**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Noción y requisitos de procedencia.**

Procederá la Sala, a partir de los presupuestos fácticos obrantes en el plenario a establecer si en el sub examine, tal y como lo considera el apelante, hay lugar a la inaplicación del artículo 8 del decreto 1302 de 1978, por ser inconstitucional, y si en consecuencia hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, reconociendo al actor, además de la asignación básica y el sobresueldo, las horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos, dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 34 a 37 y 39 del Decreto 1042 de 1978, atendiendo a que como miembro del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria cumple disponibilidad permanente, sin que le sea reconocido tiempo mínimo de descanso. (…). La Sala estudiará el argumento de apelación relacionado con la inaplicación del artículo 8 del decreto 1302 de 1978, por ser inconstitucional, como quiera que a juicio del actor dicha norma desconoce los derechos mínimos de los trabajadores para recibir remuneración acorde con su actividad (sic). Previo a abordar el estudio en mención, es pertinente señalar que el artículo 4º de la Carta Política consagra la excepción de inconstitucionalidad al establecer que “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Esta facultad permite que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, y puede hacerse efectiva por parte de la autoridad que resuelve un caso o situación concreta o subjetiva, de manera que sus efectos, por consiguiente, son subjetivos o interpartes. La Corte Constitucional en la sentencia SU-132 de 2013 adujo que, “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”. A su vez, el Consejo de Estado al referirse a la procedencia de la figura de la excepción de inconstitucionalidad ha señalado que “para hacer uso de este medio excepcional es necesario que la contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea”

**SALARIO – Noción.**

Entonces, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, constituye salario todo lo que percibe el servidor público como retribución por sus servicios de manera habitual, periódica, sea cualquiera la denominación que se le dé; es decir, el salario es la consecuencia directa del derecho fundamental al trabajo y principio mínimo fundamental de ese derecho, al tenor del artículo 53 de la Carta, que consagra como tal, entre otros, la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo; adicionalmente, ha precisado el Órgano de Cierre, que el concepto de salario ha sido definido en la ley laboral colombiana, tradicionalmente como la retribución por el servicio prestado. Por ello, todo pago recibido del empleador que además de tener un propósito retributivo constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual, tiene naturaleza salarial.

**SOBRESUELDO DE LOS MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC - Constituye factor salarial y cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que se presten, por razón de trabajo o de disponibilidad.**

A partir de lo anterior, tenemos que en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 5ª de 1978, el Gobierno Nacional expidió el Decreto ley 1302 del mismo año, el cual en su artículo 1º estableció que los Mayores, Capitanes, Tenientes, Sargentos, Cabos y Guardianes de los establecimientos carcelarios y penitenciarios dependientes del Ministerio de Justicia, así como los Directores y Subdirectores de esos establecimientos debían laborar o estar disponibles durante todo el tiempo que lo requieran las necesidades propias del servicio, y como retribución a la disponibilidad se instituyó una contraprestación mensual fija, la cual denominó sobresueldo – artículo 2º. Por su parte el artículo 3º previó que dicho sobresueldo constituye factor salarial y cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que se presten, por razón de trabajo o de disponibilidad, por los siguientes conceptos: jornada ordinaria nocturna, horas extras diurnas o nocturnas, trabajo ordinario u ocasional diurno o nocturno en días dominicales o festivo. Por su parte el artículo 6º fijó las cuantías del valor mensual del sobresueldo atendiendo la denominación, el código y el grado de remuneración del cargo. Y finalmente el artículo 8º, norma que el apelante solicita sea inaplicada por inconstitucional, señaló de manera expresa que: “Al personal a que se refiere el artículo 1o. de este Decreto no le son aplicables las reglas que sobre jornada de trabajo establecen los artículos 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40 del Decreto-ley 1042 de 1978”. Por su parte el Decreto ley 1042 de 1978 en el literal h) del artículo 104, también dispuso que las normas del presente decreto no se aplicarán (…) h) Al personal carcelario y penitenciario de que trata el Decreto 27 de 1989. Entonces, considera la Sala que contrario a lo considerado por el apelante, la figura de la excepción de inconstitucionalidad no resulta procedente en el caso bajo estudio, como quiera que de la lectura realizada al artículo 8º del Decreto Ley 1302 de 1978, no se evidencia de manera palmaria la incompatibilidad con los postulados constitucionales, en tanto que dicha norma tan solo pretende exceptuar la aplicación del Decreto ley 1042 de 1978, norma que, entre otros asuntos, regula el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos en general, como quiera que el personal carcelario y penitenciario goza de un régimen especial. Al respecto tenemos que la Ley 32 de 1986, mediante la cual se expidió el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y vigilancia, en su artículo 84 estatuyó para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional que debían *laborar y estar disponibles durante todo el tiempo que lo requieran las necesidades del servicio*, reconociéndoles una asignación mensual fija denominada sobresueldo, la que constituye factor salarial, y se pagaría de conformidad con lo establecido en los decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984. Por su parte el Decreto 407 de 1994 en su artículo 185 dispuso que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria tienen derecho como prestación social, entre otras, al pago del sobresueldo establecido en los Decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984 (sic).

**MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC - Como gozan de un régimen salarial y prestacional especial, no hay lugar a dar aplicación a las normas contenidas en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978 / MIEMBROS DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA DEL INPEC - No tienen derecho al pago de trabajo suplementario.**

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de reconocimiento y pago de las horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos, además de lo reconocido por concepto de asignación básica y sobresueldo dirá la Sala que, el Constituyente, con el fin de asegurar la especial protección al trabajo y su ejercicio en condiciones dignas y justas, previó, en favor de los trabajadores varios derechos y sus correspondientes garantías. También consagró algunos principios mínimos fundamentales, entre ellos, el de la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, y el relativo al descanso necesario (arts. 25 y 53 de la C.P.). A su vez el legislador, en desarrollo de sus competencias, estableció una jornada máxima de trabajo y autorizó el trabajo suplementario remunerado. Por ello cuando, por razones especiales del servicio, es necesario trabajar en días y horas que no hacen parte de la jornada ordinaria, procede el reconocimiento de las horas extras o del descanso compensatorio - en la forma que más adelante se precisará - y, al efecto, la ley otorga tratamiento diferente al trabajo en los días de descanso dominical y festivo, según se trate de situaciones habituales o excepcionales; así como al trabajo extra en la jornada diurna o nocturna, y al trabajo permanente nocturno No obstante, al reconocer que el personal carcelario y penitenciario goza de un régimen salarial y prestacional especial, contrario a lo considerado por el apelante, no hay lugar a dar aplicación a las normas contenidas en los artículos 33 y siguientes del decreto 1042 de 1978, y por tanto, se le halla la razón al juez de instancia quien negó las pretensiones de la demanda, como quiera que, en virtud del artículo 84 de la Ley 32 de 1986, los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC deben laborar y estar disponibles durante todo el tiempo que lo requieran las necesidades del servicio, para lo cual se les reconoce además de la asignación fija mensual un sobresueldo, el constituye factor salarial, y se paga conforme lo establecen los decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984. Lo cierto es que en el presente asunto, quedo probado que al actor JAIME ALEXANDER BAUTISTA ARIAS, quien se desempeña en el cargo de dragoneante, código 4114, grado 11 del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Combita, mes a mes le reconocen y pagan, entre otras acreencias, el sueldo básico y el sobresueldo, el que conforme al artículo 3º del decreto 1302 de 1978 cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que hayan de prestarse por razón de trabajo o de disponibilidad, y por tanto, se reitera que, contrario a lo considerado por el apelante no hay lugar a reconocer el tiempo de trabajo suplementario pretendido, por concepto de horas extras, recargos nocturnos, y los dominicales y festivos, aunado a que tal y como se demostró en el plenario, desde el año 2013 el hoy actor ha laborado cumpliendo un horario de lunes a viernes de 7 de la mañana a 5 de la tarde y de apoyo un día, un fin de semana cada quince días (sic).

