



Cartagena de Indias, primero (01) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2020-00163-00
Demandante	JUSTO RAFAEL CABARCAS DÍAZ
Demandado	DISTRITO DE CARTAGENA
Asunto	Decreto 1042 de 1978, jornada laboral aplicable a cuerpo de bomberos.
Sentencia No.	097

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena a dictar sentencia frente a demanda con pretensiones de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO presentada por JUSTO RAFAEL CABARCAS DÍAZ, a través de apoderado judicial, contra el DISTRITO DE CARTAGENA.

2. ANTECEDENTES

- HECHOS

Se tienen como hechos de la parte demandante los expuestos en el libelo demandatorio, los cuales se resumen así:

El actor se desempeña como bombero del Distrito de Cartagena, en el cargo 047 BOMBERO C475 – Grado G05, con un salario básico para el año 2017 de \$1.506.661. La jornada ordinaria laboral es de 240 horas mensuales con un sistema de turnos de 24 horas de trabajo por 48 de descanso. De lo anterior se deduce que la hora ordinaria de trabajo equivale a \$6.277.

Adicionalmente, el actor trabaja 50 horas extras mensuales, para un total de 290 horas al mes.

Manifiesta el actor que jornada laboral ordinaria de los bomberos, por disposición del inciso primero del artículo 33 del decreto 1042 de 1978 es de 190 horas mensuales, a razón de 44 horas semanales. Por ello, el valor de una hora ordinaria de trabajo sería de \$ 7.929.

Por lo anterior, el accionante presentó petición al Distrito de Cartagena, solicitando el reconocimiento y pago de una reliquidación, pues consideró que no estaba siendo remunerado conforme a lo establecido en el decreto 1042 de 1978. A la solicitud se le asignó la radicación interna EXT-AMC-19-0108461.

Mediante oficio AMC-OFI-0156929-2019 del 10 de diciembre de 2019, emanado del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS y suscrito por MARGARITA CASAS COTES, en su condición de Directora Administrativo de Talento Humano; la entidad negó las peticiones formuladas, por considerar que se le estaba liquidando y pagando conforme a los parámetros legales.





- PRETENSIONES

1-Que se declare la nulidad total del acto administrativo contenido en el oficio AMC-OFI-0156929-2019 del 10 de diciembre de 2019, emanado del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, suscrito por MARGARITA CASAS COTES, en su condición de Directora Administrativo de Talento Humano; mediante el cual se niega el reconocimiento, y pago, de una reliquidación por indebida aplicación del decreto 1042 de 1978.

2-Que se declare que la Jornada laboral ordinaria aplicable al actor es la establecida en el artículo 33 del decreto 1042 de 1978, es decir, 190 horas mensuales, 44 semanales.

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

4- Que se condene al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, a pagar las diferencias que surjan con ocasión de la reliquidación solicitada, la cual estiman en la suma de \$461.460 mensuales, aproximadamente, desde el 01 de enero de 2015 hasta la fecha en que se profiera sentencia de fondo.

5- Que se condene al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, a adoptar como jornada ordinaria laboral en favor del actor, de forma definitiva, la establecida en artículo 33 del decreto 1042 de 1978

6- Que se condene al DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, a realizar los aportes pensionales adicionales teniendo en cuenta el nuevo salario promedio devengado por el actor, desde el inicio de la vinculación legal

7- Que los valores reconocidos en la sentencia en favor de la parte actora sean debidamente indexados

8- Que se paguen intereses moratorios desde el momento en que se debieron cancelar las sumas de dinero adeudadas

9- Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y siguientes del CPACA

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Considera el apoderado judicial del accionante que con la expedición del acto acusado la accionada ha trasgredido las siguientes normas:

- Constitucionales artículos 1, 2, 4, 13, 25, 33, 48 y 53.





- Legales: artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 39 del decreto 1042 de 1978. Decreto 85 de 1986, artículo 1, 2 y 3 y decreto 1045 de 1978.

