

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020).

EXPEDIENTE N°: 11001-33-42-046-2019-00466-00
DEMANDANTE: RUBÉN DARIO CALDERON LOSADA
DEMANDADO: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL
DE BOMBEROS

MEDIO DE CONTROL: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

ASUNTO

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la posibilidad de aprobar o no la conciliación extrajudicial efectuada entre el señor RUBÉN DARIO CALDERON LOSADA, identificado con C.C. No. 1.115.793.426, y el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA D.C., llevada a cabo el día 28 de noviembre de 2019, ante la Procuraduría 7ª Judicial II para Asuntos Administrativos.

I. ANTECEDENTES

1. De la solicitud de conciliación

El día 3 de septiembre de 2019, el señor Rubén Darío Calderón Losada, identificado con C.C. No. 1.115.793.426, mediante apoderado judicial, solicitó ante Procuraduría General de la Nación, citar a conciliación extrajudicial al DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS, con el fin que se reconociera que la jornada laboral de bomberos es de 190 horas mensuales y no de 240, y como consecuencia de ello se reliquidará y pagará los recargos diurnos y nocturnos,

horas extras diurnas y nocturnas, el reconocimiento de un día compensatorio por cada domingo y festivo laborado, entre otras.

La petición de conciliación se sustenta en los hechos, que a continuación se sintetizan:

1. El convocante presta sus servicios a la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos desde el mes de diciembre del año 2015.
2. Desde el momento de su vinculación el convocante ha venido prestando sus servicios en jornadas de 24 horas de labor, por 24 horas de descanso en condición de disponibilidad.
3. La entidad demandada ha omitido el pago de horas extras al convocante. Además, ha liquidado los recargos nocturnos, diurnos, dominicales y festivos, pero teniendo en cuenta una jornada laboral de 240 horas mensuales.
4. La entidad demandada ha omitido el pago de un día compensatorio por cada día domingo o festivo laborado.
5. El señor Rubén Darío Calderón Losada solicitó a la entidad demandada el reconocimiento, liquidación y pago de horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, los días compensatorios y la reliquidación de factores salariales y prestacionales conforme al Decreto Ley 1042 de 1978.
6. Mediante Resolución N°. 325 de 02 de mayo de 2019, la entidad convocada niega la solicitud presentada por el demandante.

1. Trámite Conciliatorio

El apoderado de la parte convocante presentó solicitud de conciliación el 03 de septiembre de 2019¹, a la Procuraduría Delegada del Ministerio Público ante los Jueces Administrativos.

Mediante auto de 13 de septiembre de 2019² se admitió la solicitud de conciliación extrajudicial presentada por el convocante.

¹ Folios 1-24.

² Folio 25.

El día 28 de noviembre de 2019, se adelantó la audiencia de conciliación extrajudicial, en la cual las partes llegaron al acuerdo conciliatorio que se a continuación se expone

2. Acuerdo Conciliatorio³.

En audiencia de conciliación celebrada el 28 de noviembre de 2019, las partes llegaron al acuerdo conciliatorio que se resumen a continuación:

- Por concepto de liquidación de horas extras y recargos la suma de \$18'572.790.
- Y la suma de \$1.659.218 por concepto de reliquidación de cesantías.

Como parámetros adicionales, se tiene que el pago se realizará dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria del auto de aprobación.

II. CONSIDERACIONES

1. De la competencia

La conciliación extrajudicial en lo contencioso administrativo, sólo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción de restablecimiento del derecho, reparación directa o contractual (Arts. 60 de la Ley 23 de 1991 y 23 de la Ley 640 de 2001). En este evento, el acuerdo debe ser enviado al Juez o Tribunal correspondiente para su homologación o aprobación judicial, para que tenga eficacia.

2. Aspectos Generales de la Conciliación

El artículo 59 de la Ley 23 de 1991 regulaba la conciliación en asuntos Contencioso Administrativos; sin embargo, dicho artículo fue modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, bajo el siguiente tenor literal:

³ Folios 36-37.

Artículo 70.- Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

La Ley 1395 de 2010⁴, en su artículo 52, dispuso como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la conciliación prejudicial. Veamos:

“(…)

ARTÍCULO 52. <Ver modificaciones directamente en la Ley 640 de 2001> El artículo 35 de la Ley 640 de 2001 quedará así:

Artículo 35. Requisito de procedibilidad. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.