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada solo para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la original. Para validar la integridad de la providencia los interesados pueden consultarla y descargarla a través de la plataforma SAMAI siguiendo este link:

|  |
| --- |
| <https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333010201500127021500123> |



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**

**SALA DE DECISION No. 6**

**MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

Tunja, 22 de septiembre de 2022

|  |  |
| --- | --- |
| **MEDIO DE CONTROL:** | **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** |
| **DEMANDANTE:** | **JAIME ALEXANDER BAUTISTA ARIAS**  |
| **DEMANDADO:** | **INPEC** |
| **RADICACIÓN No:** | **150013333010 201500127 02**  |

**Link expediente:**

<https://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=150013333010201500127021500123>

1. **ASUNTO A RESOLVER**

1. Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el fallo proferido el 16 de enero de 2020 por el JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, en el que se negaron las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**

***2.1.- LA DEMANDA:*** 2. Actuando mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor JAIME ALEXANDER BAUTISTA ARIAS, solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación 8100-DINPE-SUTAH-9131 de mayo 27 de 2014, suscrito por el Director General, el Subdirector de Talento Humano y la Jefe Oficina Asesora Jurídica Control de Legalidad del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC, mediante el cual se negaron las peticiones contenidas en el escrito de agotamiento de la vía Gubernativa radicado el 2 de mayo de 2014, así como la inaplicación del artículo 8 del decreto 1032 de 1978.

3. Como consecuencia de lo anterior, solicita (i) se declare que como integrante del Cuerpo de Custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional además de su trabajo presencial está sometido a disponibilidad permanente; (ii) que tiene derecho a percibir además del sueldo básico y el “sobresueldo” que devenga por disponibilidad permanente, salarios por el tiempo trabajado suplementario, diurno o nocturno (horas extras), que supere las 44 horas semanales establecidas en el artículo 33 del decreto ley 1042 de 1978 al igual que el trabajo realizado en jornadas nocturnas o en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), conforme a lo previsto en el Decreto ley 1042 de 1978, incluidos los descansos compensatorios; (iii) que se reliquiden a su favor todas las prestaciones sociales y los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y los demás derechos prestacionales y económicos que le corresponden como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional teniendo como base los salarios percibidos por los conceptos relacionados anteriormente. Así mismo, solicita se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de las siguientes obligaciones a su favor: (i) salario a que tiene derecho por haber trabajado tiempo extraordinario por fuera de la jornada máxima legal, en jornadas nocturnas y en días dominicales y festivos; (ii) horas extras diurnas y nocturnas y actualización conforme al IPC y pago de intereses moratorios de lo reconocido.

4. Como fundamento de sus pretensiones, adujo que se vinculó al INPEC con nombramiento que se le hiciere mediante Resolución No. 5606 del 28 de diciembre de 1999, ostentando en la actualidad el cargo de dragoneante, código 4114, grado 11, devengando sueldo y sobresueldo. Refiere que es integrante del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, y por tanto, al ser guardián del establecimiento penitenciario le impone el deber de mantener permanente disponibilidad para suplir necesidades del servicio, y en virtud de este el Decreto 1302 de 1978 creó una contraprestación denominada “sobresueldo”. Informó que el actor además de la disponibilidad que debe ofrecer labora presencialmente según los turnos establecidos en el día, en la noche, dominicales y festivos, en tiempo extra que superan las 44 horas de trabajo semanales, tiempo suplementario que no es remunerado por el INPEC.