En concreto manifestó que, hay falsa motivación porque se desconoce deliberadamente que la suma dineraria que se le paga al actor por concepto de salario básico, para efectos de establecer el monto del trabajo suplementario y complementario, está siendo dividida entre 240 horas mensuales, no entre 190 horas mensuales como lo establece la ley y el Consejo de Estado. Por lo tanto, el valor de una hora ordinaria de trabajo es superior al valor con que está liquidando el Distrito, en consecuencia, los demás emolumentos que se liquidan sobre el valor de una hora ordinaria de trabajo también se ven afectados.

Según el decreto 1042 de 1978, artículo 33, la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos es de 190 horas mensuales y que la actividad bomberil no puede ser considerada como una actividad discontinua, intermitente o de simple vigilancia las cuales si permiten un límite máximo de 66 horas semanales.

- **CONTESTACIÓN**

Manifiesta la apoderada del ente territorial que, con la expedición del decreto 1042 de 1978 se estableció de forma clara el límite máximo de 66 horas semanales de trabajo, previsto exclusivamente para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la cual no participa la actividad bomberil, de modo que esta es una actividad diferente la cual está llamada a ser desempeñada en una jornada especial de trabajo que puede ser por turnos que no supere el máximo de 190 horas mensuales en jornada ordinaria mensual, más el trabajo extra que no puede superar de 50 horas de conformidad con el artículo 36 del decreto 1042 de 1978 y que revisado los soportes de nómina correspondiente al accionante, se puede constatar que le han sido pagadas las horas de trabajo tanto ordinarias como suplementarias, atendiendo los lineamientos legales, es decir, 190 horas mensuales en jornada ordinaria y 50 horas máximas de trabajo extra, lo cual es reiterativo en todas las mesadas objeto de muestra en los últimos 06 meses y que en el evento de haberse superado ese límite de 50 horas de trabajo suplementario, el exceso se pagar con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas de trabajo de acuerdo al literal d) del artículo 36 del decreto 1042 de 1978, como efectivamente lo viene realizando el Distrito de Cartagena.

- **TRAMITES PROCESALES**

La demanda se presentó el 06 de noviembre de 2020, correspondiendo su conocimiento a este Despacho, y siendo admitida el 20 de enero de 2021.

Se realizó audiencia inicial el 16 de junio de 2021, en la cual se fijó el litigio y se decretaron las pruebas a practicar. Posteriormente, el 15 de julio del mismo año se llevó a cabo audiencia de pruebas, en ella se cerró el debate probatorio y se corrió traslado para alegar por el termino de 10 días.



- **ALEGACIONES**

DEMANDANTE: Aduce que se encontraron suficientemente probados los siguientes hechos:

1. Que el demandante presta servicios en el Cuerpo de Bomberos del Distrito de Cartagena en el Cargo de Cabo de Bombero Código 475 Grado 05.
2. Que la jornada laboral aplicable al demandante es la de 44 horas semanales o 190 horas mensuales contenida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.
3. Que el demandante presta servicios por más de 190 horas al mes.
4. Que el Distrito de Cartagena causa un detrimento en la remuneración del trabajo suplementario y complementario al demandante al determinar el valor de la hora devengada realizando una operación aritmética con base en 240 horas y no con base en el máximo legal de 190 horas

DEMANDADO: Itera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en el entendido que con la expedición del decreto 1042 de 1978 se estableció de forma clara el límite máximo legal de 66 horas semanales de trabajo, previsto exclusivamente para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la cual no participa la actividad bomberil, de modo que esta es una actividad de naturaleza diferente la cual está llamada a ser desempeñada en una jornada especial de trabajo, que puede ser por turnos que no supere el límite máximo de ciento noventa (190) horas mensuales en jornada ordinaria mensual, más el trabajo extra que no puede superar las cincuenta (50) horas, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del decreto 1042 de 1978, modificado por el artículo 13 del decreto – Ley 10 de 1989. Que revisado los soportes de nómina correspondiente al funcionario JUSTO CABARCAS DÍAZ, se puede constatar en los respectivos soportes que el señor CABARCAS le han sido pagadas todas las horas de trabajo tanto ordinarias como suplementarias, atendiendo a los lineamientos legales, es decir, ciento noventa (190) horas mensuales en jornada ordinaria y cincuenta (50) horas máximas de trabajo extra, lo cual es reiterativo en todas las mesadas objeto de muestra en los últimos seis (06) meses y que en el evento de haberse superado ese límite de cincuenta (50) horas de trabajo suplementario, el exceso se pague con tiempo compensatorio a razón de un (01) día hábil por cada ocho (08) horas de trabajo tal como lo establece el literal (E) del artículo 36 del decreto 1042 de 1978 y como efectivamente lo viene realizando el Distrito de Cartagena en sus respectivas liquidaciones de nómina o por acto administrativo separado según el caso concreto, de allí que se este respetando la normativa especial.

