

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Expediente : 11001-3342-046-2017-00117-00  
Demandante : TITO ALBERTO HERNANDEZ HERNANDEZ  
Demandado : SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACION SOCIAL

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Tito Alberto Hernández Hernández, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Secretaría Distrital de Integración Social, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.98-122).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad de los oficios Nos. SAL-20487 de 9 de marzo de 2016, SAL-28087 de 7 de abril de 2016 y la nulidad de la Resolución No. 0877 de 7 de junio de 2016, por medio de los cuales se le negó el reconocimiento, liquidación y pago de los valores correspondientes a recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos laborados y demás emolumentos solicitados.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...reconocer, liquidar y pagar al actor, los emolumentos salariales y prestacionales que se le han dejado de cancelar

*oportunamente (...) en los términos planteados en el presente escrito y en lo manifestado en la reclamación administrativa presentada, desde el 1º de enero de 2008, hasta el 31 de diciembre de 2010 y desde el 2 de junio de 2012, hasta el momento en que sean liquidadas y canceladas efectivamente...*

*Reconocer intereses moratorios desde la fecha en que se dejó de cancelar las sumas de dinero adeudadas, ya que existiendo obligación legal del pago de estos dineros, la no utilización de las sumas de dinero derivadas del derecho a percibir oportunamente estos emolumentos a que tienen derecho, les ha irrogado un perjuicio que solo es posible resarcir, con el reconocimiento moratorio que se depreca.*

*Condenar al demandado a cumplir la sentencia de conformidad con los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011 (...) y en caso de mora en el pago, a reconocer los intereses de que tratan los artículos 192 y 195 de la misma codificación.*

*Los valores líquidos de la condena deberán ser indexados, con base en lo estipulado en los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011..."*

### **1.3 Hechos.**

Relata que labora al servicio de la entidad demandada en el cargo de comisario de familia 202-28, desde el 26 de octubre de 1999.

Manifiesta que labora por el sistema de turnos de 12 horas de labor durante 4 días continuos en el horario de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., por cuatro días de descanso no remunerado, trabajando habitualmente los días dominicales y festivos y en jornada nocturna, según el turno asignado.

Mediante petición de 2 de junio de 2015, el demandante solicitó de la entidad el reconocimiento, liquidación y pago de los valores correspondientes a horas extras, recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos laborados, así como el reconocimiento de los días compensatorios y la reliquidación de factores salariales prestacionales y salariales con la respectiva indexación. Petición que fue denegada mediante oficio No. SAL-48186 de 26 de junio de 2015.

#### **1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.**

Cita como normas violadas de la Constitución Política, los artículos 1, 2, 13, 25, 53 y 58; Decretos 1042 y 1045 de 1978 y 991 de 1974.

Manifiesta que el acto acusado vulnera las garantías constitucionales del derecho al trabajo, toda vez que ha laborado en jornadas nocturnas, dominicales y festivos, causando a su favor el reconocimiento al recargo nocturno y compensatorio, siendo esto desconocido por la entidad.

Arguye que la entidad desconoce lo consagrado en el decreto 1042 de 1978, comoquiera que el mismo prevé el derecho al reconocimiento de recargos nocturnos, aun para los trabajadores que laboren por el sistema de turnos.

Así entonces, concluye que *"la violación de las normas mencionadas y las interpretaciones arbitrarias de éstas, se manifiestan en pretendidas justificaciones de su actuar omisivo, al no reconocer, liquidar y cancelar oportunamente y de acuerdo a la normatividad vigente, los recargos nocturnos, días compensatorios, dominicales y festivos y demás emolumentos a que tiene derecho el demandante, como tampoco reliquidar los factores salariales y prestaciones sociales, con la respectiva indexación e intereses."*

#### **Contestación de la demanda**

La apoderada de la entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, para lo cual manifiesta, que no existe obligación legal pendiente a favor del demandante, comoquiera que su representada canceló todo lo que legalmente le correspondía en virtud de la vinculación laboral.

Igualmente afirma que existió una reclamación en el año 2011, interrumpiéndose en aquella época la prescripción trienal, hasta el año 2014, tiempo para el cual hubiese podido reclamar tales emolumentos laborales y sólo hasta el año 2015 presentó nuevamente reclamación, configurándose el fenómeno prescriptivo.