Realizada la audiencia sin que se haya logrado acuerdo conciliatorio total o parcial, se prescindirá de la conciliación prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil o de la oportunidad de conciliación que las normas aplicables contemplen como obligatoria en el trámite del proceso, salvo cuando el demandante solicite su celebración.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1o del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación
(…)”.

Por su parte, el artículo 12 del Decreto 1716 de 2009, en lo atinente a la aprobación de la conciliación extrajudicial en asuntos de lo Contencioso Administrativo, estableció:

Artículo 12. Aprobación judicial. El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación.

No obstante, comoquiera que en materia contencioso administrativa, el estudio de la aprobación de la conciliación requiere un mayor grado de análisis y

⁴ “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”.

exigencias en razón a que el patrimonio público se puede ver afectado, este Despacho atiende para tal efecto, lo expuesto por el Consejo de Estado que determinó que, para aprobar el acuerdo conciliatorio, se deben verificar los siguientes requisitos:

1. Que la acción no haya caducado (art. 61 ley 23 de 1.991, modificado por el art. 81 Ley 446 de 1.998).
2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (Art. 59 ley 23 de 1991, 70 ley 446 de 1.998 y Art. 2 parágrafo 2 Decreto 1614 de 2009).
3. Que las partes deben estar debidamente representadas y sus representantes tener capacidad para conciliar (Art. 2 Decreto 1614 de 2009).
4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, y no sea violatorio de la ley y no resultar lesivo para el patrimonio público (artículos 25, 26 37 de la Ley 640 de 2001).

En consecuencia, el Despacho entrará a revisar si el acuerdo conciliatorio cumplió con todos y cada uno de los requisitos antes señalados.

3. Caso Concreto

En primer lugar, advierte el despacho que el acuerdo conciliatorio objeto de estudio, versa sobre prestaciones de carácter periódico, por tal razón, no opera la figura de la caducidad. De acuerdo con lo señalado en el artículo 164, numeral 1, literal c) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos que reconocen o niegan total o parcialmente prestaciones periódicas, se puede ejercer en cualquier tiempo. A su tenor dispone:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:
(...)
c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;
(...)”.

Respecto de la representación de las partes, encuentra este Juzgador que las partes acudieron a la audiencia de conciliación debidamente representadas, quienes tenían la facultad para conciliar, como lo demuestran los poderes obrantes a folios 20-21 y 38, por la parte convocante; y 39, 52 y 54 por la parte convocada.

De igual forma, se advierte que la parte convocante aportó los siguientes medios de prueba:

- ✓ Copia de derecho de petición presentado el día 12 de abril de 2012, a través del cual se solicitó que se reconociera que la jornada laboral de los funcionarios de la UAECOB es de 190 horas mensuales, y en consecuencia, que se reconozca, liquide y pague 50 horas extras diurnas y nocturnas, que se reliquiden los recargos y demás (folios 33-34).
- ✓ Copia de Resolución N°. 325 de 02 de mayo de 2019, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos denegó el reconocimiento y pago de horas extras, recargos y compensatorios al demandante (folios 31-32).

DEL DERECHO CONCILIADO – NORMATIVIDAD

1.1 JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO Y HORARIO DE TRABAJO APLICABLES AL PERSONAL DE BOMBEROS. (CAMBIO JURISPRUDENCIAL)

El derecho laboral entiende por jornada ordinaria de trabajo, el tiempo durante el cual el trabajador está en la empresa y que previamente ha sido pactado entre este y su empleador para la realización del trabajo diario, en el entendido de que, a falta de acuerdo sobre el particular, rige la jornada máxima legal permitida.

Por esa razón la Corte Constitucional en Sentencia C-1063 de 2000 realizó una distinción entre ambas jornadas y al respecto manifestó:

Dicho concepto, el de jornada máxima legal, difiere del de jornada ordinaria, pues aquel hace relación al número máximo de horas que la ley autoriza que se laboren en un mismo día, al paso que la jornada ordinaria es la convenida entre las partes dentro del límite de jornada máxima legal.