- **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:** No rindió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.





Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso

4. CONSIDERACIONES

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la Ley, procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto.

- PROBLEMA JURIDICO

Consiste en determinar la legalidad del acto administrativo AMC-OFI-0156929-2019 del 10 de diciembre de 2019, emanado del Distrito de Cartagena, y si como consecuencia de ello el actor tiene derecho a que se aplique, reconozca, reliquide y pague la jornada laboral de acuerdo al artículo 33 del decreto 1042 de 1978.

- TESIS

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que por la labor que ejercen las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, no están sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial, que es la regulada por el ente empleador; y en caso de no existir tal regulación, se debe entender que la jornada de trabajo aplicable a esos servidores es la correspondiente a 44 horas semanales fijada en el Decreto No. 1042 de 1978.

En conclusión, del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, se deduce que la jornada ordinaria de trabajo, consistente en el pago de salario ordinario pactado y sin recargos, es de 44 horas semanales, así mismo el límite máximo fijado en este artículo corresponde a jornadas de doce horas diarias de trabajo y sesenta y seis horas semanales para actividades intermitentes, discontinuas o de simple vigilancia. En el caso que hoy nos ocupa, se debe aplicar la Jornada ordinaria de 44 horas señalada por el Decreto antes citado; en este sentido, toda labor realizada por el demandante que exceda las 44 horas semanales, constituye trabajo suplementario o de horas extras que debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de Ley.

Sin embargo, el Distrito alegó que está pagando 190 horas mensuales en jornada ordinaria por una parte y 50 horas máximas de trabajo suplementario por otra parte; que además, es posible debido al sistema de turnos propios de la actividad del cuerpo de bomberos que en las mensualidades laborales se presenten jornadas que exceden ese máximo legal, situación que de igual manera se encuentra reglada por la normativa en el artículo 36 del decreto 1042 de 1978.

De acuerdo a las pruebas recaudadas, considera el Despacho que no está claramente probado que al actor no se le pague su jornada ordinaria y trabajo suplementario por fuera de los parámetros del decreto 1042 de 1978. Dentro del proceso no está probado que al actor se le paguen 240 horas mensuales de trabajo ordinario y que a partir de la hora 241 se le pagan horas extra o suplementario. Esto teniendo en cuenta que el Distrito fue enfático al señalar que se estaban pagando 190 horas de trabajo ordinario y máximo 50 de horas extras y que en caso de exceder esos límites se daban días compensatorios.



Para el Despacho no es claro por qué el actor asume que cada día debe entenderse como 8 horas de trabajo, siendo que el señor CABARCAS DÍAZ en audiencia de pruebas dijo que trabajaba con un sistema de turnos de 24 hora de trabajo por 48 de descanso, luego entonces, la interpretación que hace la parte accionante sobre el volante de pago es errada, ya que está demostrado que el demandante no labora los 30 días del mes y mucho menos que sus jornadas de trabajo son de 8 hora, sino de 24x48.

Tampoco existe prueba en el expediente que indique con certeza cuánto vale por ley una hora de trabajo ordinario para todos los servidores que conforman el cuerpo de bomberos. Es decir, no hay un racero que nos permita determinar si al actor se le está liquidando o no correctamente su salario y prestaciones sociales, lo cual es carga de la parte que alega la nulidad del acto administrativo demandado.