Por otra parte señala que respecto a la reclamación frente a la jornada del demandante, es importante resaltar que, turno de 4 días, 44 horas laboradas, no

significa que corresponda a jornada laboral ordinaria semanal, teniendo en cuenta que en algunas semanas se trabaja 3 días *“lo establecido es el turno de cuatro días de labor por cuatro días de descanso; cuando se hace la cuenta de los turnos trabajados en el año nos arroja un resultado de mínimo cuarenta turnos y máximo cuarenta y cuatro, fluctuación que depende del número de período de vacaciones disfrutados o no al año. En relación con los descansos compensatorios, por laborar dominicales y festivos, también están incluidos en los descansos que se tiene en forma habitual y permanente de cuatro días.”*

Por último afirma que el decreto 1042/78 permite que las labores que se desempeñen en jornada nocturna pueda ser compensadas con 1 día de descanso, ante lo cual, no procede el pago, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 del referido decreto, pues a su juicio, la administración tiene la potestad de bien sea compensar esas horas con periodos de descanso o con el pago de las mismas.

### **1.5 Audiencia inicial**

El 24 de mayo de 2018, se celebró la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta el decreto de pruebas, diligencia en la que se cerró el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

### **1.6 Alegatos de conclusión**

**Parte actora:** Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de la demanda.

**Parte demandada:** Reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

## **CONSIDERACIONES**

### **2.1 Problema jurídico**

El problema jurídico se planteó en el sentido de determinar si el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague las horas extras, dominicales y festivos, así como el porcentaje por trabajo nocturno, laborados desde el 1º de enero de 2008

hasta el 31 de diciembre de 2010 y desde el 2 de junio de 2012 hasta que sean liquidadas y canceladas efectivamente y, en razón a ello, se ordene la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y salariales.

## **2.2 Hechos probados**

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Derecho de petición de fecha 2 de mayo de 2015 por medio del cual el demandante solicitó de la entidad, el reconocimiento, liquidación y pago de las horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos, dominicales y festivos laborados (fs.4-6).
- ✓ Oficio No. SAL-48186 de 26 de junio de 2015 (fl.9).
- ✓ Petición de 17 de febrero de 2016 solicitando respuesta de fondo a derecho de petición de 2 de junio de 2016 (fl.10).
- ✓ Oficio No. SAL-18454 de 3 de marzo de 2016 (fl.11).
- ✓ Oficio No. SAL-20487 de 9 de marzo de 2016 se da respuesta a la reclamación elevada por el actor (fl.12).
- ✓ Oficio No. SAL-28087 de 7 de abril de 2016 por el cual se da respuesta al requerimiento de 2 de junio de 2015 (fl.40).
- ✓ Resolución No. 0877 de 7 de junio de 2016 por la cual se resuelve un recurso de queja y apelación (fs.43-46).
- ✓ Desprendibles de pago de nómina desde 1 de junio de 2011 (fs.47-69).
- ✓ Antecedentes administrativos del señor Tito Alberto Hernández Hernández (fs.74-94).

## **2.3 Marco normativo y jurisprudencial**

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso

concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

### **De las Comisarías de Familia**

El Concejo Distrital de Bogotá con base en el Decreto Extraordinario 2737 de 1989<sup>1</sup>, creó mediante Acuerdo 23 de 1990, seis comisarías de familia de carácter policivo adscritas a la Secretaría de Gobierno, con el fin de cumplir con los objetivos y finalidades previstos en el Código del Menor.

Luego, mediante Acuerdo 10 de 1995, amplió el número de comisarías y les señaló diferentes jornadas laborales: A. Jornada continua, de 7:00 a.m. a 4:00 p.m. de lunes a viernes. B. jornada permanente de lunes a domingo durante 24 horas.

Posteriormente el Acuerdo 054 de 2001, incrementó el número de comisarías y les asignó nuevas jornadas de acuerdo a las localidades.

En el año 2006, por medio del Acuerdo 229, estableció nuevas oficinas, clasificándolas de conformidad a las jornadas de prestación de servicios en: Comisarías permanentes: 24 horas, de lunes a domingo; Comisarías semi-permanentes: de 7 a.m. a 11 p.m., de lunes a viernes, en dos turnos; Comisarías Diurnas Urbanas: de 7 a.m. a 4 p.m. de lunes a viernes y Comisarías Diurnas Rurales: de 7 a.m. a 4 p.m. de martes a sábados.