Sobre el tema, la Ley 6 de 1975 prevé:

Artículo 3.- Las horas de trabajo no podrán exceder de ocho (8) al día, ni de cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las excepciones legales.
(...)

Parágrafo 1. Lo dispuesto en este artículo no se aplica a los casos de grave peligro; ni al servicio doméstico; ni a la recolección de cosechas, o al acarreo y beneficio de frutos; ni a los trabajadores que ocupen puestos de dirección o confianza; ni a las demás labores que a juicio del Gobierno, no sean susceptibles de limitación de la jornada o deban regirse por normas especiales.

Posteriormente la Ley 64 de 1946 al adicionar la Ley 6 de 1945, indicó que la jornada ordinaria nocturna está comprendida entre las 18:00 y las 6:00 horas.

En sentencia antes mencionada (C-1063 de 2000), la Corte Constitucional además de declarar la exequibilidad del primer inciso del artículo transcrito, recordó que tal norma cobija únicamente a los oficiales de cualquier orden, ya que, frente a los empleados públicos y trabajadores del sector privado, otras disposiciones han venido regulando los toques máximos de la jornada de trabajo.

Indudablemente, la jornada máxima de los empleados públicos se encuentra regulada por el **Decreto Ley 1042 de 1978** en su artículo 33, que al respecto indica:

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 extras.

El anterior Decreto inicialmente rigió para los empleados de la Rama ejecutiva del Orden Nacional. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones del régimen de administración de personal contenidas no solamente en el Decreto 1042 de 1978, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978 y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987. Igualmente, la Ley 443 de 1998, en su artículo 87, reiteró la mencionada extensión.

No cabe duda entonces que la **jornada máxima legal** fijada por el legislador para la generalidad de los empleados públicos es de **44 horas semanales**, lo que corresponde en el mes a 190 horas, obtenidas de los siguientes cálculos:

- El año tiene 52 semanas, por ende, cada mes tiene 4.33 semanas ($52 \text{ semanas del año} \div 12 \text{ meses del año} = 4.33 \text{ semanas por cada mes}$).
- De tal suerte que si cada una de esas 4.33 semanas del mes está limitada a la jornada máxima legal de 44 horas, ello significa que en el mes no debe superar el tope de 190 horas ($4.33 \text{ semanas del mes} \times 44 \text{ horas semanales} = 190,66$).

Queda claro que este cálculo difiere del que, en aplicación del Código Sustantivo del Trabajo, permite concluir que la jornada máxima de trabajo corresponde en el mes a 240 horas. En efecto, para los trabajadores sujetos a ese régimen es así por cuanto para ellos el legislador fijó la jornada máxima de trabajo en 8 horas diarias, que al multiplicarse por los 30 días del mes da un total de 240 horas mensuales.

Nótese que como el Decreto Ley 1042 de 1978 no se refirió a una jornada máxima de trabajo en términos de horas diarias, el cálculo del número de horas mensuales no podía obtenerse sino a partir de las operaciones explicadas, las cuales arrojan un total de 190 horas mensuales y no de 240 como si ocurre en el régimen del derecho laboral privado, por la razón anotada.

Resulta pertinente aclarar que el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 permite que, dentro del límite máximo allí fijado, esto es, dentro del límite de 44 horas semanales, el jefe del respectivo organismo establezca el horario de trabajo, que es concepto diferente a los explicados, en cuanto se refiere exclusivamente a los días que hay que laborar a la semana y las horas que se deben trabajar cada día, con sus correspondientes descansos.

Ahora bien, resulta pertinente recordar que la jornada de trabajo en la administración pública es una de las condiciones del empleo, es decir una de las regulaciones que gobiernan el ejercicio de la función pública. Por tanto, dicha regulación, a diferencia de la del horario de trabajo, es impuesta por la Ley en el caso de empleados públicos.

