

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO VEINTE ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL
DE CALI**

Santiago de Cali, once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA ESCRITURAL

RADICADO: 76-001-33-31-010-2012-00035-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LILIANA CASTAÑEDA
DEMANDADOS: MUNICIPIO DE YUMBO

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), -en adelante C.C.A-, la señora Liliana Castañeda actuando a través de apoderado judicial, instaura demanda contra el municipio de Yumbo, con el fin que se realicen las siguientes declaraciones:

1. Las pretensiones

- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No 110-25-12-575 del 25 de julio de 2011, mediante el cual se le negó a la demandante el reconocimiento por trabajo suplementario.
- Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la entidad accionada, reconocer al demandante el derecho que tiene a que se le reconozcan y paguen como trabajo suplementario, las horas laboradas extras diurnas y nocturnas y los dominicales y festivos.
- Que se ordene a la demandada reconocer y pagar a la demandante el incremento que corresponda por la reliquidación de las prestaciones sociales con las sumas que resulten de esta demanda.
- Que se ordene a la demandada reconocer y pagar al demandante, los intereses que se generen desde la ejecutoria de la sentencia y la actualización de las sumas a que sea condenada a pagarle.
- Que se condene en costas judiciales a la parte demandada.
- Que se ordene a la accionada dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

2. Los Hechos que fundamentan el presente medio de control, se sintetizan en la siguiente forma:

2.1.- La demandante labora al servicio del municipio demandado en el cargo de secretaria de la Inspección Permanente de Policía desde el 23 de noviembre de 1992.

2.2.- La actora presta sus servicios mediante el sistema de tres (3) turnos en jornadas laborales mixtas con derecho a cuarenta y ocho (48) horas de descanso. Labora en días dominicales y festivos.

2.3.- La entidad no ha reconocido y cancelado las horas en trabajo suplementario laboradas por la accionante.

2.4.- El 1 de julio de 2011, el apoderado judicial de la demandante radicó ante el ente territorial, reclamación administrativa para el pago del trabajo suplementario adeudado a la actora.

2.5.- Mediante oficio No 110-25-12-575 del 25 de julio de 2011, se despachó desfavorablemente la petición del accionante.

3. Las normas invocadas y el concepto de violación

Como normas violadas, la parte demandante citó las siguientes disposiciones: artículos 2 y 53 de la Constitución Política, artículos 33, 35 y 39 del Decreto 1042 de 1978, artículos 19 y 22 de la Ley 909 de 2004,

Asegura el demandante, que la entidad no ha reconocido el valor causado por concepto de trabajo suplementario por las horas laboradas en lo que excede la jornada laboral, es decir: 44 horas semanales.

Señala que mediante la sentencia C-1063 del 16 de agosto de 2000 se unificó la jornada laboral para los empleados del orden nacional y territorial. Por disposición de la Ley 443 de 1998, el Decreto 1042 de 1978 que adicionó el Decreto 2400 de 1968 es aplicable a los empleados públicos del orden territorial.

4. Contestación de la demanda

La entidad demandada relata que efectuó las liquidaciones del salario de la demandante conforme a la instrucción normativa aplicable y vigente para el caso, por tanto, no hay lugar a reajustes ni reconocimientos adicionales.

Señaló que la demandante no aportó la autorización emitida por el funcionario competente para laborar en tiempo extra, domingos, festivos y jornada nocturna, por tanto, no cumple con el contenido del literal B del artículo 36 del decreto 1042 de 1978 ya que no existen antecedentes administrativos de disponibilidad presupuestal para garantizar el pago.

Refirió que mediante el Decreto 141 del 14 de abril de 2006 el alcalde de Yumbo decretó que la jornada de trabajo de los empleados de tiempo completo al servicio de la administración central es de máximo 44 horas semanales y prohibió superar dicha jornada, además estableció los requisitos para seguir en caso de que se requieran jornadas de trabajo adicional entre ellos se encuentran las autorizaciones, las condiciones de reconocimiento y competencias para el reconocimiento y pago.

Finalmente aseguró que la demandante labora el servicio del municipio de Yumbo en el tiempo relacionado por su apoderado en el cargo de Inspectora de Policía con perfil profesional mediante sistema de tres turnos de 24 horas cada uno, que corresponden a jornadas mixtas seguidas por 48 horas de descanso. Por tal motivo, dijo, no se justifica el pago de horas extras puesto que ellas son compensadas con descansos remunerados.

Propuso como excepciones: "cobro de lo no debido", "inexistencia del derecho" y "prescripción".

5. Los alegatos de conclusión

5.1. Parte demandante

Señaló que de conformidad con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada ordinaria de trabajo concepto que implica el pago de salario ordinario pactado y sin recargos es de 44 horas semanales y en consecuencia toda labor realizada con posterioridad a esas 44 horas constituye trabajo suplementario o de horas extras que debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos de ley.

Asegura que en el proceso está acreditado que la demandante laboró efectivamente jornadas superiores a 44 horas semanales en turnos realizados en la comisaría en días sábados, domingos y festivos.

6.2. Alegatos de la entidad demandada

Reiteró que no se presentaron horas extras ni ninguna clase de tiempo suplementario laborado por la demandante, toda vez que i) no existe autorización por parte del empleador para que se laborara tiempo suplementario por lo cual no se cumple con el requisito establecido en el literal b del artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978 y ii) no existe disponibilidad presupuestal para garantizar el pago de lo supuestamente laborado en tiempo suplementario.

Señaló que el peritaje que solicitó el demandante, fue requerido para que se liquidara el tiempo suplementario que se genera a partir de un supuesto de hecho que solo será dilucidado en la sentencia, por lo que es claro que del dictamen únicamente emerge un concepto hipotético que solo tiene eventual relevancia para el demandante en el caso de que se accedan a sus pretensiones, en tanto que para la administración dicha conjetura solo debe ser objeto de oposición general (tal y como ya lo hizo en el curso procesal),

pues debatir el monto de las horas extras y trabajo suplementario calculado por el perito, sería tanto como aceptar que se generaron, lo cual no es cierto, ni guarda relación con la realidad de los hechos laborales.

Indicó que la demandante pretende probar que trabajó el tiempo suplementario que reclama, presentando algunas fotocopias de documentos aleatorios con fechas de recibido, y una relación escueta sin firma de elaboración denominada "*turnos hechos por Liliana Castañeda de la Inspección Tercera de Policía*", los cuales no prueban lo expresado por ella, sino que por el contrario, evidencian que no es cierto que se haya generado tiempo suplementario en la relación laboral de la demandante, o por lo menos, una incongruencia en los hechos que presenta en su demanda, que a la postre indica que no se cumplió con la carga probatoria que corresponde en este sentido.