### **De la jornada laboral de los empleados públicos del Distrito Capital**

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.

---

<sup>1</sup> Por el cual se expide el Código del Menor

En orden a establecer la normatividad aplicable al caso particular es preciso señalar que el parágrafo de la Ley 27 de 1992 prevé que el régimen de personal del Distrito Capital continuará rigiéndose por las disposiciones contenidas en el Acuerdo 12 de 1987 del Concejo de Bogotá "Por el cual se adopta la Carrera Administrativa para la Administración Central en el Distrito de Bogotá", en todo aquello que dicha Ley no modifique o regule expresamente.

El Acuerdo referido fue derogado por el Decreto Ley 1421 de 1993 "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá" que dispuso en su artículo 129 que en materia salarial y prestacional el Distrito se regiría por las disposiciones que se dictaron en desarrollo del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, cuando no exista norma especial, de acuerdo con el artículo 2º del mismo Decreto 1421 de 1993, se aplicará el Régimen Municipal cuando no exista norma especial.

En consecuencia, se concluye que el régimen que cobija a los empleados públicos del Distrito, es del Decreto 1042 de 1978.

El Decreto 1042 de 1978 "por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones", es el que regula la jornada laboral de los empleados públicos, aplicable, en principio, a los de la rama ejecutiva del orden nacional<sup>2</sup>.

Esta disposición en su artículo 33 dispuso:

*"ARTÍCULO 33. De la jornada de trabajo. Modificado por el Artículo 1 del Decreto 85 de 1986. Modificado por el Artículo 3 del Decreto 85 de 1986. 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.*

<sup>2</sup> "Artículo 1o.- Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente decreto regirá para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante."

*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.”*

Con base en la norma que antecede, 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.

En este punto, se destaca que la Secretaría Distrital de Integración Social mediante Resolución No. 0617 de 17 de junio de 2013 estableció el horario y turnos de trabajo de los servidores de dicha entidad, en los siguientes términos:

*“(…) ARTICULO CUARTO: De acuerdo con lo señalado en el Acuerdo 229 de 2006, expedido por el Concejo de Bogotá D.C., establece el siguiente horario de trabajo de los servidores/as públicos que laboran en las Comisarias de Familia del Distrito Capital:*

<b>COMISARIAS PERMANENTES</b> <i>Lunes a Domingo 24 horas turnos rotativos</i>	<b>COMISARIAS SEMIPERMANENTES</b> <i>Lunes a viernes turnos rotativos 7:00 a.m. a 3:00 p.m. 3:00 p.m. a 11:00 p.m.</i>	<b>COMISARIAS DIURNAS</b> <i>Lunes a viernes 7:00 a.m. a 4:00 p.m.</i>
<i>Localidad 8ª: Kennedy 1 Localidad 10ª: Engativá 1</i>	<i>Localidad 1ª: Usaquén 1 Localidad 4ª: San Cristóbal 1 Localidad 7ª: Bosa 1 Localidad 9ª: Fontibón Localidad 11ª: Suba 1 Localidad 18ª: Rafael Uribe Uribe, Localidad 19ª: Ciudad Bolívar 1 y Ciudad Bolívar 2</i>	<i>Localidad 1ª: Usaquén 2 Localidad 2ª: Chapinero Localidad 3ª: Santa Fe Localidad 4ª: San Cristóbal 2 – La Victoria Localidad 5ª: Usme 1, y Usme 2 Localidad 6ª: Tunjuelito Localidad 7ª: Bosa 2 Localidad 8ª: Kennedy 2 y Kennedy 3 Localidad 10ª: Engativá 2 Localidad 11ª: Suba 2ª, Suba 2B y Suba 3 Localidad 12ª: Barrios</i>

226

		<i>Unidos</i> <i>Localidad 13<sup>o</sup>:</i> <i>Teusaquillo</i> <i>Localidad 14<sup>o</sup>: Mártires</i> <i>Localidad 15<sup>o</sup>: Antonio</i> <i>Nariño</i> <i>Localidad 16<sup>o</sup>: Puente</i> <i>Aranda</i> <i>Localidad 17<sup>o</sup>:</i> <i>Candelaria</i>
<b>COMISARIA ESPECIAL DE SUMAPAZ</b> <i>Martes a viernes 7:00 a.m. a 4:00 p.m.</i> <i>Sábado de 7:00 a.m. a 12 m</i>	<b>COMISARIAS MOVILES</b> <i>Disponibilidad 24 horas</i>	
<i>Localidad 20<sup>o</sup>: Sumapaz</i>	<i>Móvil 1 -- Zona Sur</i> <i>Móvil 2 -- Zona Norte</i>	

(...)"