Esta distinción conceptual es muy importante y necesaria para entender el criterio jurisprudencial, que en tratándose de la jornada máxima de trabajo del personal de Bomberos, se introdujo a partir de la sentencia proferida el 17 de abril de 2008 por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda⁵ y reiterada por la misma Sección el 2 de abril de 2009⁶ y 28 de enero de 2010⁷, según la cual:

“Aplicar la tesis según la cual el trabajo desarrollado por el personal de bomberos cuya jornada es excepcional por la actividad ejercida y por tanto puede ser de 24 horas diarias y a su vez no generar reconocimiento de trabajo suplementario, resulta inequitativo y desigual con disposiciones que sobre esta misma materia existen en el orden nacional y territorial para empleados que realizan otro tipo de funciones que son menos riesgosas que la desarrollada por el actor; por ende el vacío normativo respecto a esta labor se suplirá con el Decreto 1042 de 1978, por que tratándose de empleados públicos, es la Ley y no el convenio la que tiene la autoridad para fijar el régimen salarial de los empleados. Así mismo, se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa al trabajador.”

Con esta tesis, se dejó a un lado aquella en virtud de la cual se consideraba que el personal de bomberos carecía de jornada máxima de trabajo y que, por consistir su horario de trabajo tradicionalmente en un sistema de turnos, no tenían derecho a horas extras y compensatorios, sino únicamente a recargos nocturnos ordinarios y festivos diurnos y nocturnos (Concepto 4861 del 28 de febrero de 1994 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y Sentencias del 4 de mayo de 1990, expediente 4420; del 21 de septiembre de 2006, expediente 2001-00505; del 12 de abril de 2007, expediente 1999-03165; entre otras, todas de la Sección Segunda de esa misma Corporación).

De tal suerte que, acorde con la **nueva y más favorable interpretación jurisprudencial**, pese a que el legislador no ha fijado una jornada máxima de trabajo para el personal de bomberos, no es viable sostener que este carece de jornada de trabajo, aun cuando por la naturaleza excepcional de su función la administración le imponga horarios de trabajo consistentes en turnos de 24 horas.

Lo anterior tiene razón de ser puesto que como bien lo dijo el Consejo de Estado en sentencia antes citada, considerar algo así “*resulta inequitativo y desigual*” no sólo respecto de la generalidad de empleados públicos a quienes el Decreto Ley 1042 de 1978 en su artículo 33 les asegura la garantía mínima de una jornada

⁵ Expediente 2003-00041.

⁶ Expediente 2003-00039.

⁷ Expediente 2003-00042

máxima de trabajo, sino también frente a los altos y graves riesgos que debe correr el personal de Bomberos, pues **su labor no puede convertirse en razón que justifique un trato laboral discriminatorio en materia de jornada máxima de trabajo**. Antes lo deseable es que por razón del peligro excepcional al que deben exponerse, su jornada de trabajo (no sólo la remuneración) debe compensar de manera justa ese riesgo.

Así pues, de conformidad con el nuevo criterio jurisprudencial al que se ha hecho referencia, **el personal de bomberos se encuentra sujeto a la jornada máxima de trabajo fijada para la generalidad de los empleados públicos** en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, esto es de 44 horas semanales o 190 mensuales. Esta nueva tesis genera una serie de conceptos que incrementan la remuneración de bomberos tal y como se explicará a continuación.

1.2 HORAS EXTRAS DEL PERSONAL DE BOMBEROS

Teniendo en cuenta que tal y como se explicó en el estudio anterior **la jornada máxima aplicable al personal de bomberos en de 44 horas semanales o 190 mensuales**, toda labor que exceda este término debe ser remunerada como trabajo suplementario u horas extras, de conformidad con la Ley.

El **Decreto 1042 de 1978** en sus artículos 36 y 37 nos indica que trabajo prestado en horas extras diurnas o nocturnas, es el que tiene lugar en horas distintas de la jornada ordinaria de trabajo (y a falta de ésta, de la jornada máxima de trabajo) y que dan lugar a un recargo que se debe pagar sobre la hora ordinaria. Al tenor esta norma indica:

Art. 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:

- a) El empleo del funcionario que va a trabajarlas deberá tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.
- b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.
- c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo. Los

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

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

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

Parágrafo 1° (...)