Este tipo de incongruencia es repetitiva en los documentos probatorios que se relacionan, se puede observar en el oficio No 1545-05 de fecha 27 de julio de 2005 (Folio 18) donde aparece que las fechas no concuerdan con los supuestos turnos realizados.

Afirmó que las incongruencias e imprecisiones observadas en los documentos aportados, denotan la total ausencia de la actividad probatoria exigida, pues el demandante asume que solo es suficiente argumentar que se presentó la situación que presuntamente generó el tiempo suplementario, cuando además de aquello, es absolutamente necesario que demuestre con verdadera exactitud, el número de horas que laboró según su juicio.

6.8. Ministerio Público

Durante el término de traslado para alegaciones finales, no realizó ningún pronunciamiento.

7. Saneamiento procesal

Cumplidas las distintas etapas procesales sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, de conformidad con lo establecido en el Art. 170 del C.C.A. se formulan:

8. Las consideraciones

8.1. La competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 134B, 134D y 134E del Decreto 01 de 1984 – C.C.A.-, el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cali, es competente para conocer la presente acción.

8.2. Acto demandado

En el presente asunto se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No 110-25-12-575 del 25 de julio de 2011, mediante el cual se le negó a la demandante el reconocimiento por trabajo suplementario.

A título de restablecimiento del derecho solicita que la entidad demandada reajuste sus salarios y prestaciones sociales con la inclusión de los recargos por trabajo nocturno, dominical y festivo y las horas por trabajo suplementario, conforme a lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978.

8.3. Problema jurídico

El Despacho procede formular el **problema jurídico principal** en los siguientes términos:

¿El oficio No 110-25-12-575 del 25 de julio de 2011 proferido por el municipio de Yumbo se encuentra viciado de nulidad por no observar las normas en que debería fundarse?

Para dar respuesta al anterior interrogante, como **problemas jurídicos asociados** se deberá determinar:

¿A título de restablecimiento de sus garantías subjetivas, la demandante tiene derecho a que se le reconozcan y paguen como trabajo suplementario, las horas laboradas superiores a 44 horas semanales y los recargos por trabajo nocturno y dominical que presuntamente no han sido reconocidos por la entidad?

Para arribar a la decisión requerida, se abordará el estudio de los siguientes puntos: **8.4.** Referencia normativa y jurisprudencial sobre el trabajo suplementario, recargos nocturnos y compensatorio de los servidores públicos del orden territorial; **8.5.** Con fundamento en dichos parámetros se determinará el derecho laboral reclamado por el actor; **8.6.** Luego se abordará el análisis del caso concreto dando aplicación a los referentes normativos y jurisprudenciales; seguidamente se llegará a una conclusión y eventualmente a los términos del restablecimiento del derecho; **9.** Finalmente se realizará un pronunciamiento sobre las costas procesales.

8.4. Referencia normativa y jurisprudencial sobre el trabajo suplementario, recargos nocturnos y compensatorio de los servidores públicos del orden territorial

El Consejo de Estado ha señalado que¹, aunque el Decreto Ley 1042 de 1978², en principio rigió para los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, el artículo 2º de la Ley 27 de 1992³ hizo extensivo a los servidores de las

¹ Sentencia de 21 de noviembre de 2013, proferida por la Subsección A, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Rad. 0267-2013, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

² «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.»

³ «Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de

entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidas en dicha norma y en los Decretos Ley 2400⁴ y 3074 de 1968⁵ y las Leyes 13 de 1984⁶ y 61 de 1987⁷.

En el mismo sentido, el inciso segundo del artículo 87 de la Ley 443 de 1998⁸, consagró que *"... Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente Ley y las contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley"*, dentro de los cuales se encuentran los que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del nivel departamental, distrital y municipal y en sus entes descentralizados.

Finalmente, la Ley 909 de 2004⁹ que derogó la Ley 443 de 1998 con excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82, señaló respecto de la jornada laboral:

"1. El ejercicio de las funciones de los empleos, cualquiera que sea la forma de vinculación con la administración, se desarrollará bajo las siguientes modalidades:

a) Empleos de tiempo completo, como regla general;
b) Empleos de medio tiempo o de tiempo parcial por excepción consultando las necesidades de cada entidad.

*2. En las plantas de personal de los diferentes organismos y entidades a las que se aplica la presente ley se determinará qué empleos corresponden a tiempo completo, a tiempo parcial y cuáles a medio tiempo, **de acuerdo con la jornada laboral establecida en el Decreto-ley 1042 de 1978 o en el que lo modifique o sustituya.** (destaca la Sala)."*

Con fundamento en el anterior recuento normativo, el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha concluido que el régimen de jornada laboral regulado por el Decreto 1042 de 1978, también es aplicable a los empleados territoriales.

El Decreto 1042 de 1978 define el número de horas que conforma la jornada de trabajo de los servidores públicos y diferencia entre tres (3) tipos de jornada: i) la ordinaria, que se lleva a cabo en el horario diurno de 6:00 am a 6:00 pm; ii) la nocturna, que tiene lugar a partir de las 6:00 pm a 6:00 am; iii) la mixta, que se desarrolla de forma combinada en horas diurnas y horas nocturnas.

1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles Nacional, Departamental, Distrital diferentes al Distrito Capital, Municipal y sus entes descentralizados, en las Asambleas Departamentales, en los Concejos Municipales y Distritales y en las Juntas Administradoras Locales, excepto las Unidades de Apoyo que requieran los diputados y Concejales».

⁴ Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

⁵ Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968.

⁶ por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional y se dictan disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa.

⁷ por la cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones.

⁸ Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

⁹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Para los empleados que realizan sus labores en la jornada mixta en el sistema de turnos, es decir que cumplen sus funciones total o parcialmente en horas nocturnas, el tiempo laborado en horario nocturno debe ser remunerado con recargos nocturnos, equivalentes al 35% adicional sobre la asignación mensual.

Así lo establecen las prescripciones referenciadas:

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

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

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

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 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.

El Consejo de Estado ha precisado que, de acuerdo a lo prescrito por la norma citada, la jornada ordinaria consta de 44 horas y para los empleados cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de 12 horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas. Cuando se superan esos límites, el empleador deberá reconocer al empleado los recargos salariales.

