



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué (Tolima), treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

TEMA: DESCANSOS COMPENSATORIOS DE CELADOR
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAÚL DÍAZ ÁVILA
DEMANDADO: MUNICIPIO DE IBAGUÉ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL
RADICADO: 73001-33-33-011-2019-00219

Como el proceso se ha tramitado conforme a las reglas adjetivas que le son propias sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por el señor Raúl Díaz Ávila contra el Municipio de Ibagué- Secretaría de Educación Municipal.

I. ANTECEDENTES

1.- La Demanda¹

1.1.- Pretensiones

PRIMERA: Que mediante el trámite del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se declare la existencia del acto ficto o presento producto del silencio administrativo negativo que se causó por no dar respuesta de fondo a la petición radicada el 10 de diciembre de 2018.

SEGUNDA. Que mediante el trámite de Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se declare la nulidad del acto administrativo acto ficto o presento producto del silencio administrativo negativo que se causó por no dar respuesta de fondo a la petición radicada el día 10 de diciembre de 2018.

TERCERA. Que a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENE** al MUNICIPIO DE IBAGUÉ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL – I.E. ANTONIO REYES UMAÑA a cancelar al demandante los siguientes conceptos:

- El reconocimiento y pago en dinero de los días compensatorios de los años 2015, 2016, 2017 y 2018 los cuales están debidamente soportados por el rector de la Institución Educativa.

¹ Folios 5 al 20.

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00
Demandante: Raúl Díaz Ávila
Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

- Que el pago de estos compensatorios se realice siguiendo los requisitos establecidos en el artículo 39 del decreto 1042 de 1978.

CUARTA: Que las sumas reconocidas sean debidamente ajustadas según lo dispone el inciso del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A.

QUINTA: Así mismo, condenar a las entidades demandadas a que sobre las sumas adeudadas a mi representado, y se proceda a pagar los ajustes del valor de dichas sumas conforme al índice de precios al consumidor.

SEXTA: Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios, conforme al fallo 188 de 1999 proferido por la Corte Constitucional, si a ello hubiere lugar.

SÉPTIMA: Ordenar a las entidades demandadas, a que den cumplimiento a lo dispuesto en el fallo dentro del término consignado en el Artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVA: Condenar en costas y agencias en derecho a las entidades convocadas.

1.2.- Hechos²

El demandante labora al servicio del municipio de Ibagué- Secretaría de Educación- Institución Educativa Técnica Antonio Reyes Umaña de Ibagué.

Ente los años 2015 al 2018 realizó 248 turnos que no han sido compensados y que han sido certificados y aceptados por parte del rector de la Institución Educativa.

El 10 de diciembre de 2018 realizó la reclamación administrativa ante el municipio de Ibagué, sin que hubiera obtenido respuesta a la misma.

1.3. Normas violadas³

Se consideran por la parte demandante transgredidos los artículos 53 de la Constitución Política y el Decreto 1042 de 1978.

1.4 Concepto de la violación

Al respecto indicó que se desconocieron los principios laborales como la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en la Ley, así como la interpretación más favorable respecto de las fuentes formales del derecho.

² Folios 6-7 anexo 01 expediente digital.

³ Folio 7.

Añadió que mediante los decretos 255 de 2015 y 2205 de 2016 el Departamento Administrativo de la Función Pública autorizó a las entidades de la rama ejecutiva al reconocimiento en dinero de los días compensatorios.

1.5.- Contestaciones de la demanda

1.5.1 Municipio de Ibagué⁴

Se opuso a las pretensiones de nulidad del acto atacado y de la condena por no pago de descansos compensatorios, dependiendo del análisis probatorio y lo que resulte probado dentro del proceso.

Indicó que el régimen que gobierna la clasificación de los empleos y las escalas de remuneración de los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien el mismo, en principio, rigió únicamente para los trabajadores de la rama ejecutiva del nivel nacional, el artículo 3 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 precitada, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y en las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987. Lo que fue reiterado en el inciso 2° del artículo 87 de la Ley 443 de 1998.