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

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

Art. 37. De las horas extras nocturnas. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

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

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

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

Así las cosas, se tiene que, una vez cumplidos los requisitos exigidos por la Ley, **todo trabajo realizado en horas distintas a la jornada ordinaria laboral, debe remunerarse como horas extras.**

Aquí resulta importante señalar que la nueva línea jurisprudencial ha precisado que como respecto del personal de bomberos no existe autorización previa y escrita para el trabajo suplementario en la forma como lo exige el artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978, debe entenderse que tal autorización está contenida en las órdenes del día que establecen los turnos a realizar, en cuanto superen las 44 horas semanales. El Consejo de Estado, en sentencia del 17 de abril de 2008, expediente 2003-00041 precisó⁸:

Del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, transcrito en párrafos anteriores se deduce que la jornada ordinaria de trabajo - concepto que implica 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. **En este sentido, toda labor realizada por el actor que exceda las 44 horas semanales, constituye TRABAJO SUPLEMENTARIO o de horas extras que por ser tal, debe ser remunerado con pagos adicionales al salario**

⁸ Tesis reiterada en Sentencias del 2 de abril de 2009, expediente 2003-000039 y del 28 de enero de 2010, expediente 2003-00042, del Consejo de Estado

ordinario y con los recargos de Ley. Se considera como trabajo en horas extras, aquel que se presta en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, las cuales serán autorizadas por el Jefe del respectivo organismo, o por las personas en quienes éste hubiere delegado tal atribución. **Por ello, el reconocimiento y pago de horas extras o el descanso compensatorio, según el citado artículo 36 en concordancia con el artículo 37 ibidem,** se sujeta a los siguientes requisitos: a) El empleo 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 50 horas extras mensuales (Decreto 10 de 1989 artículo 13)". (Subraya y Negrita por el Despacho)

También ha precisado esa nueva tesis que el pago de horas extras debe hacerse previa deducción de los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador. ⁽⁹⁾

Finalmente, para el pago de horas extras debe tenerse en cuenta que acorde con el artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978, para la generalidad de los empleados públicos ellas se encuentran sujetas a la limitación según la cual *"En ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales.*

Es muy importante tener en cuenta lo anterior en el caso concreto, ya que los empleados públicos del Distrito Capital tienen previsto un límite propio para el reconocimiento de horas extras, establecido en el inciso final del artículo 4 del acuerdo 3 de 1999, modificado por el artículo 3 del acuerdo 9 de ese mismo año, así:

Artículo 3. 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.

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,

⁹ (Sentencias dictadas el 17 de abril de 2008, expediente 2003-00041; el 2 de abril de 2009, expediente 2003-000039 y el 28 de enero de 2010, expediente 2003-00042).

dominicales o festivos más del cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de cada funcionario.

Tenemos entonces los siguientes límites para el pago de las horas extras:

- 50 horas extras mensuales.
- 80 horas extras mensuales para los conductores.
- 50% de la remuneración básica mensual.

La aplicabilidad de cada límite (general o especial) dependerá del que resulte más favorable en cada caso en concreto.

Lo anterior es así ya que el Consejo de Estado, sección segunda, en sentencia del 14 de agosto de 2009, expediente 2300-06, precisó:

Que los regímenes especiales Justifican su existencia en cuanto consagren beneficios para los grupos de personas a que se refieren que sean superiores a los del común de la población porque si éstos son inferiores, y no existe causa válida para este tratamiento diferencial, se incurre en una discriminación que deviene injusta y contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, vulnerando así los mandatos de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política, que consagran el derecho a la igualdad y se erigen en garantía para la protección de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social¹⁰.

1.3 TIEMPO COMPENSATORIO POR EXCESO DE HORAS EXTRAS

Independientemente del límite de horas extras aplicable, la Ley prevé que, si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria de trabajo supera dicho límite, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras de trabajo, así lo estipula el artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978:

“Art. 36. De las horas extras diurnas. (...)”

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

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

(...)” (Subrayado y destacado del Despacho)

¹⁰ Tesis reiterada del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Sentencia de 6 de marzo de 2003, Radicación Número: 13001-23-31-000-2000-0093-01(1707-02), Actora: Hermilda Centeno Mier.

Queda claro que, si bien el concepto de tiempo compensatorio y horas extras se encuentran estrechamente relacionados, este último difiere, en el entendido de que se causa precisamente, por el exceso de horas extras.