### **Del recargo nocturno**

El Decreto 1042 de 1978 en su artículo 34, respecto del recargo nocturno definió la jornada nocturna como aquella que se desarrolla entre las seis de la tarde (6:00 pm) y las seis de la mañana (6:00 am), igualmente dispuso que quienes presten el servicio en tal horario tienen derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento (35%). A su tenor literal señala la norma:

*“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.”*

La jornada laboral de las Comisarías de Familia fue establecido por el Decreto Distrital 198 de 1998, así: 4 turnos en jornadas de 24 horas para 4 grupos de trabajadores, por 4 días de descanso.

Asimismo el Acuerdo 54 de 2001 modificado por el Acuerdo 229 de 2006 dispuso que las Comisarías en jornada permanente laborarían 24 horas de lunes a domingo.

### **Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos**

El Decreto 1042 en su artículo 39, reguló el trabajo ordinario en días dominicales y festivos con su respectiva remuneración, disponiendo lo siguiente:

*“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.”*

**ARTICULO 40. DEL TRABAJO OCASIONAL EN DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS.** *<Artículo modificado por los Decretos anuales salariales> 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) <Modificado por los Decretos anuales salariales. Artículo modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.*

*Los Secretarios Ejecutivos del despacho de los Ministros, Viceministros, Directores y Subdirectores de Departamento Administrativo y los Secretarios Ejecutivos de Grado 20 en adelante que desempeñen sus funciones en los Despachos de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo,*

*Viceministros y Subdirectores de Departamento Administrativo, Secretarías Generales de Ministerios y Departamento Administrativo, tendrán derecho a devengar horas extras, dominicales y días festivos, siempre y cuando laboren en jornadas superiores a cuarenta y cuatro (44) horas semanales.*

*(...)*

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

*(...)*

*b) El trabajo deberá ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien éste 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 éste 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 cumplimiento de la jornada laboral a través de turnos de trabajo por parte de los funcionarios que prestan sus servicios en las Comisarías de Familia difiere de la jornada mixta que está concebida en el artículo 35 del citado Decreto Ley 1042 de 1978 y cuyo tenor literal es el siguiente:

**"ARTICULO 35. DE LAS JORNADAS MIXTAS.** *Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, 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 periodos 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”.*

Es por ello que la jornada mixta difiere del sistema por turnos, como claramente se desprende de la norma y de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, porque el trabajo por turnos supone que el mismo pueda ser diurno o nocturno. No obstante, es necesario precisar que si bien los conceptos son distintos, no son excluyentes. El legislador dejó abierta la posibilidad de regulación especial para los trabajadores por el sistema de turnos, con la frase “Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos”, que se lee en los artículos 34, 35 y 39, la cual debe interpretarse en concordancia con el artículo 53 de la Carta y el principio pro homine, para entender que la regulación que contienen los artículos mencionados en sus beneficios, es aplicable con el cumplimiento de los requisitos que tal individualidad supone, a los funcionarios que cumplen jornadas por turnos.<sup>3</sup>

Sobre el trabajo ocasional en dominicales y festivos los Decretos que anualmente fijan las escalas de los empleos de la rama ejecutiva, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, disponen:

***“Horas extras, dominicales y festivos. Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.***

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

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección 2ª Subsección “A”. Sent. del 18 de marzo de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-02342-01(1856-08). C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

228

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

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

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

*En todo caso la autorización para laborar en horas extras solo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.”<sup>4</sup>*

Para los servidores de la Administración Distrital de Bogotá el artículo 7º del Acuerdo Distrital No. 32 de 1997 respecto de las horas extras dispuso:

**“ARTICULO 7. HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS.** *Para que se proceda al reconocimiento de descansos compensatorios, el empleado debe pertenecer al nivel auxiliar, asistencial o técnico.*