Señaló, además, que el límite de la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos es de 44 horas semanales conforme el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978. Y que las labores desarrolladas por encima de ese límite constituyen trabajo suplementario que da lugar al pago de horas extras diurnas o nocturnas, según corresponda.

Planteó que los derechos laborales deben ser reclamados en el término que establece la Ley, de lo contrario se extingue la posibilidad de ejercer las acciones tendientes a hacerlos efectivos. Para el caso se trata del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral que establece un término de tres años.

Finalmente, aseveró que el actor no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, relativos a la necesidad de pertenecer al nivel técnico o asistencial, para que dicho reconocimiento sea concedido, pues el demandante es Grado 1 Código 477, lo cual contraviene la normatividad en comento.

Propuso como excepciones: i) **prescripción de la acción**, la cual debe ser de tres años. ii) **falta de acreditación de los compensatorios reclamados**, iii) **excepción genérica**.

⁴ Anexo 4, expediente digital

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00
Demandante: Raúl Díaz Ávila
Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto el 15 de agosto de 2019, mediante auto del 1º de noviembre de 2019 fue admitida⁵, efectuadas las notificaciones de rigor, la demanda fue contestada por la demandada.

El 18 de agosto de 2021 se fijó el litigio, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y se dictó pauta para emitir sentencia anticipada (anexo 11, expediente digital).

En ese orden, tal como se aprecia en constancia secretarial⁶ que reposa en el trámite, el 11 de octubre de 2021, el proceso ingresó al despacho para proferir sentencia.

2.1. Alegatos de Conclusión

2.1.1. Parte demandante

La parte demandante se abstuvo de presentar alegatos de conclusión.

2.1.3. Municipio de Ibagué

La demandada presentó escrito a través del cual manifestó que según lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, los empleados públicos que en razón a la naturaleza de su trabajo deben laborar habitual o permanentemente los domingos y festivos tienen derecho, además de la remuneración allí prevista, al disfrute de un día compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber laborado el mes completo.

Para el caso consideró que el demandante laboró de manera habitual y permanente los días domingos y festivos, en razón a las jornadas previamente establecidas, que en ocasiones correspondían a 24 horas de labor por 24 de descanso de lunes a domingo, por lo que no aplica el reconocimiento del descanso compensatorio por el trabajo realizado en días dominicales y festivos, considerando que el sistema de turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso se compensaba con el descanso previsto en la norma.

Adicionalmente indicó que, en el plenario, no se evidencian pruebas que acrediten la falta de pago de los días compensatorios reclamados, ni se advierte cuantos compensatorios reclama, toda vez que de las certificaciones expedidas por el rector de la I.E. ANTONIO REYES UMAÑA presentan inconsistencias respecto a los días reclamados, como quiera que en una columna se relaciona compensatorio por horas trabajadas de más, y en otra columna de compensatorio por domingos y festivos, procediendo únicamente compensatorios por domingos y festivos.

⁵ Folios 45.

⁶ Anexo 16 del expediente digital.

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00
Demandante: Raúl Díaz Ávila
Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

Por ello solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda.

2.1.4. Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no presentó concepto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema jurídico

Se contrae a determinar: **i)** Si operó el silencio administrativo respecto a la petición radicada por el señor Raúl Díaz Ávila el 10 de diciembre de 2018 ante la entidad demandada, **ii)** Si el acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo, se encuentra afectado de nulidad y **iii)** Si al demandante le asiste derecho a que se le reconozca y paguen los días compensatorios de los años 2015 a 2018 correspondientes a 248 turnos certificados por la institución educativa en la cual laboró como celador.