1.4 RECARGO ORDINARIO NOCTURNO

Sin salirse de la jornada ordinaria de trabajo, prevé la Ley un concepto diferente, consistente en un recargo del 35% sobre la asignación mensual para los empleados que trabajan ordinariamente en la jornada nocturna. Es lo que comúnmente se denomina recargo ordinario nocturno y lo regula el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 así:

Artículo 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 períodos de descanso.

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

Sobre este concepto, la nueva tesis jurisprudencial ha precisado que su pago debe hacerse previa deducción de los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador ¹¹.

1.5 RECARGO Y DESCANSO COMPENSATORIO POR TRABAJO HABITUAL EN DOMINICALES Y FESTIVOS

Ahora bien, respecto del trabajo suplementario (trabajo en días de descanso obligatorio), el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 prevé lo que se denomina recargo por trabajo habitual en días dominicales y festivos, de la siguiente manera:

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

¹¹ (Sentencias dictadas el 17 de abril de 2008, expediente 2003-00041; el 2 de abril de 2009, expediente 2003-000039 y el 28 de enero de 2010, expediente 2003-00042).

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.

La aplicabilidad de este especial recargo al personal de bomberos que trabaja en turnos de 24 horas que incluyen domingos y festivos, fue acogida en la nueva tesis jurisprudencial, así:

Es necesario definir si el trabajo desarrollado por (...) en días dominicales y festivos es de naturaleza ordinaria u ocasional.

Dentro del expediente probatorio se certifica (órdenes del día anexos a folio 154 cuaderno No. 1 folio 1 al 1372) que su labor era desarrollada por turnos de 24 horas que incluían domingos y festivos.

El artículo 39 señala que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos corresponde a los empleados públicos que en razón de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los dominicales o festivos.

De manera que considera la Sala necesario precisar los conceptos relativos a 'ordinario o habitual':

En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa habitual lo que '(...) se hace, padece o posee con continuidad o por hábito'.

Para que se diga que existe una 'habitualidad' en la prestación del servicio en días domingos y festivos, no necesariamente debe comprobarse que la labor fuera ejercida durante estos días del mes, basta que quien presta el servicio bajo la modalidad de 'turnos' tenga la certeza de cuales domingo y festivos del mes debe trabajar.

En efecto, la jornada laboral del actor se desarrollaba bajo el sistema de turnos, lo que de suyo implica una previa programación de su jornada laboral mensual. Siendo ello así, como irrefutablemente lo es, el acto conocía de antemano qué domingos del mes le tocaba prestar sus servicios, convirtiéndose en un hábito laborar uno, dos o más domingos de determinado mes, según la rotación de turnos prevista, lo que hace que su labor en días de descanso se convirtiera en algo habitual¹²

Adicionalmente, como se advierte de lo previsto en el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, el trabajo ordinario en días dominicales y festivos no sólo genera una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado de manera ordinaria, sino también el disfrute de un día de **descanso compensatorio**.

¹² sentencias dictadas el 17 de abril de 2008 en el expediente 2003-00041, el 2 de abril de 2009 en el expediente 2003-00039 y el 28 de enero de 2010 en el expediente 2003-00042

Cierto es que la nueva tesis jurisprudencial considera que no hay lugar al descanso compensatorio tratándose de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso¹³, sin embargo, el Despacho considera que este concepto **sí resulta aplicable en el sistema de turnos** que incluyen domingos y festivos, como lo aclaró la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 12 de agosto de 2009 en el expediente 2005-1843, así:

Afirmar, sin fundamento normativo alguno, que las jornadas por turnos no generan compensatorios por el hecho de laborar domingos y festivos, resulta contrario al ordenamiento positivo (art. 39 Dcto. 1042/78), ya que el empleador está obligado a fijar el horario de trabajo dentro del límite establecido por el legislador, excluyendo obviamente domingos y festivos, por ser feriados y por tanto no laborables en principio.

En esas condiciones, si el empleado labora un día festivo tendrá derecho a una remuneración que comprenderá: el valor del trabajo realizado, el cual se reconoce según el tiempo servido; una suma equivalente al cien por ciento (100%) sobre el monto anterior; y el valor de un día ordinario de trabajo, sin que haya lugar a la prestación del servicio (descanso compensatorio).