Por los anteriores motivos, mal haría esta Célula Judicial al declarar la nulidad del oficio AMC-OFI-0156929-2019 del 10 de diciembre de 2019, sin tener certeza a cuanto equivale por ley una hora de trabajo ordinario para el cargo 047- Código C475-grado G05, lo cual impide establecer si las liquidaciones efectuadas en las nóminas aportadas al expediente encuadran dentro de los lineamientos del decreto 1042 de 1978.

En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En sentencia 705 de 2018 del Consejo de Estado, Rad. No. 250002325000201000705 01 (0308-2016), Magistrado Ponente, Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, la Corporación enseñó lo siguiente:

“En conclusión: El Decreto 1042 de 1978 es la norma que rige la jornada de trabajo para los empleados públicos del orden territorial porque:

- (i) El artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998 hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan «el régimen de administración de personal» contenido en ellas y en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.
- (ii) El concepto de «régimen de administración de personal» incluye el concepto de «jornada de trabajo» que reguló el Decreto 1042 de 1978 luego este se constituye en una adición del Decreto 2400 de 1968 y;
- (iii) El artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 solo es aplicable a los trabajadores oficiales.

- Regulación del pago del trabajo suplementario contenida en el Decreto 1042 de 1978.





Definido entonces que el Decreto 1042 de 1978 es el que determina la jornada de trabajo de los empleados públicos del orden territorial, la Subsección se permite citar el artículo que rige la materia.

«[...] 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 [...].».

De acuerdo con la norma: (i) La jornada de trabajo para los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales con la excepción para los que cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, en cuyo caso la jornada es especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales; (ii) con base en dicha jornada debe fijarse el horario de trabajo y; (iii) se compensa 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, salvo que exceda la jornada máxima semanal.

Es claro que la jornada de trabajo que se cumpla influye de manera directa en el salario que devenga el empleado, en tanto que la asignación puede variar si se labora tiempo suplementario, caso en el cual, se reconoce un pago adicional a la remuneración que de forma frecuente percibe el servidor público.

A continuación, se explicarán los pagos que deben realizarse cuando se excede la jornada ordinaria de trabajo de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978 (44 horas semanales):

Pagos por trabajo complementario de acuerdo al Decreto 1042 de 1978

Decreto 1042 de 1978	Jornada laboral	Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales)	Excepción y límites.





Artículo 34	Ordinaria nocturna. El horario que comprende es de 6 p.m. a 6 a.m.	35%	Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos.
Artículo 35	jornada mixta. Se cumple por el sistema de turnos. Incluye horas diurnas y nocturnas. Por estas últimas se paga el recargo (nocturno, pero podrán compensarse con períodos de descanso	35% o descanso compensatorio	Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos.
Artículo 36	Horas extra diurnas. Trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria. Debe ser autorizada por el jefe inmediato.	25% o descanso compensatorio.	No puede exceder de 50 horas mensuales. Si sobrepasa este límite se reconoce descanso compensatorio (un día de trabajo por cada 8 horas extras trabajadas). Conforme el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989, tienen derecho a este los empleados del nivel Operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 098 del nivel técnico.
Artículo 37	Horas extra nocturnas. Trabajo desarrollado por personal diurno (6 p.m. a 6 a.m.).	75% de la asignación mensual	Trabajo ordinario domingos y festivos





Artículo 39	Cuando se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos.	La remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio	igual que en el cuadro anterior referente al artículo 36.
-------------	---	--	---

En conclusión: Cuando el empleado público labore tiempo adicional a la jornada ordinaria de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, tiene derecho a que se le reconozca el pago de los recargos o los días compensatorios conforme se estableció en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de dicha disposición, según se especificó en el cuadro anterior.

- La jornada laboral del cuerpo oficial de bomberos.

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

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

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

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

En conclusión: La entidad a la cual se encuentre vinculado el personal del cuerpo oficial de bomberos puede, mediante el respectivo acto administrativo, fijar la jornada especial de





trabajo de estos. No obstante, esta debe ceñirse a los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 sobre jornada máxima laboral, regulación de las jornadas mixtas y salario del trabajo suplementario.