En ese entendido ha dicho que la jornada de trabajo que se cumpla influye de manera directa en el salario que devenga el empleado, en tanto que la asignación puede variar si se labora tiempo suplementario, caso en el cual, se reconoce un pago adicional a la remuneración que de forma frecuente percibe el servidor público.¹⁰

La Corporación ha resumido así: "(i) La jornada de trabajo para los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales con la excepción para

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 17001-23-33-000-2014-00475-01(4089-17).

los que cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, en cuyo caso la jornada es especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales; (ii) con base en dicha jornada debe fijarse el horario de trabajo y; (iii) se compensa la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras, salvo que exceda la jornada máxima semanal.”¹¹

El referido precepto dispone que el trabajo que se presta en horas distintas a la de la jornada ordinaria laboral que se desarrolla puede ser retribuido con descanso compensatorio u horas extras. Si el trabajo suplementario tiene lugar en horario diurno se recompensa con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica. Si por el contrario sucede en horas de la noche, para los servidores que ordinariamente laboran en el día, se compensa con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual. En ambos casos deben cumplirse los siguientes requisitos:

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

- a) 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.*
- 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 artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.*
- d) En ningún caso podrá pagarse más de cincuenta (50) 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.”*

"Artículo 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 artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

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

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia de ocho (08) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00217-01(4757-15). Actor: MARÍA ASCENSIÓN MORALES DAZA.

El precepto en referencia también regula el trabajo en días dominicales y festivos, que se puede dar de forma permanente u ocasional. El primero es el que desempeñan las personas que presten sus servicios por el sistema de turnos y se remunera con el doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio. El ocasional se compensa con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario y debe cumplir con requisitos similares a los de las horas extras.

"ARTICULO 39. DEL TRABAJO ORDINARIO EN DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS.

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

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

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

"Artículo 40º.- Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos. Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.

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

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

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

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

d) El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario.

Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si este fuere menor.

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

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

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

El Consejo de Estado, de forma didáctica ha graficado los anteriores conceptos, explicando los pagos que deben realizarse cuando se excede la jornada ordinaria de trabajo de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978 (44 horas semanales):

Pagos por trabajo complementario de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978
--

Decreto 1042 de 1978	Jornada laboral	Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales)	Excepción y límites.
Artículo 34	Ordinaria nocturna. El horario que comprende es de 6 p.m. a 6 a.m.	35%	Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos.
Artículo 35	Jornada mixta. Se cumple por el sistema de turnos. Incluye horas diurnas y nocturnas. Por estas últimas se paga el recargo (nocturno, pero podrán compensarse con períodos de descanso).	35% o descanso compensatorio	Sin perjuicio de lo dispuesto para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos.
Artículo 36	Horas extra diurnas. Trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria. Debe ser autorizada por el jefe inmediato.	25% o descanso compensatorio.	No puede exceder de 50 horas mensuales. Si sobrepasa este límite se reconoce descanso compensatorio (un día de trabajo por cada 8 horas extras trabajadas). Conforme el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989, tienen derecho a este los empleados del nivel Operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 098 del nivel técnico.
Artículo 37	Horas extra nocturnas. Trabajo desarrollado por personal diurno (6 p.m. a 6 a.m.)	75% de la asignación mensual.	Igual que en el cuadro anterior referente al artículo 36.
Artículo 39	Trabajo ordinario domingos y festivos. Cuando se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos.	La remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.	

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

8.5. Pruebas practicadas

De las pruebas practicadas en el proceso se destacan las siguientes:

- Oficio No 154505 del 27 de julio de 2005 dirigido a la Inspección de Policía Permanente de Yumbo por parte de la Secretaría de Paz y Convivencia Ciudadana de la Alcaldía Municipal de Yumbo, mediante el cual se solicita que practiquen diligencias de inspección ocular al establecimiento comercial ubicado en el barrio las cruces para verificar qué clase de actividad se realiza en horas nocturnas y conforme lo observado rendir el respectivo informe (fl. 12).
- Oficio No 92205 del 6 de mayo de 2005 dirigido a la Inspección de Policía Permanente de Yumbo por parte de la Secretaría de Paz y Convivencia Ciudadana de la Alcaldía Municipal de Yumbo, mediante el cual se deja a disposición de dicha dependencia el sonómetro para que ese fin de semana los días viernes 6 y sábado 7 de mayo de ese año, se realice medición de decibeles a los establecimientos comerciales que ahí se relacionan (fl. 13).
- Oficio No 231605 del 4 de noviembre de 2005 dirigido a la Inspección de Policía Permanente de Yumbo por parte de la Secretaría de Paz y Convivencia Ciudadana de la Alcaldía Municipal de Yumbo, mediante el cual se solicita que se haga la respectiva visita y medición de decibeles de ruido los días sábado 5 y domingo 6, en horas nocturnas a los establecimientos comerciales que ahí se relacionan además de verificar si se han realizado adecuaciones para evitar que el ruido salga al exterior (fl. 14).
- Oficio No 240-24-0957-08 del 19 de mayo de 2008 dirigido a la Inspección de Policía Permanente de Yumbo por parte de la Secretaría de Paz y Convivencia Ciudadana de la Alcaldía Municipal de Yumbo, mediante el cual se informa que a partir del recibo de dicha comunicación los días viernes sábado y domingo de cada fin de semana, se debe llevar a cabo por parte de los inspectores en su respectivo turno la toma de decibeles o control del ruido a los establecimientos nocturnos que funcionan en el municipio de yumbo para el cumplimiento de tal fin los inspectores deberán elaborar de manera coordinada un cronograma de tareas (fl. 15).
- Oficio No 24026-2288-05 del 1 de noviembre de 2005 dirigido a la Inspección de Policía Permanente de Yumbo por parte de la Secretaría de Paz y Convivencia Ciudadana de la Alcaldía Municipal de Yumbo, mediante el cual se solicita realizar mediciones y toma de mediciones a los establecimientos referenciados en dicha comunicación preferiblemente los días sábados entre 10:00 y 11:00 pm y coordinar con los agentes adscritos al comando de dicha vereda lo mismo que con los quejosos en la logística y transporte, quienes están interesados en que dichas mediciones se hagan desde sus residencias se indica que la comisión es de carácter obligatorio permanente indelegable improrrogable y en las fechas y horas indicadas (fl. 17).

- Oficio No 200-0701 del 9 de junio de 2009 dirigido a la señora Liliana Castañeda por parte de la Secretaría Gestión Humana y Recursos Físicos de Yumbo, mediante el cual se le informa que a partir de la fecha cumplirá sus funciones como inspector enlace del barrio las Américas y tendrá un horario de lunes a viernes de 7:30 a 12:30 y de 2 a 6 pm y los viernes de 7:30 am a 12:30 pm y de 2 a 5 pm (fl. 21).
- Acta de recepción de denuncia realiza a por el señor Ricardo Lizarralde Suárez ante la Inspección Tercera de Policía del Municipio de Yumbo el día 10 de agosto de 2005 a las 8:20 pm, suscrita por la inspectora de policía y la señora Liliana Castañeda (fl. 58).
- Acta de recepción de denuncia realiza ante la Inspección Tercera de Policía del Municipio de Yumbo el día 1 de junio de 2003 a las 9:20 pm, suscrita por la inspectora de policía y la señora Liliana Castañeda (fl. 59).
- Acta de recepción de denuncia realiza ante la Inspección Tercera de Policía del Municipio de Yumbo el día 20 de abril de 2003 a las 6:30 pm, suscrita por la inspectora de policía Liliana Castañeda (fl. 60)
- Acta de diligencia de inspección ocular realizada el 08 de noviembre de 2004 a las 10:30 pm, en un establecimiento de comercio de la ciudad de Yumbo, por parte de la inspectora y la señora Liliana Castañeda acompañada de otros funcionarios de la Inspección Tercera de Policía del Municipio de Yumbo (fl. 63).
- Acta de diligencia de inspección ocular realizada el 13 de noviembre de 2004 a las 11:00 pm, en un establecimiento de comercio de la ciudad de Yumbo, por parte de la inspectora y la señora Liliana Castañeda acompañada de otros funcionarios de la Inspección Tercera de Policía del Municipio de Yumbo (fl. 65).
- Acta de diligencia de inspección ocular realizada el 13 de noviembre de 2004 a las 11:30 pm, en un establecimiento de comercio de la ciudad de Yumbo, por parte de la inspectora y la señora Liliana Castañeda acompañada de otros funcionarios de la Inspección Tercera de Policía del Municipio de Yumbo (fl. 68).
- Documento en el que se indican turnos hechos por Liliana Castañeda de la Inspección Tercera de Policía del Municipio de Yumbo en enero de 2005, con la siguiente anotación: *"todos los turnos eran de 8 am hasta el día siguiente que terminaba a las 8 am total tiempo 24 horas"* y se realiza un listado de los turnos por días desde enero a junio de 2009.
- Dictamen pericial rendido por perito contador financiero evaluador de perjuicios Juan Jerónimo Banguero García (fls. 261-282).
- Hoja de vida correspondiente a la señora Liliana Castañeda.

- Certificación laboral en la que se indica que se desempeña como secretaria código 440 grado 04, desde el 9 de noviembre de 1992 hasta el 6 de mayo de 2013, inscrita en carrera administrativa.
- Formato para liquidar factores salariales desde el año 1995 hasta el año 1997 expedido por la Secretaría de Gestión Humana y Recursos Físicos de la Alcaldía de Yumbo, correspondientes a la señora Liliana Castañeda.
- Listado de pagos acumulado por la señora Liliana Castañeda desde el año 1997 hasta el año 2012.
- Certificación expedida por el municipio de Yumbo en la que se indica que en dicho municipio existen 3 cargos de inspectores de policía urbana categoría 1A código 233-01 que se encuentran adscritos a la Secretaría de Paz y Convivencia Ciudadana cada uno de los cuales cuenta con un secretario código 440 grado 04.

Además, que revisada la nómina de empleados públicos desde el año 1995 se encontró que a partir de ese año y hasta 1999 no se realizó pago alguno de trabajo suplementario (horas extras, diurnas, nocturnas, sábados, domingos y festivos). A partir del año 2000 hasta el año 2012 se reconoció trabajo suplementario a 63 funcionarios. De los cuales 17 son agentes de tránsito de nivel asistencial, 5 conductores de nivel asistencial, 14 técnicos operativos de nivel técnico, 10 secretarios de nivel asistencial, 2 inspectores de nivel asistencial y 15 auxiliares administrativos de nivel asistencial. A partir del 01 de enero de 2013 hasta el 31 de marzo de 2013, por información de nómina se encuentra el listado de acumulado de empleados a los que se les reconocía el trabajo suplementario, entre los que se encuentran: 14 agentes de tránsito del nivel asistencial, 4 técnicos operativos del nivel técnico, 10 secretarios del nivel asistencial y un inspector de policía urbana de primera categoría del nivel profesional.

- Testimonio rendido por la señora Zeida Lastenia Garzón Larrahondo. Indicó que desde el 16 de enero de 1995 asumió el cargo como inspectora de policía en el municipio de Yumbo y desde esa fecha la señora Liliana Castañeda se desempeñaba como secretaria de la inspección hasta el día de hoy, es decir, como su secretaria. Indicó que en la inspección tenían un horario semanal de 72 horas con descansos de 48 horas laboraban por turnos sábados, domingos y festivos, 24 horas seguidas cayera el día que cayera, un ejemplo tenían un turno el lunes, la hora de ingresar era a las 8 am todo el día seguido y entregaban el turno a las 8 am del día siguiente, descansaban el miércoles y el jueves, volvían el viernes a las 8 am y salían el sábado a las 8 am, iban rotando, siempre el mismo turno de horas, este horario fue asignado desde el momento de su posesión por el alcalde y el jefe de gestión humana, quienes les indicaron que eran inspectores de policía permanentes y tenían que cumplir ese horario 24 horas. Al preguntarle si por ese trabajo adicional o jornada mixta de trabajo en día dominical y festivo y horas extras nocturnas se les canceló alguna remuneración

adicional a ella y a la señora Liliana Castañeda contestó que no, que hasta la fecha no, que siempre ella tomaba la iniciativa para decirles al resto de compañeros que enviaran solicitudes respetuosas para que se les cancelará las horas nocturnas, el tiempo extra, los dominicales y festivos pero nunca tuvieron respuesta positiva ni siquiera se les contestaba las peticiones. Señaló que dichos turnos eran asignados por regla general, llevaban libros radiadores de todas las diligencias donde a diario se radicaban las diligencias realizadas en los turnos. Explicó que se desempeñaron en ese turno de 24 horas hasta el día 09 de junio de 2009, fecha en la que ella recibió un oficio del licenciado Julio Lenis jefe de gestión humana de personal quien les asignó a los 3 inspectores que había, el nuevo horario que era de 8 am a 12 pm de 2 pm a 6 pm y de lunes a viernes.

- Testimonio del señor José Vicente Salazar Guerrero. El testigo manifestó que en el año 1992 entró a trabajar a la Secretaría de Paz y Convivencia en ese tiempo de la Secretaría de Gobierno y lo asignaron a las inspecciones permanentes de policía ahí conoció a la señora Liliana Castañeda quien se desempeñaba como secretaria de una de las inspecciones. Señaló que el horario de trabajo empezaba cuando se recibía turno a las 8:00 am el día lunes y se trabajaba hasta las 8:00 am del día martes, se volvía a recibir turno el día jueves a las 8:00 am y se entregaba el turno el día viernes a las 8:00 am, también se volvió a recibir el domingo a las 8:00 am y se entregaba el lunes a las 8:00 am, eso en una semana, sí era festivo se trabajaba así fuera festivo, eran turnos de 24 horas porque las inspecciones eran permanentes de policía. Al preguntarle si la señora Liliana Castañeda laboraba en dichos horarios contestó que sí. Cuando se le preguntó quién había asignado dichos horarios indicó que cuando llegaron a trabajar a las inspecciones permanentes de policía estaba asignado el horario de trabajo y les dijeron que debían trabajar 24 horas, desde que les hicieron la posesión se les dijo usted va para la inspección de policía y allá trabajan 24 horas, eso se lo indicaron en la Secretaría de gestión humana. Indicó que la señora Liliana Castañeda realizaba prácticamente 3 turnos a la semana y que el control de los turnos lo ejercía casi directamente el secretario de Gobierno que era el jefe inmediato de ellos, indicó que éste pasaba revista en las noches a cualquier hora del día festivo sábados domingos para controlar el horario. Al preguntársele si existe alguna constancia de los días laborados por la señora Liliana Castañeda en esos turnos indicó que no cree que haya constancia en la administración pero las pruebas reposan en los libros radicadores, todo el mundo tenía conocimiento de que se trabajaba 24 horas, incluso las denuncias penales se recibían en la inspección permanente de policía o se podía llamar como testigo a los secretarios de despacho que estuvieron en ese entonces, el doctor Copete o Polanco, quienes ejercían directamente el control sobre los turnos. Refirió que la administración nunca reconoció un pago o una remuneración adicional por ese trabajo desempeñado en dichos turnos y en horario nocturno.

8.6. Solución al caso concreto

La demandante presta sus servicios en el municipio de Yumbo en el cargo de secretaria código 440 grado 04, para garantizar la prestación continua del servicio en la entidad, la actora laboraba en el sistema de turnos, es decir, que se encontraba sujeta a la jornada mixta laboral regulada en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1948.

La parte accionante manifiesta que el ente territorial demandado no ha reconocido los recargos nocturnos y compensatorio, respectivamente, por las horas laboradas en horario nocturno y en días feriados y dominicales, durante el término que se ha desempeñado en ese empleo.

Solicita la demandante, que se le reconozcan y paguen como trabajo suplementario, las horas laboradas extras diurnas y nocturnas y los dominicales y festivos.

Las pruebas allegadas al plenario acreditan que la accionante presta sus servicios al municipio de Yumbo en el sistema de carrera administrativa desde el año 1992 hasta la fecha de certificación laboral (año 2013). Desde esa fecha la accionante ha trabajado para el ente municipal en el cargo de secretaria de una de las Inspecciones de Policía Permanentes pertenecientes a la administración municipal.

También se advierte que, desde el año 2003, fecha de vinculación de la accionante hasta el mes de junio de 2009, la jornada laboral de los empleados que laboraban en esas dependencias era mixta por tratarse de inspecciones de policía que prestaban sus servicios 24 horas al día. No se aportó prueba referente a que antes de esa fecha se realizaran jornadas de trabajo mixto en la Inspección de Policía en la que laboraba la actora.

Este hecho se encuentra acreditado con los oficios enviados por la Secretaría de Paz y Convivencia Ciudadana de la Alcaldía Municipal de Yumbo dirigidos a la Inspección de Policía Permanente de Yumbo en los años 2005, 2008, 2009 en los que se les daban instrucciones precisas de adelantar visitas de verificación de sonido y requisitos de funcionamiento a diferentes establecimientos comerciales en horarios nocturnos, dominicales y festivos. Además, con las actas de recepción de denuncias en horas nocturnas por parte de los inspectores de policía y otros funcionarios, entre ellos la señora Liliana Castañeda.

El límite temporal de esta jornada se produjo el 9 de junio de 2009, según aparece en el oficio dirigido a la Inspección de Policía por parte de la Secretaría Gestión Humana y Recursos Físicos de Yumbo, mediante el cual se le informó que a partir de la fecha cumplirían las funciones como inspector enlace del barrio las Américas y tendrían un horario de lunes a jueves de 7:30 a 12:30 y de 2 a 6 pm y los viernes de 7:30 am a 12:30 pm y de 2:00 a 5:00 pm.

En ese mismo sentido, la señora Zeida Lastenia Garzón Larrahondo quien se desempeñó como inspectora de policía en la Inspección Tercera de Policía Permanente de Yumbo, como jefe inmediata de la accionante, relató que a

partir de esa fecha la jornada de trabajo en las inspecciones de policía del municipio fue modificada a diurna.

El municipio de Yumbo realizó una observación frente a estas pruebas que no comparte el Despacho. Señaló que el oficio No 1545-05 de fecha 27 de julio de 2005 (Folio 18) dirigido a los inspectores de policía impartiendo instrucciones sobre su labor, fue recibido en la Inspección de Policía ese mismo día a las 5:45 de la tarde. Pero que ese día, de acuerdo al recuento de turnos desempeñados por la actora en un documento aportado, la accionante no se encontraba laborando.

Este análisis no tiene la virtualidad de desacreditar que la accionante se desempeñaba en una jornada mixta. Ello es así puesto que, el oficio estaba dirigido a la dependencia en que ella laboraba y podía ser recibido por cualquier funcionario. Las directrices dadas en dicha comunicación se dirigían a que se realizara una diligencia de verificación de actividad comercial a un establecimiento de comercio en horas nocturnas, pero sin señalar una fecha exacta para llevarla a cabo.

Los testimonios de los señores Zeida Lastenia Garzón Larrahondo y José Vicente Salazar Guerrero resultaron convincentes y precisos. En primer lugar, porque es clara la fuente por la que conocen la información que relataron, al tratarse de servidores públicos que se desempeñaban en la Inspección de Policía de Yumbo en la que laboraba la señora Liliana Castañeda. En segundo término, los testimonios narraron situaciones que solamente podían ser conocidas por personas vinculadas laboralmente con la entidad, finalmente, al describir el sistema de turnos y las jornadas laborales las declaraciones fueron coincidentes y descriptivas. Por tal motivo, brindan convicción al Despacho acerca del dicho de sus relatos.

En las certificaciones salariales aportadas por el municipio de Yumbo no se observa que a la accionante se le haya realizado el reconocimiento y pago de la labor realizada en horario nocturno o dominical y festivo. La descripción del pago realizada en dichas nóminas corresponde a la de salario básico.

De conformidad con lo establecido en el Decreto 1042 de 1978 las horas extras son aquellas que se desempeñan por fuera de la jornada laboral máxima legal mensual es decir el tiempo que exceden de 190 horas cada mes. Este trabajo suplementario se remunera con un porcentaje del 25% y 75% adicional a la asignación básica mensual, dependiendo del horario diurno o nocturno en que se desempeñen.

Los recargos nocturnos, por su parte, corresponden a la remuneración adicional que se hace a los trabajadores que desempeñan sus funciones de forma habitual o permanente en horario diurnos y nocturnos, siendo este último compensado con un recargo del 35% sobre la asignación mensual.

Las labores que se llevan a cabo en días festivos y dominicales, sea de forma ocasional o permanente, también son remuneradas con un porcentaje adicional.

Como se dijo en líneas anteriores, la actora desempeñaba sus labores en el municipio de Yumbo en el sistema de turnos con una jornada mixta laboral es decir que prestaba sus servicios en horarios diurnos y nocturnos, dominicales y festivos de forma habitual hasta el mes de junio de 2009, fecha en que la jornada laboral de la Inspección de Policía pasó a ser diurna.

Por tal motivo, el trabajo que la accionante realizaba en horas de la noche debía ser compensado con recargo nocturno del 35%, salvo que esté fuera adicional a 190 horas en el mes, en cuyo caso se trataría de horas extras nocturnas que se remunerarían con el 75% adicional. Además, por las labores que prestaba los días dominicales y festivos tenía derecho a ser compensada con el doble del valor de un día de trabajo más el disfrute de un día compensatorio.

De otra parte, el primer requisito establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 modificado por el artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989, para hacerse acreedor del pago de horas extras consiste en que «[...] *el empleado deberá pertenecer al nivel técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19*».

Los empleos públicos se clasifican según la naturaleza de sus funciones y la índole de sus responsabilidades en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, y según el artículo 7 del Decreto 1042 de 1978, el nivel profesional *“agrupa aquellos empleos a los que corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley”*.

De acuerdo a la anterior descripción, el empleo desempeñado por la accionante no correspondía al nivel profesional sino al nivel asistencial o administrativo y su grado era 04. Por tanto, tiene derecho a un eventual reconocimiento de horas extras o trabajo suplementario.

De las pruebas aportadas al plenario se encuentra acreditado que la señora Liliana Castañeda cumplía turnos de 24 horas de labor por 48 horas de descanso, así: (i) Una semana laboraba tres días (3) y descansaba cuatro (4) y; (ii) la otra trabajaba dos (2) y descansaba cinco (5) días.

Días laborados semanalmente	Horas laboradas semanalmente
3	24 horas X 3= 72 horas
2	24 horas X 2= 48 horas

Días laborados al mes: 10
Horas laboradas al mes: 10 x 24= 240 horas

La demandante trabajó 240 horas mensuales, cifra que excede el tope máximo legal de 190 horas mensuales en un monto de 50 horas. Tiempo que corresponde a trabajo extra.

De esas 240 horas mensuales laboradas, 120 horas correspondían al horario nocturno (6:00 pm a 6:00 am) puesto que los turnos se realizaban de 24 horas seguidas.

Las horas nocturnas en jornada mixta se pagan con un recargo del 35% y pueden compensarse con períodos de descanso, de conformidad con el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, por tratarse de personal que trabaja mediante el sistema de turnos.

La jornada laboral desempeñada en la modalidad de un día de trabajo por dos días de descanso se traduce en 10 días laborados cada tercer día, de manera que cada mes, alguno de los turnos se realizaba en día dominical teniendo en cuenta que cada semana tiene un domingo y cada mes tiene 4.33 semanas. Bajo ese cálculo, en promedio, la labor mensual era desempeñada por la accionante así: dos turnos en días dominicales y ocho días de labor entre semana.

Cuando el trabajo se realiza de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, la remuneración equivale al doble del valor de un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.

Entonces, 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, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo, es decir, 200%, si es diurno, y 235%, en caso de ser nocturno, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.

Horas extras:

Al expediente no fueron allegadas: i) la comunicación previa suscrita por el jefe del ente territorial o el funcionario en quien se hubiese delegado dicha atribución autorizando el desempeño de actividades en horas adicionales a las estipuladas en el precepto citado, la ii) la resolución mediante la cual se reconoció el trabajo suplementario realizado por el trabajador con su correspondiente liquidación. Documentos requeridos para su reconocimiento y pago.

Pese a que no se aportaron los documentos exigidos por el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, resulta evidente que en el sistema de turnos establecido para la Inspección de Policía donde laboraba la actora, estaba implícita la autorización para que los funcionarios adscritos a dicha dependencia laboraran horas extras.

De conformidad con el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 el trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria se liquidará con un recargo del 25% sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo. Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria supera 50 horas extras al mes,

el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo

En ese entendido la demandante tiene derecho al reconocimiento de cincuenta (50) horas extras diurnas laboradas en cada mes, liquidadas con un recargo del 25% sobre el valor de la hora según su asignación mensual.

Recargos por trabajo habitual nocturno y en días dominicales y festivos

Se encuentra demostrado que la accionante laboraba cada mes, 120 horas en el horario nocturno (6:00 pm a 6:00 am).

Del mismo modo está acreditado, que bajo el sistema de turnos la actora debía laborar en días dominicales en turnos de 24 horas, dos días al mes. Es decir: 12 horas en dominicales en horarios diurno y 12 horas en horario nocturno cada uno de esos días.

Lo que significa que la actora tiene derecho al reconocimiento de trabajo suplementario en día dominical en horario diurno por 24 horas y por trabajo dominical en horario nocturno por 24 horas, mensuales.

Compensatorios por trabajo en dominicales y festivos

El artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 consagra que los empleados públicos que debido a la naturaleza de su trabajo deben laborar habitual o permanentemente los domingos y festivos tienen derecho, además de la remuneración con recargo, al disfrute de un día compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber laborado el mes completo.

Como se señaló anteriormente, la accionante laboró en forma habitual y permanente en domingos y festivos en razón a la jornada que debía atender en la Inspección Urbana de Policía del municipio de Yumbo.

No obstante, según el sistema de turnos que seguía la accionante, por cada turno de 24 horas laboradas gozaba de un descanso de 48 horas lo cual equivale a dos días de descanso compensatorio.

Ello significa que la accionante disfrutaba de un día de descanso compensatorio (mínimo 24 horas) por su trabajo habitual en domingos y festivos, es decir, el descanso compensatorio se satisfacía con el sistema de turnos aplicado por la administración municipal.

Sobre el particular, el Consejo de Estado sentencia de 2 de abril de 2009¹², señaló:

"Advierte la Sala que el descanso compensatorio surge del trabajo

¹² Sentencia de 2 de abril de 2009. Sección Segunda. Subsección "B". C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05). Actor: JOSE DADNER RANGEL HOYOS Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA.

realizado en días que no son hábiles y como quedó demostrado en el plenario que los actores laboraban 24 horas pero descansaba otras 24, no hay lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio". (Subraya la Sala).

En otra oportunidad dijo la alta corporación¹³:

"La anterior situación, torna improcedente el reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, pues en criterio de la Sala, los mismos fueron disfrutados por el actor en razón a la jornada especial que desempeñó al laborar 24 horas diarias y descansar 24; proceder al reconocimiento de los compensatorios solicitados implicaría otorgar unos descansos adicionales que exceden los autorizados por la ley."

Por lo expuesto, no hay lugar al reconocimiento de descanso compensatorio por trabajo suplementario en dominicales y festivos.

En este punto se recuerda que la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago del trabajo suplementario en los términos precedentemente señalados, desde el año 2003 hasta el 9 de junio de 2009, fecha en que la jornada laboral de la Inspección de Policía Urbana en la que laboraba al servicio del municipio de Yumbo pasó a ser diurna. Adicionalmente deberá tenerse en cuenta la prescripción del derecho que se analizará en los párrafos siguientes.

De conformidad con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, para establecer el valor de la hora, sobre el cual se aplicará el porcentaje que proceda según se trate de recargo nocturno o compensatorio en día dominical o festivo, debe partirse de un promedio de 190 horas y no 240 horas mensuales. De la siguiente manera:

Asignación básica mensual / 190 = valor hora laboral

Sobre el particular, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que la liquidación realizada con una constante de 240 horas, reduciría el valor del recargo¹⁴.

Con respecto al recargo nocturno, la fórmula establecida por esa Sección en la sentencia del 12 de febrero de 2015¹⁵ es la siguiente:

"En ese orden, hay lugar a ordenar el reajuste de los recargos nocturnos laborados por el actor, teniendo en cuenta que se debe emplear para el cálculo de los mismos, el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral en el sector público (190) y no la constante de 240, por lo

¹³ **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 25000-23-25-000-2012-01105-01(0413-19).**

¹⁴ **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00874-01(0305-16).**

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá, D.C. 12 de febrero de 2015. Expediente: 25000-23-25-000-2010-00725-01. Referencia 1046-2013. Actor: Omar Bedoya. Demandado: Distrito de Bogotá (Secretaría de Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.).

tanto, la fórmula correcta que deberá emplear la administración para la liquidación de los recargos nocturnos es la siguiente:

Asignación Básica Mensual * 35% * Número horas laboradas con recargo 190

*De donde el **primer paso** es calcular el valor de la hora ordinaria que resulta de dividir la asignación básica mensual (la asignada para la categoría del empleo) en el número de horas establecidas en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 para el sector oficial (44 horas semanales) que ascienden a 190 horas mensuales.*

*Establecido el factor hora, **el segundo paso** es liquidar las horas laboradas con recargo, para lo cual se multiplica el factor hora por el porcentaje del recargo nocturno establecido en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 en 35%, por el número de horas laboradas entre las 6:00 p.m y las 6:00 am., es decir, el tiempo en jornada ordinaria nocturna sujeta al recargo que se hubieren trabajado al mes”.*

De manera que, el factor hora deberá calcularlo con base en la asignación básica mensual dividida por el número de horas de la jornada ordinaria mensual: 190 horas.

La fórmula correcta que deberá emplear la administración para la liquidación de los recargos nocturnos es la siguiente:

Asignación Básica Mensual x 35% x número horas laboradas con recargo
190

El Consejo de Estado ha explicado que el **primer paso** es calcular el valor de la hora ordinaria que resulta de dividir la asignación básica mensual (la asignada para la categoría del empleo) en el número de horas establecidas en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 para el sector oficial (44 horas semanales) que ascienden a 190 horas mensuales.

Establecido el factor hora, **el segundo paso** es liquidar las horas laboradas con recargo, para lo cual se multiplica el factor hora por el porcentaje del recargo nocturno establecido en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 en 35%, por el número de horas laboradas entre las 6:00 p.m. y las 6:00 am., es decir, el tiempo en jornada ordinaria nocturna sujeta al recargo que se hubieren trabajado al mes.

Respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que la remuneración debe ser 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, lo cual equivale a una sobre remuneración del 200% por recargo en festivo y 235% por recargo en festivo nocturno.

De manera que la entidad territorial deberá aplicar la fórmula anterior, pero reemplazando el porcentaje de 35% por 200% y 235% según el caso.

De otra parte, con sujeción a lo establecido por la jurisprudencia del alto Tribunal, en estos casos procede la reliquidación de las cesantías con fundamento en el contenido del artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, que incluye como factor salarial para su liquidación, los pagos que se hagan por trabajo suplementario (horas extras) y por dominicales y festivos.¹⁶

En consecuencia, el municipio de Yumbo deberá reliquidar el auxilio de cesantías a que tiene derecho la accionante, con la inclusión de los valores salariales que resulten de reajustar el valor de los recargos nocturnos y compensatorios con las indicaciones precedentemente señaladas.

De otra parte, si la demandante se encuentra sometida al régimen anualizado de cesantías y por ello tiene derecho al reconocimiento y pago de intereses a las cesantías en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados públicos por mandato del artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 reglamentario del artículo 13 de la Ley 344 de 1996, tendrá derecho a su reliquidación, en la medida que el porcentaje se aplica directamente sobre el auxilio de cesantías que se ordena reajustar.

Frente al reajuste de otros factores y prestaciones sociales, como la prima de servicios, vacaciones y prima de navidad, habrá de despacharse desfavorablemente la pretensión, dado que los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para su liquidación, según lo previsto en el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978, y artículos 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978.

8.6. Conclusión

De acuerdo a las razones expuestas, el acto administrativo contenido en el oficio No 110-25-12-575 del 25 de julio de 2011, se encuentra viciado de nulidad por no observar la normatividad que regula el reconocimiento y pago de trabajo suplementario, recargos nocturnos y compensatorio por trabajo dominical y festivo prestado por los servidores públicos.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará al municipio de Yumbo que reconozca y pague a la demandante, las horas extras, recargos nocturnos y recargo en días dominicales y festivos a que tiene derecho.

Igualmente se ordenará a la entidad demandada, reconocer y pagar a la accionante, el auxilio de cesantías con la inclusión de los valores salariales que resulten de reajustar el salario con el valor de las horas extras, recargos nocturnos y compensatorios con las indicaciones precedentemente señaladas. Además del reajuste de los intereses a las cesantías, en caso de tener derecho a ello por estar sometida al régimen anualizado de cesantías.

Las sumas que resulten del reajuste ordenado deben realizarse teniendo en

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Bogotá D.C. 1 de julio de 2015. Radicación: 250002325000201100492 01. Número Interno: 1215-2014. Actor: Carlos Eduardo Vela Urrego. Demandado: Distrito Capital (Secretaría de Gobierno, Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.)

cuenta la reducción de los montos que se hayan cancelado por concepto de los elementos que se ordena reliquidar.

8.7. Prescripción

Conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el Decreto 1848 de 1969¹⁷, operó la prescripción del derecho del accionante al pago de los reajustes salariales ordenados, causados con anterioridad al 1 de julio de 2008,¹⁸ por haber transcurrido más de tres (3) años entre la causación del derecho al reajuste salarial ordenado y la presentación de la petición.

En estos términos, el reconocimiento del trabajo suplementario se limita al periodo comprendido entre el 1 de julio de 2008 hasta el 9 de junio de 2009, fecha en que la jornada laboral de la Inspección de Policía Urbana en la que laboraba la actora pasó a ser diurna.

8.8. Actualización de las sumas reconocidas

Al liquidar las sumas dinerarias en favor del actor, los valores serán ajustados teniendo en cuenta el artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde R (renta actual) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de las diferencias adeudadas, hasta el pago efectivo de lo adeudado, por el guarismo que resulta de dividir el Índice Final de Precios al Consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, entre el Índice Inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada diferencia de la mesada salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una de ellas.

9. Costas Procesales

De acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modifica el artículo 171 del C.C.A., y teniendo en cuenta que no se evidencia

¹⁷ El Decreto 3135 de 1968, sobre la prescripción de derechos establece: "Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual." A su turno, el Decreto N° 1848 de 1969, reglamentario del precepto citado señala: "Artículo 102.- Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible." 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

¹⁸ Folio No 04.

temeridad ni mala fe, en la actitud asumida por la parte vencida, el Despacho se abstendrá de condenar en costas.

Conforme con lo expuesto, el Juzgado Veinte Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. - DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio No 110-25-12-575 del 25 de julio de 2011, expedido por el municipio de Yumbo.

SEGUNDO. - A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al municipio de Yumbo, reconocer y pagar a favor de la señora Liliana Castañeda: i) el valor correspondiente a cincuenta horas (50) extras al mes, con recargo del 25%, liquidadas con base en el factor hora que resulte de dividir la asignación básica mensual sobre el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral (190), ii) el valor correspondiente a 120 horas nocturnas mensuales laboradas en jornada mixta con un recargo del 35% con la aplicación del cálculo de 190 horas mensuales, que corresponden a la jornada ordinaria laboral; iii) el valor correspondiente al recargo por trabajo en día dominical en horario diurno (200%) por 24 horas mensuales y por trabajo dominical en horario nocturno (235%) por 24 horas mensuales, sobre el valor de la hora calculada con base en 190 horas mensuales.

El reconocimiento de los recargos por horas extras y trabajo suplementario se limitan al periodo comprendido entre el 1 de julio de 2008 (prescripción) hasta el 9 de junio de 2009, de acuerdo con las consideraciones precedentemente señaladas. Las sumas que resulten del pago ordenado deben liquidarse teniendo en cuenta la reducción del descuento de los montos que se hayan cancelado a la demandante por concepto de los elementos que se ordena reconocer y pagar.

TERCERO.- ORDENAR al municipio de Yumbo: i) reajustar a favor de la señora Liliana Castañeda, el auxilio de cesantías a que tiene derecho, con la inclusión de los montos que resulten de reliquidar el salario del actor, con el valor de los recargos nocturnos y compensatorios según las indicaciones precedentemente señaladas; ii) reajustar y pagar el monto de los intereses a las cesantías, en caso de tener derecho a ello, si está sometida al régimen anualizado de cesantías.

CUARTO. - Para el pago de las sumas ordenadas en la presente sentencia, la entidad demandada deberá actualizarla, conforme al artículo 178 del C.C.A., utilizando para ello, la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. - Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. - Declarar que operó la prescripción del derecho de la accionante al pago de los reajustes salariales y demás acreencias ordenadas, causados con anterioridad al 1 de julio de 2008.

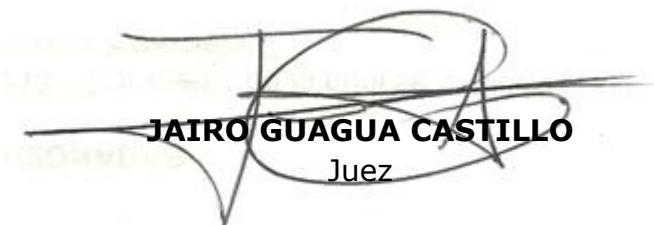
SÉPTIMO. - La entidad accionada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

OCTAVO. - **SIN CONDENA EN COSTAS**, por las razones precedentemente explicadas.

NOVENO. - La Secretaría devolverá al interesado los remanentes de los gastos ordinarios del proceso si los hubiere, dejándose constancia de dicha entrega.

DÉCIMO. - En firme la presente providencia, **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JAIRO GUAGUA CASTILLO
Juez