Ahora bien, cuando no se ha otorgado el descanso compensatorio a que se tiene derecho, la entidad estará obligada a retribuir esa jornada laboral con el valor de un día ordinario de trabajo, sin perjuicio claro está de los demás factores ordenados incluir en la remuneración mensual o quincenal del empleado.

Así las cosas, el trabajo del personal de bomberos, en cuanto organizado por turnos que implican el trabajo habitual en domingos y festivos, genera no sólo un recargo equivalente al 100% de la remuneración, sino un descanso compensatorio equivalente a un día ordinario de trabajo.

1.6 RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 a su tenor prevé:

ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y la prima técnica
- c. **Los dominicales y feriados;**
- d. **Las horas extras;**
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;
- g. La bonificación por servicios prestados;

¹³ sentencias dictadas el 17 de abril de 2008 en el expediente 2003-00041, el 2 de abril de 2009 en el expediente 2003-00039 y el 28 de enero de 2010 en el expediente 2003-00042

- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

Así las cosas, queda claro que las horas extras, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio constituyen factor de salario para la liquidación de las prestaciones sociales, incluyendo las cesantías e intereses de éstas, de tal suerte que es deber del empleador incluir aquellos conceptos en tal liquidación.

Y lo mismo opera respecto de los descansos compensatorios, pues, en criterio de este Despacho, la relación de factores salariales que hace el Decreto Ley 1045 de 1978 (Art.45) no es taxativa. Ello es así porque para la liquidación de las prestaciones que toman como base de liquidación la noción de salario -como es el caso de las cesantías y las pensiones- deben considerarse todos y cada uno de los factores que integran la remuneración habitual, pues **por salario se entiende todo lo que el empleado recibe como contraprestación por sus servicios, salvo que respecto de una determinada suma exista norma expresa que le niegue ese carácter**¹⁴.

Así las cosas, concluye el despacho, que el acuerdo conciliatorio celebrado entre el señor Rubén Darío Calderón Losada y el BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ, respectivamente, no lesiona los intereses de la entidad, pues además de reconocer un derecho que ampliamente ya ha sido reconocido en innumerables sentencias judiciales, se evitó un desgaste procesal y una mayor condena, razón por la cual, aprobará el acuerdo conciliatorio objeto de estudio.

¹⁴ Sobre tal exigencia pueden consultarse las sentencias del 7 de abril de 2005, expediente 12703-02, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; del 28 de septiembre de 2006, expediente 0021-05, de Consejo la Sección Segunda del de Estado, y la C-470 de 1995 de la Corte Constitucional.

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

RESUELVE

PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio celebrado entre el señor RUBÉN DARÍO CALDERÓN LOSADA, identificado con C.C. No. 1.115.793.426, y el DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ D.C., llevado a cabo el día 28 de noviembre de 2019, ante la Procuraduría 7ª Judicial II para Asuntos Administrativos, conforme a las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

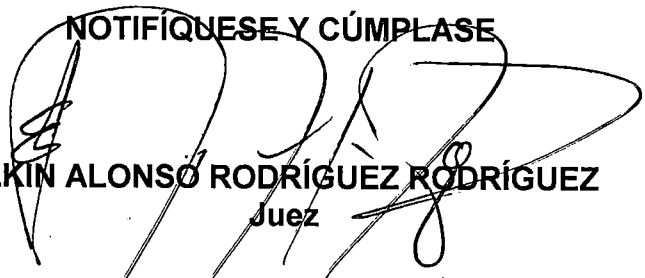
SEGUNDO: El acta de conciliación aprobada mediante la presente providencia, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

TERCERO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría 7ª Judicial II para Asuntos Administrativos.

CUARTO: En firme este proveído, y a petición de los convocantes o de su apoderado, entréguese copia auténtica de esta decisión en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

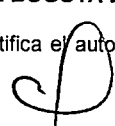
QUINTO: En firme esta decisión, archívese el expediente, previas las constancias a que haya lugar.

NOTIFIQUESE Y CÚPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Hoy 27 de enero de 2020 se notifica el auto anterior por
anotación en el Estado No. 01


MARÍA DEL PILAR CORCHUELO SAAVEDRA
SECRETARIA