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

Posteriormente, el Consejo de Estado, en sentencia el 06 de diciembre de 2018, Radicado: 250002342000201305425 01, y teniendo como Consejera Ponente a la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, explicó lo siguiente:

“45. 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.

46. 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"12 (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 prohija una vez más, en esta oportunidad, la tesis ya definida por la jurisprudencia sobre la normatividad inaplicable a los empleados territoriales en materia de jornada laboral y el trabajo en días de descanso obligatorio, pues además de lo expuesto, debe considerar 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 (...)".





49. 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 2º 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.

51. 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:

«(...) ARTICULO 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 extras¹³ (...)

52. 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.

53. 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.

54. 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.

55. 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.

- CASO CONCRETO

A través del presente medio de control, el accionante solicita que se declare la Nulidad del acto administrativo oficio AMC-OFI-0156929-2019 del 10 de diciembre de 2019, emanado del Distrito de Cartagena, y que consecuencialmente se declare que la jornada laboral ordinaria aplicable es la contenida en el artículo 33 del decreto 1042 de 1978, es decir, 190 horas mensuales, 44 horas semanales y además se reliquide todos los emolumentos devengados por el actor durante la vigencia del vínculo legal y reglamentario, por concepto de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y el incentivo por actividad de alto riesgo.

Según las pruebas que obran en el expediente, el señor JUSTO RAFAEL CABARCAS DÍAZ, fue nombrado en carrera administrativa en el cargo de bombero código 475 grado 05, mediante decreto del 28 de enero de 1994, tomando posesión 17 de febrero de ese mismo año. Adicionalmente, el señor CABARCAS DÍAZ, en audiencia de pruebas manifestó que trabajaba en un sistema de turnos de 24 horas de trabajo por 48 horas de descanso.

Ahora bien, la Ley 322 de 1996 calificó como servicio público esencial la prevención y control de incendios y demás calamidades conexas a cargo de las instituciones bomberiles, y es deber del Estado garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, pues consagró la obligación a cargo de los Distritos, Municipios y Entidades Territoriales Indígenas, de prestar el servicio a través de los Cuerpos de Bomberos Oficiales, o mediante la celebración de contratos para tal fin, con los Cuerpos de Bomberos Voluntarios, siempre contando con la coordinación, complementariedad, intermediación y cofinanciación de proyectos por parte de los Departamentos y la adopción de políticas generales por parte de la Nación.

El régimen que gobierna la jornada laboral de los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 19782, 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.

La jornada ordinaria de trabajo para los empleados públicos, la define el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, que estableció 44 horas semanales en los siguientes términos:

"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”.

Así las cosas, la anterior norma es aplicable a los empleos indicados en el Decreto 1042 de 1978 sometidos a jornada ordinaria, ya sea del orden nacional o territorial, por ende, la actividad bomberil debe sujetarse a los parámetros descritos en esta norma.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que por la labor que ejercen las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, no están sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial, que es la regulada por el ente empleador; y en caso de no existir tal regulación, se debe entender que la jornada de trabajo aplicable a esos servidores es la correspondiente a 44 horas semanales fijada en el Decreto No. 1042 de 1978.

En conclusión, del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, se deduce que la jornada ordinaria de trabajo, consistente en el pago de salario ordinario pactado y sin recargos, es de 44 horas semanales, así mismo el límite máximo fijado en este artículo corresponde a jornadas de doce horas diarias de trabajo y sesenta y seis horas semanales para actividades intermitentes, discontinuas o de simple vigilancia. En el caso que hoy nos ocupa, se debe aplicar la Jornada ordinaria de 44 horas señalada por el Decreto antes citado; en este sentido, toda labor realizada por el demandante que exceda las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras que debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de Ley.