3.2. Tesis

Se accederá parcialmente a las pretensiones, ya que, como consecuencia del silencio administrativo negativo originado en la petición del 10 de diciembre de 2018, se dio lugar a la existencia de acto ficto o presunto en relación con dicho fenómeno, el cual, adolece de nulidad, en la medida que la negativa implícita infringe las normas jurídicas que orientan la controversia que nos convoca y como consecuencia, se condenará al municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal a pagar al señor Raúl Díaz Ávila, los compensatorios que trata el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, durante los periodos debidamente acreditados que corresponden a los años 2016, 2017 y 2018.

3.3. Argumentos que sustentan la tesis propuesta por el Despacho.

3.3.1. Marco normativo respecto de recargos nocturnos, dominicales y festivos y días compensatorios.

Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado⁷:

“3.3.2 Recargos nocturnos, dominicales y festivos y días compensatorios. Los recargos nocturnos se reconocen a aquellos empleados que cumplen su jornada laboral total o parcialmente en horas nocturnas, es decir, que en algunos casos se presenta una jornada mixta, de manera que causan el derecho a que se les reconozca el 35% adicional sobre la asignación mensual.

Sobre este tema, el artículo 35 del Decreto ley 1042 de 1978 dispuso:

⁷ Consejo de Estado, Sección segunda subsección B, C.P. dr. Carmelo Perdomo Cueter. Sentencia del 11 de noviembre de 2021. Rad. No 20001-23-39-000-2016-00439-01 (2174-18).

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00
Demandante: Raúl Díaz Ávila
Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluya horas diurnas y 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.

Por su parte, respecto de los recargos dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto ley 1042 de 1978 establece:

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.

Así las cosas, resulta evidente que el trabajo que se realiza en días previstos por la ley como de descanso obligatorio (dominicales y festivos), debe ser recompensado con una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, 200%, si es diurno, y 235%, en caso de ser nocturno, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.”

4. Caso concreto

En el presente asunto se encuentran probados los siguientes hechos:

- Que la parte actora a través de petición del 10 de diciembre de 2018, solicitó al municipio de Ibagué el reconocimiento y pago de los días compensatorios de los años 2015 al 2018. - *Se encuentra probado a través del escrito que obra a folios 14 al 16 del expediente.*
- Mediante oficio 23/2018 del 14 de febrero de 2018, del rector de la Institución Educativa Técnica “Antonio Reyes Umaña” reenvió ante la Secretaría de Educación Municipal, información de compensatorios adeudados al personal de celaduría (Yecid y Raúl).

Para el señor Raúl se certificó:

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00

Demandante: Raúl Díaz Ávila

Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

MES DE REPORTE	TOTAL HORAS LABORADAS	COMPENSATORIO POR HORAS TRABAJADAS DE MAS	COMPENSATORIO POR DOMINGOS Y FESTIVOS	TOTAL COMPENSATORIO
Nov-17	266	12	2	14
Dic-17	339	20	6	26
Ene-18	284	14	3	17

Se encuentra probado a través de la copia del documento visible a folio 20 del expediente.

- Que mediante certificación del 14 de julio de 2018 expedida por el rector de la institución educativa Antonio Reyes Umaña, respecto del tiempo compensatorio de febrero a mayo de 2018 para los celadores Yecid y Raúl, entre los cuales certifica a Raúl Ávila 23 compensatorios así:

MES DE REPORTE	TOTAL HORAS LABORADAS	COMPENSATORIO POR HORAS TRABAJADAS DE MAS	COMPENSATORIO POR DOMINGOS Y FESTIVOS	TOTAL COMPENSATORIO
Feb-18	190	2	0	2
Mar-18	232	7	3	10
Abr-18	204	4	1	5
May-18	210	4	2	6

Se encuentra probado a través de la certificación visible a folio 23-24 del cartulario.

- Que mediante oficio 86/2017 del 12 de julio de 2017, suscrito por el Rector y el Auxiliar Administrativo de la Institución Educativa Técnica “Antonio Reyes Umaña”, por el cual certifican al señor Raúl Díaz Ávila los compensatorios desde el año 2016 a la fecha del oficio, en total de 57.

16. Marzo 2016: 21, 22, 23, 24 y 25.

17. Abril 2016: 22.

18. Mayo 2016: 9, 20 y 30.

19. Junio 2016: 6 y 17.

20. Julio 2016: 4, 20 y 22.

21. Octubre 2016: 17

22. Noviembre 2016: 7 y 14

23. Diciembre 2016: 2,5,6, 7, 8, 12, 13,14,15, 16, 19, 20, 21, 23, 26, 27, 28, 29 y 30

24. Enero 2017: 2, 3, 4, 5, 6, 9 y 10

25. Marzo 2017: 20

26. Abril 2017: 10, 11, 12, 13, 14 y 28

27. Mayo 2017: 1, 18 y 29

28. Junio 2017: 19 y 26

29. Julio 2017: 3 y 8

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00

Demandante: Raúl Díaz Ávila

Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

- Se encuentra probado a través de la copia del documento visible a folio 26 del expediente.

- Que mediante oficio 111/2017, del 30 de agosto de 2017, suscrito por el Rector de la Institución Educativa Técnica “Antonio Reyes Umaña”, dirigido a la Dirección Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación Municipal de Ibagué, en respuesta a oficio 2017RE8587 y del radicado 2017PQR16792, por el cual informa la relación de compensatorios al personal de celaduría periodo 2016-2017. Los cuales corresponden para Raúl Ávila, en el cargo de celador, a:

MES DE LA LABOR	DIAS LABORADOS DE COMPENSATORIO	HORARIO EN EL QUE SE REALIZÓ LA LABOR	RAZÓN DEL COMPENSATORIO
Mar-16	21, 22, 23, 24 y 25	6AM A 6 PM	Semana santa
Abr-16	22	6AM A 6 PM	Juegos magisterio
May-16	9, 20 y 30	6PM A 6AM	Festivos y juegos magisterio
Jun-16	6 y 17	6AM A 6PM	Festivos y juegos magisterio
Oct-16	17	6PM A 6AM	Festivo
Nov-16	7 y 14	6AM A 6PM	festivo

- Se encuentra probado a través de la copia del documento visible a folio 28-30 del expediente.

- Que mediante oficio 133/2017 del 13 de octubre de 2017, suscrito por el Rector de la Institución Educativa Técnica “Antonio Reyes Umaña”, dirigido a la Dirección Administrativa y Financiera, de la Secretaría de Educación Municipal de Ibagué, informando la relación de compensatorios al personal de celaduría, periodo 2016-2017, correspondiendo a Raúl Díaz Ávila 225 compensatorios, así:

Mes de reporte	Total horas laboradas	Compensatorio por horas trabajadas de más	Compensatorio por domingos y festivos	Compensatorios Juegos magisterio	Total compensatorio
Jun-15	291	8	3	0	11
Jul-15	277	7	2	0	9
Sep-15	262	5	0	0	5
Oct-15	325	12	1	0	13
Nov-15	313	11	3	0	14
Ene-16	313	11	3	0	14
Feb-16	284	7	0	0	7
Mar-16	308	10	5	0	15

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00

Demandante: Raúl Díaz Ávila

Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

Abr-16	296	9	0	1	10
May-16	325	12	2	1	15
Jun-16	301	9	1	1	11
Jul-16	314	11	2	1	14
Sep-16	258	4	0	0	4
Oct-16	245	2	1	0	3
Nov-16	262	5	2	0	7
Ene-17	262	5	2	0	7
Feb-17	243	2	0	0	2
Mar-17	272	6	1	0	7
Abr-17	297	9	3	0	12
May-17	276	6	2	0	8
Jun-17	252	3	2	0	5
Jul-17	277	7	3	0	10
Ago-17	272	6	2	0	8
Sep-17	275	6	0	0	6
Oct-17	276	6	2	0	8

- Se encuentra probado a través de la copia del documento visible a folio 32-34 del expediente.