*En ningún caso las horas extras tienen carácter permanente, salvo excepción justificada por el ordenador del gasto.*

*En ningún caso se pagará, mensualmente, por concepto de horas extras, dominicales o festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario.”*

Por su parte el Acuerdo 09 de 1999 proferido por el Concejo de Bogotá sobre el mismo punto previó:

**“ARTICULO 3º.-** *El artículo 4 del Acuerdo 3 de 1999 quedará así: HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS. Para que se proceda al reconocimiento de descansos compensatorios o a la remuneración por horas extras laboradas, de conformidad a las disposiciones legales vigentes, el empleado debe pertenecer al nivel técnico, administrativo y operativo.*

<sup>4</sup> Decreto 35 de 1999, Decreto 2720 de 2000 art. 13º, Decreto 2710 de 2000 art. 12º, Decreto 606 de 2002 art. 12º, Decreto 3535 de 2003 art. 12º, Decreto 4150 de 2004 art. 12º, Decreto 916 de 2005 art. 12º, Decreto 372 de 2006 art.12º, Decreto 600 de 2007 art. 12º, Decreto 643 de 2008 art. 12º, Decreto 708 de 2009 art.12º, Decreto Nacional 1374 de 2010 art.12º.

*En ningún caso las horas extras tienen carácter permanente, salvo excepción justificada por el ordenador del gasto.*

*En ningún caso se pagará mensualmente, por concepto de horas extras, dominicales o festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario.”*

Con base en la normativa anterior, el trabajador que labore en forma ordinaria en domingos y festivos de que trata el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 tiene derecho a un recargo del 100% del día de trabajo más un día de descanso compensatorio, cuya contraprestación se entiende involucrada en la asignación mensual, sin importar el nivel jerárquico al que pertenezca. El trabajo ocasional en dominicales y festivos, por su parte está regulado por los Decretos que anualmente establecen las escalas de asignación a los empleados de la rama ejecutiva así como por las normas distritales, siendo necesario para su reconocimiento, que el empleado pertenezca a determinado nivel (técnico, administrativo y operativo), de lo contrario, no tiene derecho.

Los Comisarios Permanentes de Familia deben prestar sus servicios en días domingos y festivos por razón de la naturaleza de su trabajo, lo que hace que sea ordinario, contrario a la hipótesis del artículo 40 del Decreto 1042 de 1978 y demás normas concordantes que define el trabajo ocasional en dominicales y festivos como aquel que se presta por razones especiales del servicio, requiriendo autorización previa.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

## **CASO CONCRETO**

De lo probado en el proceso se tiene que el señor Tito Alberto Hernández Hernández, fue incorporado a la Secretaría Distrital de Integración Social desde el 26 de octubre de 1999 y, que en la actualidad se desempeña en Carrera Administrativa en el cargo de Comisario de Familia Código 202 Grado 28 (fl.16).

Se observa a folio 78 del expediente acta de posesión del señor Tito Hernández de fecha 31 de octubre de 2003 al cargo de Jefe Local Código 21218 con el carácter de incorporación mediante Resolución 1147 de 29 de octubre de 2003.

A folios 47 a 69 del expediente obran los comprobantes de pago del señor Hernández Hernández por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2011, en los que se discriminan entre otros, cada uno de los conceptos devengados tales como la asignación básica, gastos de representación, prima técnica, prima semestral, prima de antigüedad, recargo diurno dominical, recargo ordinario nocturno, recargo dominical nocturno.

Mediante petición de fecha 2 de mayo de 2015 el actor solicitó de la entidad el reconocimiento y pago de las horas extras diurnas, nocturnas en días ordinarios, dominicales y festivos, descansos compensatorios, recargos nocturnos en días ordinarios, dominicales y festivos laborados desde el 1º de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010.

La petición fue contestada por la entidad en la que señaló que:

*“... el funcionario no tiene derecho a horas extras de acuerdo al laboral, toda vez que de conformidad con los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978 los requisitos para el reconocimiento y pago son:*

*“El empleo deberá pertenecer al nivel técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19 (artículo 12, Decreto 660 de 2002). En este aspecto es preciso señalar que en virtud del artículo 3 del Acuerdo Distrital 9 de 1999 en ésta Secretaría, se reconoce la remuneración de horas extras a los empleados del nivel técnico, administrativo y operativo, sin tener en cuenta los grados de los cargos que pertenecen a dichos niveles (...).”*

Observa el despacho que el actor se encuentra laborando en una Comisaría de carácter permanente y que su jornada laboral no es mixta, es decir, que una misma jornada no abarca horas diurnas y nocturnas, pues los turnos se desarrollan en jornada diurna o nocturna, caso en el cual surge el derecho al reconocimiento del recargo establecido por el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978.