Sin embargo, aduce el Distrito que están pagando 190 horas mensuales en jornada ordinaria por una parte y 50 horas máximas de trabajo suplementario por otra parte; no obstante es posible debido al sistema de turnos propios de la actividad del cuerpo de bomberos que en las mensualidades laborales se presenten jornadas que exceden ese máximo legal, situación que de igual manera se encuentra reglada por la normativa en el artículo 36 del decreto 1042 de 1978, en donde se dispone que en el evento de superarse el límite de 50 horas de trabajo suplementario, el exceso se pague con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 08 horas de trabajo, tal cual lo viene haciendo el Distrito de Cartagena. En síntesis, el Distrito manifiesta estar cumpliendo con el decreto 1042 de 1978 en el entendido que el accionante está laborando 44 horas semanales, 190 al mes, y cuando se exceden estos límites se le pagan los recargos por horas extras.

Así las cosas, considera el Despacho que no está claramente probado que al actor no se le pague su jornada ordinaria y trabajo suplementario por fuera de los parámetros del decreto 1042 de 1978, por los siguientes motivos:





Para el Despacho no es claro por qué el actor asume que cada día debe entenderse como 8 horas de trabajo, siendo que el señor JUSTO CABARCAS DÍAZ en audiencia de pruebas dijo que trabajaba con un sistema de turnos de 24 horas de trabajo por 48 de descanso, luego entonces, la interpretación que hace la parte accionante sobre el volante de pago es errada, ya que está demostrado que el demandante no labora los 30 días del mes y mucho menos que sus jornadas de trabajo son de 8 hora, sino de 24x48.

Se debe destacar que, dentro del proceso no está probado que al actor se le paguen 240 horas mensuales de trabajo ordinario y que a partir de la hora 241 se le pagan horas extras o suplementario. Esto teniendo en cuenta que el Distrito fue enfático al señalar que se estaban pagando 190 horas de trabajo ordinario y máximo 50 de horas extras y que en caso de exceder esos límites se daban días compensatorios.

El Distrito de Cartagena sostuvo a lo largo del proceso que siempre ha pagado 190 horas de trabajo ordinario y a partir de la hora 191 paga los respectivos recargos de acuerdo al decreto 1042 de 1978, tal como vienen discriminados en los respectivos desprendibles de nómina mes a mes.

Por otro lado, el actor señala que el valor de una hora de trabajo ordinario en el año 2017 se la estaban pagando en \$6.277, llega a esta conclusión luego de dividir su salario base en ese año que equivalía a \$1.506.661, entre 240 horas, que es lo que él considera está trabajando como jornada ordinaria. Sin embargo, no existe prueba en el expediente que indique con certeza cuánto vale por ley una hora de trabajo ordinario para todos los servidores que conforman el cuerpo de bomberos, es decir, no hay un racero que nos permita determinar si al actor se le está liquidando o no correctamente su salario y prestaciones sociales, lo cual es carga de la parte que alega la nulidad del acto administrativo demandado.

Por los anteriores motivos, mal haría esta Célula Judicial declarar la nulidad del oficio AMC-OFI-0156929-2019 del 10 de diciembre de 2019, sin tener certeza a cuanto equivale por ley una hora de trabajo ordinario para el cargo 047- Código C475-grado G05, lo cual impide establecer si las liquidaciones efectuadas en las nóminas aportadas al expediente encuadran dentro de los lineamientos del decreto 1042 de 1978. En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda, pues no se logra desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se





establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explica el Consejo de Estado¹ a través de su jurisprudencia.

Ahora bien, la condena en costas a la parte vencida se profiere de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidan por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijan según lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura; no obstante, todo lo anterior, en el caso de marras no habrá condena en costas como quiera que no se encontró acreditado la causación de las mismas.

5. FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: No condenar en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente dejando las constancias del caso

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:

**Enrique Antonio Del Vecchio Dominguez
Juez Circuito
Contencioso 008 Administrativa
Juzgado Administrativo
Bolívar - Cartagena**

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:

5afd9fc0a6f76f28f213faaeffccfc1c5186e58fd055d32a49acc065c881212b

Documento generado en 01/09/2021 09:15:44 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

¹ Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: Willian Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016