- Comprobante de pago de sueldo a Raúl Díaz Ávila, del periodo 1° al 30 de noviembre de 2015, como celador de la Institución Educativa Antonio Reyes Umaña, en la que constan pagos por horas extras – Dominical o festiva diurna, horas extras – Dominical o festiva nocturna y horas extras recargo nocturno. *Visible a folio 36 del expediente.*
- Comprobante de pago de sueldo a Raúl Díaz Ávila, del periodo 1° al 30 de noviembre de 2016, como celador de la Institución Educativa Antonio Reyes Umaña, en la que constan pagos por asignación básica (\$1.173.497), horas extras diurnas, horas extras – Dominical o festiva diurna, horas extras – Dominical o festiva nocturna, horas extras nocturna y horas extras recargo nocturno. *Visible a folio 38 del expediente.*
- Comprobante de pago de sueldo a Raúl Díaz Ávila, del periodo 1° al 30 de noviembre de 2017, como celador de la Institución Educativa Antonio Reyes Umaña, en la que constan pagos por asignación básica (\$1.252.708), horas extras – Dominical o festiva diurna, horas extras – Dominical o festiva nocturna y horas extras recargo nocturno. *Visible a folio 40 del expediente.*

5. Conclusión

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00

Demandante: Raúl Díaz Ávila

Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

Procede el Juzgado a determinar si en el caso objeto de estudio se reconocieron y pagaron los compensatorios por los periodos objeto de demanda al demandante, para lo cual se tiene:

Efectivamente, no obra prueba en el expediente, respecto al pago por días compensatorios, además, la demanda alega que no ha efectuado dicho pago por varias razones las cuales explica así: i) los derechos laborales debió solicitarlos dentro del término de tres años conforme al artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, ii) el actor no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, relativos a la necesidad de pertenecer al nivel técnico o asistencial, para que dicho reconocimiento sea concedido, pues el demandante es Grado 1 Código 477, iii) el demandante laboró de manera habitual y permanente los días domingos y festivos, en razón a las jornadas previamente establecidas, que en ocasiones correspondían a 24 horas de labor por 24 de descanso de lunes a domingo, por lo que no aplica el reconocimiento del descanso compensatorio por el trabajo realizado en días dominicales y festivos, considerando que el sistema de turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso se compensaba con el descanso previsto en la norma, y iv) las certificaciones expedidas por el rector de la I.E. ANTONIO REYES UMAÑA presentan inconsistencias respecto a los días reclamados, como quiera que en una columna se relaciona compensatorio por horas trabajadas de más, y en otra columna de compensatorio por domingos y festivos, procediendo únicamente compensatorios por domingos y festivos.

Al respecto, debe decirse que en primer lugar el actor por ostentar el cargo de celador pertenece al **nivel asistencial**, cuya naturaleza puede corroborar en el Decreto 785 del 17 de marzo de 2005, “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.” Que establece:

(...)

En cuanto a la naturaleza del empleo de celador el decreto ley 785 de 2005 establece:

ARTÍCULO 20. Nivel Asistencial. El Nivel Asistencial está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:

Cód.	Denominación del empleo (...)
477	Celador

En cuanto a la norma transcrita es clara establecer que el empleo de celador es del nivel asistencial dentro de la planta de personal de las entidades públicas.

Efectivamente, Contiene dicha nomenclatura, la cual coincide con la asignada por el municipio de Ibagué al actor.

También debe recordarse que según el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015 que estableció las funciones y requisitos generales para los empleos públicos de los

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00

Demandante: Raúl Díaz Ávila

Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

distintos niveles jerárquicos de los organismos y entidades del orden nacional, dichos niveles corresponden a: i) Nivel directivo ii) Nivel Asesor, iii) Nivel profesional, iv) Nivel técnico y v) Nivel asistencial.