En el caso bajo estudio, coinciden las partes en que el actor trabaja por turnos diurnos y nocturnos, durante 4 días seguidos y los siguientes 4 descansa, sin

embargo, a pesar de la claridad normativa aplicable a la situación, se precisa que no existen elementos probatorios para sustentar una condena, porque no se allegaron los cuadros o las planillas de los días laborados, ni los horarios que le correspondieron en cada turno, por tanto, habrá de denegarse esta pretensión, atendiendo lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso porque las partes deben probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

De la pretensión referente al reconocimiento y pago de los dominicales y festivos, es del caso efectuar una precisión respecto a la naturaleza del cargo al cual pertenece el Comisario Permanente.

Inicialmente los Comisarios de Familia fueron creados como funcionarios de libre nombramiento y remoción, carácter que fue demandado y declarado inexecutable por la Corte Constitucional<sup>5</sup>.

En el fallo que declaró la inexecutable de la expresión "con el carácter de empleado de libre nombramiento y remoción" contenida en el artículo 297 del Decreto-Ley 2737 de 1989, la Corte Constitucional señaló que entre los Alcaldes Municipales y los Comisarios de Familia no se presenta un grado superlativo de confianza objetiva y subjetiva que justifique esa clasificación, además que las funciones no entrañan ningún riesgo social particularmente gravoso o alguna otra consecuencia que determine que entre el nominador y el servidor público deba existir un grado preeminente de confianza, es decir que no permite calificarlas como de dirección y de gobierno.

En este orden, es del caso indicar que los comisarios de familia son funcionarios de carrera administrativa según lo estableció la Ley 443 de 1998<sup>6</sup>, que los clasificó en ese estatus (Art. 5º, párrafo 2º) y, el Decreto 1569 de 1988 reglamentario de la citada ley, que los ubicó en el nivel profesional (art.4º), en el cual se agrupan aquellos empleos a los cuales corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Artículo 297 del Decreto Ley 2737 de 1989. Sentencia C-406 de 1997

<sup>6</sup> por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones

<sup>7</sup> Sentencia 483 de 2003

Ahora bien, conforme al artículo 39 del referido Decreto 1042 de 1978, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por efectuarse 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.

Igualmente, señala la norma el derecho al 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.

Con base en lo anterior, es claro que la referida norma es la aplicable al caso en concreto por la naturaleza del trabajo que deben desempeñar los comisarios permanentes, tal y como se desprende del Decreto 2737 de 1989<sup>8</sup>, que dispuso que el funcionamiento de tales oficinas de naturaleza administrativa y con funciones policivas, debía ser de 24 horas al día, para colaborar con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las demás autoridades competentes en la función de proteger a los menores que se hallen en situación irregular y en los casos de conflictos familiares<sup>9</sup>.

En este orden, dada la naturaleza del trabajo del comisario permanente, procedería el reconocimiento de los dominicales y festivos a éste, sin embargo, vuelve a presentarse el obstáculo probatorio para reconocer el derecho, porque no se aportó elemento probatorio alguno que permitiera establecer los turnos laborados por el actor en dominicales y festivos, razón por la cual, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y serán negadas.

Así las cosas, al encontrar el despacho que los actos administrativos no se encuentran viciados de causal alguna de nulidad, denegará las pretensiones de la demanda.

### **Costas**

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala

---

<sup>8</sup> Por el cual se expide el código del menor

<sup>9</sup> Artículos 295 y 296

que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”<sup>10</sup>.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>11</sup>, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y

---

<sup>10</sup> Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...)

<sup>11</sup> Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

231

actuaciones posteriores a aquellos "...en que haya controversia..." y "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho<sup>12</sup>.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

### FALLA

**PRIMERO. NIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO.** No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO.** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

**ÉLKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**  
Juez

<sup>12</sup> Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL