos, de la Secretaría de Educación Municipal de Ibagué, mediante el oficio demandado, manifestó que:

“Una vez revisado el software de nómina de la SEM Ibagué, se pudo constatar que al señor Isaac Guerrero Bohórquez con cédula 6007991 se le viene cancelando mes a mes y en la forma establecida por la ley la Horas Extras y los recargos nocturnos en la Nómina mensual.

En atención a los compensatorios la SEM Ibagué adelanta el estudio de compensatorios de los Administrativos de las Instituciones Educativas de Ibagué en razón al pacto colectivo suscrito entre la Administración Municipal y las Directivas de las Agremiaciones Sindicales (SUNET, SINTRAEDUCACION Y SINTRENAL) que representan a los funcionarios Administrativos vinculados a la planta global de cargos de la Secretaría de Educación Municipal.

Es por ello que solicitó a los Rectores de las Instituciones Educativas de Ibagué que se allegue la información solicitada en la Circular 0349 del 22 de septiembre de 2017 correspondiente a los compensatorios.

Una vez se reciba la información solicitada y se realice el correspondiente análisis se procederá a cancelar si hubiere lugar el emolumento denominado compensatorios.” (Fol. 299).

10. Mediante constancia expedida el 10 de septiembre de 2018, la Secretaría de Educación de Ibagué informa que el señor Isaac Guerrero Bohórquez ingresó a esa entidad el 8 de mayo de 1997, y que hasta ese momento se desempeña como celador homologado grado 1 en la I.E. INEM de Ibagué (Fol. 384).

11. Que durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 2016 y el mes de agosto de 2018, al demandante se le cancelaron emolumentos por concepto de *“Horas extras – dominical o festiva nocturna 2.75%, horas extras – recargo nocturno (x horas), Subsidio de alimentación, auxilio de transporte, sueldo básico, bonificación especial por recreación, bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad”* (Fol. 385).

12. Que durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 2013 y el mes de abril de 2016, se le liquidaron y cancelaron al demandante Horas Extras como celador de la Institución Educativa INEM Manuel Murillo Toro de Ibagué (Fol. 386).

Una vez analizado el caudal probatorio allegado al proceso se puede afirmar que, respecto al reconocimiento y pago de las **horas extras festivas nocturnas, recargos por trabajo extra nocturno y horas extras diurnas**, existe prueba más que suficiente que permite asegurar que dichos emolumentos fueron liquidados y cancelados en su totalidad al demandante por la entidad demandada; lo anterior en consideración a que a folios 385 y 386 reposan certificaciones suscritas por Nohora Alexandra Bello Garnica, que funge como Líder de Talento Humano de la Secretaría de Educación del Municipio de Ibagué, en donde se especifica cada uno de los factores que se le cancelaron al señor Isaac Guerrero Bohórquez durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 2013 y el mes de agosto del 2018, tal y como se relacionó en los numerales 11 y 12 anteriores.

Ésta documentación que se menciona, hecha al traste los enunciados fácticos del actor con los que pretende endilgar una omisión de parte del Municipio de Ibagué, pues en efecto se convierte en prueba determinante, por la calidad de documento, para establecer que mes a mes el ente territorial liquidó y canceló lo correspondiente a horas extras diurnas y nocturnas y recargos nocturnos que el demandante laboró durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 2013 al mes de abril de 2016. Por lo que se negará el reconocimiento y pago de las horas extras y recargos nocturnos que dice el actor le son adeudadas por la entidad territorial.

Ahora bien, no ocurre lo mismo respecto al reconocimiento de los **dominicales, festivos y compensatorios** a los que tendría derecho el demandante por haber laborado los domingos y días festivos, obligación que se encuentra contenida en el artículo 39 del decreto 1042 de 1978, el cual señala que el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles. Se remunera en el equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado, sin perjuicio de la remuneración habitual.

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

En el presente caso, se tiene probado que el señor Isaac Guerrero Bohórquez durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 2013 al mes de abril de 2016, prestó sus servicios como vigilante al Municipio de Ibagué, labor que cumplía según lo certificado, tanto en turnos de 9 horas diarias en el día, como por turnos de 12 horas, resultando evidente que tuvo que laborar dominicales y festivos, por tanto, le asiste el derecho al pago de los mismos en el porcentaje correspondiente.

Por consiguiente se ordenará a la entidad demandada, pagar el doble del valor de un (1) día de trabajo por cada dominical o festivo laborado durante el 1 de enero de 2013 y el 30 de abril de 2016, sin perjuicio de la remuneración ordinaria que haya recibido el empleado por haber laborado el mes completo. **Para el reconocimiento y liquidación aquí ordenada, la administración tendrá la obligación de verificar de acuerdo al expediente administrativo del demandante los dominicales y festivos efectivamente laborados.**

Esto de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978 que reguló el trabajo en días de descanso obligatorio, en los siguientes términos:

“ARTICULO 39. DEL TRABAJO ORDINARIO EN DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo. La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos” (se subraya).

Entonces, el trabajador tiene derecho al disfrute de un día de descanso **compensatorio** derivado del trabajo realizado durante estos días (dominicales y festivos), y esta compensación puede ser recibida en tiempo dependiendo si el trabajo dominical es ocasional o habitual.

Si el trabajo es ocasional, lo que quiere decir que no se laboran todos los domingos que comprende un mes, brinda la posibilidad que el trabajador solicite a su empleador que los compensatorios se los remunere en dinero.

Pero si el trabajo es habitual, esto es, que laboró de forma regular los domingos que contiene el mes, los compensatorios derivados de ese trabajo tienen que ser

remunerados en tiempo y no en dinero, teniendo en cuenta que la finalidad de dicha figura laboral es que el trabajador disfrute de su descanso efectivo.

En el presente caso, se pudo comprobar que el señor Isaac Guerrero Bohórquez durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 2013 y el mes de abril de 2016, según la programación de turnos aportada, laboró en forma habitual los días domingos y festivos. A la anterior conclusión se llega una vez se hizo la comparación de los cuadros de turnos con los registros de los libros diarios. A continuación se hace una relación de los primeros 4 meses del año 2013, para ilustrar mejor la forma de liquidar los compensatorios.

Enero 2013		Febrero 2013	
Domingos	Festivos	Domingos	Festivos
6 – Laboró	1 – Laboró	3 – No laboró	x
13 – Laboró	7 – Laboró	10 – No laboró	x
20 – Laboró		17 – No laboró	x
27 - Laboró			
Marzo 2013		Abril 2013	
Domingos	Festivos	Domingos	Festivos
3 – No laboró	25 – Laboró	7 – No laboró	x
10 – No laboró	28 – No laboró	14 – No laboró	x
17 – Laboró	29 - Laboró	21 – No laboró	x
24 – No laboró		28 – No laboró	x
31 - Laboró			

En el anterior esquema se relacionaron los meses de enero, febrero, marzo y abril del año 2013, para significar lo siguiente: el trabajo en días dominicales y festivos, se puede considerar como habitual para el trabajador, en este caso para el servidor ISAAC GUERRERO BOHÓRQUEZ, pues recuérdese que este no es un criterio cuantitativo que remita a un determinado número de domingos o festivos laborados en el mes o año, si no que como lo ha indicado el Consejo de Estado, debe entenderse como referido a la posibilidad de laborar en dichos días como parte de la jornada laboral del empleado, lo que sin duda se cumple en el presente asunto, pues para el celador homologado ISAAC GUERRERO BOHÓRQUEZ, el que se le incluyera regularmente en cuadros de prestación del servicio en dichos días no fue en absoluto extraño y por el contrario, debía esperar que así se realizara - y no de manera extraordinaria -.

En los anteriores términos y teniendo en cuenta que dentro del caudal probatorio allegado al presente trámite, no existe documento alguno que respalde el pago de los compensatorios debidos al demandante con ocasión de su labor, el despacho ordenará a la entidad demandada verificar su expediente administrativo y proceder a liquidar los compensatorios, clasificando mes por mes tal causación.

En ese orden de ideas los que se hayan causado con ocasión del trabajo habitual serán reconocidos en tiempo efectivo de descanso; lo anterior en el entendido de que el señor Isaac Guerrero Bohórquez siga vinculado a la administración, en caso contrario se procederá a la cancelación en dinero de los compensatorios causados con ocasión del trabajo habitual.

En lo que tiene que ver, con el ajuste de las prestaciones sociales, como lo es las primas percibidas, las vacaciones y las cesantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, *“el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios”*, razón por la cual se ordenará que se reliquiden los factores salariales devengados por el demandante, desde el mes de enero de 2013 hasta abril de 2016, de tal suerte que también deberán realizarse los ajustes de seguridad social.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, se condenará en costas procesales de primera instancia al Municipio de Ibagué, incluyendo en la liquidación el valor de \$1.198.000, equivalente al 4% de lo pedido por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la Entidad demandada conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el **oficio 2017 RE 11399 del 1 de noviembre de 2017**, por medio de la cual se negó al demandante el reconocimiento y pago de las horas extras y los recargos nocturnos, dominicales y festivos, conforme lo expresado con antelación.

TERCERO: DECLARAR la existencia y nulidad del acto administrativo presunto, originado en el silencio de la Entidad demandada frente a la petición presentada por el demandante el día 20 de octubre de 2017, en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de los compensatorios, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** al MUNICIPIO DE IBAGUÉ a:

1. Reconocer, liquidar y pagar los dominicales y festivos laborados por el señor ISAAC GUERRERO BOHÓRQUEZ durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 30 de abril de 2016, a razón del doble del valor de un (1) día de trabajo corriente, sin perjuicio de la remuneración ordinaria que haya recibido el empleado por haber laborado el mes completo. **Para el reconocimiento y liquidación aquí ordenada, la administración tendrá la obligación de verificar de acuerdo al expediente administrativo del demandante con el fin de verificar los dominicales y festivos efectivamente laborados.**
2. Liquidar los compensatorios de la forma arriba indicada, procediendo a cancelar el trabajo habitual en tiempo efectivo de descanso. Lo anterior en el entendido de que el señor Isaac Guerrero Bohórquez siga vinculado a la entidad demandada, en caso contrario se procederá a la cancelación en dinero de los compensatorios causados con ocasión del trabajo habitual. **Para el reconocimiento y liquidación aquí ordenada, la administración tendrá la obligación de verificar de acuerdo al expediente administrativo del demandante los días efectivamente laborados.**

QUINTO: Conforme a el reconocimiento, liquidación y pago ordenados anteriormente, **RELIQUIDAR** los factores salariales devengados por el demandante, en la medida de su comprobación, desde el mes de enero de 2013 y hasta el mes de abril de 2016, realizando también los ajustes de seguridad social que sean procedentes.

SEXTO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Dese cumplimiento a ésta sentencia en los términos previstos en artículo 192 del CPACA.

OCTAVO: CONDENAR en costas al MUNICIPIO DE IBAGUÉ por las razones expuestas con antelación, reconociéndose como agencias en derecho en favor del accionante, la suma de \$1.198.000. Por Secretaría, liquídense.

NOVENO: Ejecutoriada ésta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI, así como la comunicación a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

DÉCIMO: Aceptar la renuncia al poder presentada por la abogada DIANA NAYIVE GUTIERREZ AVENDAÑO, vista a folios 430-434 del expediente, en su condición de apoderada judicial del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, por cumplir con los requisitos previstos para ello, estipulados en el artículo 76 del C.G.P. para tal efecto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA**

Firmado Por:

**SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 4 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

4532830b384638810a112cae2f2bf833e58d8c3e0643a9c543610cb70ddbf7ee

Documento generado en 10/08/2020 10:39:43 a.m.