También es pertinente aclarar que pese a que el Decreto 1042 de 1978, solo consagra las horas extras para los niveles operativo, administrativo y técnico, debe recordarse que conforme a lo señalado por el parágrafo 1º del artículo 21 del Decreto 785 de 2005 “*Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004*” se tiene que los empleos pertenecientes a los niveles administrativo, auxiliar y operativo quedaron agrupados en el nivel asistencial.

En este orden de ideas, no corresponde a la realidad lo afirmado por la demandada en el sentido que el actor no cumple los requisitos relativos a la necesidad de pertenecer al nivel técnico o asistencial para el reconocimiento de días compensatorios.

En lo relativo a la tesis planteada por la demandada en el sentido que el demandante laboró de manera habitual y permanente los días domingos y festivos, en razón a las jornadas previamente establecidas, que en ocasiones correspondían a 24 horas de labor por 24 de descanso de lunes a domingo, por lo que no aplica el reconocimiento del descanso compensatorio por el trabajo realizado en días dominicales y festivos, considerando que el sistema de turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso se compensaba con el descanso previsto en la norma, es un aspecto que no está acreditado en el expediente y el juzgado deberá atenerse a lo normado para los empleos de celadores que reza:

*“DECRETO 0085 DE 1986
(enero 10)*

por el cual se establece la jornada de trabajo para los empleos de celadores.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 01 de 1986,

DECRETA:

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 contemplado 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.

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00
Demandante: Raúl Díaz Ávila
Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

Publíquese y cúmplase

Dado en Bogotá, D.E., a enero 10 de 1986.

El Presidente de la República, BELISARIO BETANCUR. El Ministro de Hacienda y Crédito Público, HUGO PALACIOS MEJIA. La Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, ERICINA MENDOZA SALADEN.”

Como se puede observar, la norma vigente no ha sido modificada, no consagra los turnos de 24 horas con un periodo igual de descanso.

Ahora bien, en caso de que el actor laborara 24 horas y descansaba otras 24, no habría lugar a reconocimiento de descanso remuneratorio, como lo ha dicho el Consejo de Estado⁸, sin embargo, la demandada no acreditó que el actor hubiera sido autorizado para laborar en esa modalidad.

A lo anterior hay que añadir que el decreto – Ley 1042 de 1978 solamente consagra que a la jornada de los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades, como las de simple vigilancia, podrá señalársele una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

Igualmente debe aclararse que esa norma se encuentra vigente pues no existe reglamentación posterior a ella, como lo reconoce la remisión hecha por el artículo 22 de la Ley 909 de 2004, en lo relativo a la ordenación de la jornada laboral.

Entonces, de conformidad con lo dispuesto como regla general en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, es una competencia administrativa del jefe de la entidad establecer el horario de trabajo que deben cumplir los servidores públicos, dentro del límite de la jornada laboral de 44 horas semanales, lo anterior por cuanto así lo establece el decreto 0085 de 1986.

Además, deberá entonces, observarse el límite de reconocimiento que estatuye el artículo 36) literal d) del Decreto 1042 de 1978, en tanto estableció que no podrán pagarse más de cuarenta (40) horas extras mensuales, pero su liquidación debe efectuarse de acuerdo a las previsiones señaladas en los artículos 35 y siguientes del Decreto No. 1042 de 1978, como lo ha indicado el Consejo de Estado⁹.

De acuerdo con lo anterior toda labor realizada por el actor que exceda las 44 horas semanales, constituye trabajo suplementario o de horas extras que, por

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación: 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06), Actor: José Arles Pulgarín Gálvez, Demandado: municipio de Pereira.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, 2 de abril de 2009, Radicación: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05), Actor: JOSE DADNER RANGEL HOYOS Y OTROS, Demandado: Municipio de Pereira.

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00
Demandante: Raúl Díaz Ávila
Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

ser tal, debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de Ley.

Además, según la jurisprudencia mencionada el reconocimiento y pago de horas extras o el descanso compensatorio, según el citado artículo 36 del Decreto No. 1042 de 1978, en concordancia con el artículo 37 ibidem, se sujeta a los siguientes requisitos:

- a) El empleado deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 9 del nivel técnico (Decreto 10 de 1989).
- b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.
- c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del 25% o del 75% sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, según se trate de horas extras diurnas o nocturnas. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del citado Decreto 1042 se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.
- d) En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales (Artículo 36 del decreto 1042 de 1978)¹⁰.

Frente al **trabajo en días de descanso obligatorio**, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 reguló el asunto en los siguientes términos:

"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."

¹⁰ 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.

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

d) En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales.

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00

Demandante: Raúl Díaz Ávila

Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

Para el caso concreto, es evidente que los turnos a realizar por el actor excedían de 44 horas semanales, lo que obliga al Despacho a reconocer el pago del descanso compensatorio realizado en días que no son hábiles de acuerdo con los certificados allegados al expediente, que resumen los valores certificados por la institución educativa donde laboró.

En razón a que según lo anotado, el actor tiene derecho al reconocimiento de los días compensatorios que certificó el rector de la Institución Educativa donde labora, y que las certificaciones no son claras en cuanto a los datos reportados, es necesario efectuar el cálculo de las horas que el actor laboró de más, durante los días domingos y festivos.

Para el caso se tomará el valor total de horas laboradas por mes, se restará el valor máximo de horas a laborar durante el periodo (190) así como el valor máximo de horas extras mensuales (40), luego de lo cual, el residuo, mostrará el valor de horas a compensar que, divididas en ocho diarias, arrojará el número de días a compensar.

El cálculo se resume en la siguiente tabla:

Mes	Horas laboradas	Días a compensar
ene-16	313	10
feb-16	284	6
mar-16	308	9
abr-16	296	8
may-16	325	11
jun-16	301	8
jul-16	314	10
sep-16	258	3
oct-16	245	1
nov-16	262	4
ene-17	262	4
feb-17	243	1
mar-17	272	5
abr-17	297	8

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00

Demandante: Raúl Díaz Ávila

Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

may-17	276	5
jun-17	252	2
jul-17	277	5
ago-17	272	5
sep-17	275	5
oct-17	276	5
nov-17	266	4
dic-17	339	13
ene-18	284	6
feb-18	190	0
mar-18	232	0
abr-18	204	0
may-18	210	0
	TOTAL	138

TOTAL: 138 días a compensar.

Se aclara que en varias de las certificaciones se consignan de manera repetida, ciertos periodos, por lo tanto, solo se tuvo en cuenta la certificación que contiene el número total de horas laboradas durante el periodo.

Entonces, conforme al marco jurídico y el acervo probatorio analizado, le asiste derecho al demandante al pago de los descansos compensatorios por el trabajo suplementario por su trabajo en días de descanso obligatorio una vez superado el tope que señala el Decreto 1042 de 1978, correspondiendo a 138 días a compensar.

Se aclara que la compensación deberá hacerse en dinero, como lo autoriza el Decreto 2482 de 2018 y se liquidará de conformidad con la asignación básica de los años 2016 y 2017, precisando que como para el año 2018 no está probado el monto de la mencionada asignación se tomará la del 2017.

6. Sobre la prescripción

El reconocimiento ordenado a favor del demandante deberá tener en cuenta la prescripción trienal de los derechos salariales establecida en el artículo 41 del

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00
 Demandante: Raúl Díaz Ávila
 Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

Decreto 3135 de 1968 y el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Tales disposiciones establecen que los derechos laborales de los empleados públicos prescriben al cabo de tres (3) años contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hizo exigible.

En este orden, por efectos de la prescripción trienal, dado que la reclamación fue radicada el 10 de diciembre de 2018, solamente es viable acceder al reconocimiento y pago de los emolumentos a partir del **10 de diciembre de 2015**.

4.8 Indexación

Así mismo, se dispondrá el pago de lo pretendido por la parte demandante respecto del índice de precios al consumidor, tal como lo autoriza el art. 187 del C.P.A.C.A. mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que corresponde a los días a compensar de cada mes reconocido, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

De igual forma se ordenará dar cumplimiento al fallo de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA.

7. Con relación a la condena en costas

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado¹¹ en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

¹¹ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00

Demandante: Raúl Díaz Ávila

Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

Teniendo en cuenta la argumentación antes efectuada y descendiendo al caso que nos ocupa se condenará al pago de las costas del proceso al Municipio de Ibagué que resultó vencido.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el apoderado de la parte actora presentó la demanda, se observa que se causaron agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandada, Municipio de Ibagué en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$ 591.379 equivalente al 3% de las pretensiones, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUE**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de prescripción frente a los compensatorios causados con anterioridad al 10 de diciembre de 2015.

SEGUNDO. DECLARAR la existencia de acto ficto o presunto de carácter negativo, frente a la petición presentada el 10 de diciembre de 2018.

TERCERO. DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto negativo originado en la petición del 10 de diciembre de 2018, considerando los fundamentos indicados en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** al Municipio de Ibagué- Secretaría de Educación Municipal, a reconocer y pagar a el señor Raúl Díaz Ávila identificado con C.C. 10.176.932, los siguientes días de descanso compensatorio de que trata el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978:

Mes	Horas laboradas	Días a compensar
ene-16	313	10
feb-16	284	6
mar-16	308	9
abr-16	296	8

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00

Demandante: Raúl Díaz Ávila

Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

may-16	325	11
jun-16	301	8
jul-16	314	10
sep-16	258	3
oct-16	245	1
nov-16	262	4
ene-17	262	4
feb-17	243	1
mar-17	272	5
abr-17	297	8
may-17	276	5
jun-17	252	2
jul-17	277	5
ago-17	272	5
sep-17	275	5
oct-17	276	5
nov-17	266	4
dic-17	339	13
ene-18	284	6
feb-18	190	0
mar-18	232	0
abr-18	204	0
may-18	210	0
	TOTAL	138

TOTAL: 138 días a compensar.

Expediente No 73001-33-33-011-2019-00219-00
Demandante: Raúl Díaz Ávila
Demandado: Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal

Se aclara que la compensación deberá hacerse en dinero, como lo autoriza el Decreto 2482 de 2018 y se liquidará de conformidad con la asignación básica de los años 2016 y 2017, precisando que como para el año 2018 no está probado el monto de la mencionada asignación se tomará la del 2017.

QUINTO. Condénese a la entidad demandada a que, sobre las sumas a pagar, liquide y pague el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula reseñada en la parte motiva de este fallo y con las precisiones efectuadas sobre dicha fórmula.

SEXTO. ORDENAR dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

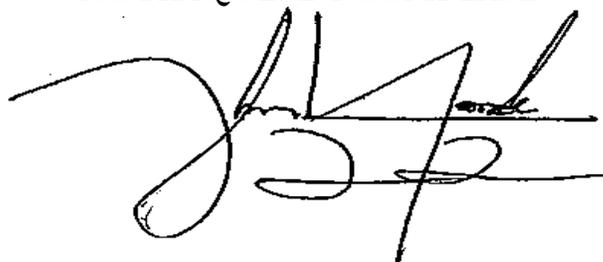
SÉPTIMO. CONDENAR en costas al Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación Municipal y a favor de la parte actora. Tásense tomando en cuenta como agencias en derecho la suma de \$591.379.

OCTAVO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO. En firme esta sentencia, se hará entrega de copia íntegra al obligado para su ejecución y cumplimiento, de conformidad con el inciso final del artículo 203 del C.P.A.C.A.

DÉCIMO. En firme este fallo expídanse copias con destino y a costa de la parte actora, previo pago del arancel judicial, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P., liquídense las costas y archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ

Juez