5. Refiere que de forma equivocada el INPEC ha considerado que el sobresueldo que por ley remunera la disponibilidad a que está sometido el actor, remunera también el tiempo que labora presencialmente según los turnos que se programa en el día, en la noche, en dominicales y festivos, y por tanto, considera que la permanente disponibilidad aunque es jornada laboral no puede confundirse con el tiempo presencial que efectivamente labora en jornada nocturna, o de descanso obligatorio, o por encima de la jornada máxima semanal (sic) (fl. 4-27).

***2.2.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA:*** 6. Se trata de la sentencia proferida el 16 de enero de 2020 por el JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

7. Como fundamento de dicha determinación, el Juez *A quo*, luego de realizar un análisis normativo relativo al personal del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, así como de la clasificación y remuneración de aquellos empleos que tienen disponibilidad permanente por necesidades del servicio, estableciéndose a su favor una contraprestación mensual fija denominada sobresueldo, el cual conforme a la norma constituye factor salarial, y cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que deban prestarse por razón del trabajo o disponibilidad en jornada nocturna, horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos.

8. Señaló el *a quo* que en el presente asunto no es procedente la aplicación del Decreto 1042 de 1978, el cual de forma expresa excluye de su margen de aplicación al personal carcelario y penitenciario, en razón a la labor que desempeñan y la naturaleza del servicio que prestan, y que se regulan por las previsiones del Decreto 1302 de 1978.

9. Refiere entonces que de conformidad con el Decreto 1302 de 1978 el sobresueldo reconocido al personal de custodia y vigilancia del INPEC, que constituye factor salarial, precisamente retribuye los conceptos pretendidos por el actor, el cual le ha sido pagado mes a mes.

10. En relación con la solicitud relacionada con la inaplicación por excepción de inconstitucionalidad del artículo 8 del Decreto 1302 de 1978, adujo que no resultaba procedente, como quiera que al actor no le eran aplicables los artículos 33 y siguientes del Decreto Ley 1042 de 1978, que regulan la jornada de trabajo.

11. Afirmó el *a quo* que la contradicción aludida por el demandante entre el artículo 8 del Decreto 1302 de 1978 y el artículo 53 constitucional, según el cual debe garantizarse el descanso necesario a los trabajadores, no estuvo suficientemente sustentada, aunado a que conforme a las pruebas allegadas al 12. Plenario, desde el 2013 al demandante no se le extiende a 24 horas continuas, pues presta sus servicios de lunes a viernes de 7 a.m. a 5 p.m., con disponibilidad cada 15 días, periodo en el cual además le fueron concedidos permisos sindicales por un largo periodo, así como periodos en los que no laboró por más de 7 meses, y aun así le fue pagada la remuneración y el sobresueldo (sic).

13. Reiteró que conforme al decreto 1302 de 1978 el sobresueldo es una contraprestación fija mensual que cubre la totalidad de la remuneración, considerando entonces que no hay desconocimiento del artículo 53 constitucional, pues el decreto en mención no impone horarios en dominical y festivo de forma obligatoria, sino que crea un emolumento adicional para los eventos en que por necesidad del servicio se requiera la permanencia y continuidad, y por tanto se reconoce una remuneración adicional al cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, aun cuando no se trabaje (fl. 385-392).

***2.3.- EL RECURSO DE APELACIÓN:*** 14.Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la parte demandante la impugnó oportunamente solicitando se revoque y que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, reconociendo y pagando las horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos, dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 34 a 37 y 39 del Decreto 1042 de 1978, como consecuencia de la labor desempeñada por el actor en el INPEC.

15. Como motivos de inconformidad adujo que en el fallo se omitió efectuar el análisis de la excepción de inconstitucionalidad – art. 4 C.P., a fin de inaplicar el artículo 8 del decreto 1302 de 1978, como quiera que dicha norma afecta los derechos mínimos de los trabajadores para recibir remuneración acorde con su actividad (sic).

16. Adujo que la sentencia no hizo análisis de la actividad desarrollada por el actor, quién al ser integrante del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria, además de cumplir la jornada de trabajo presencial, cumple disponibilidad permanente, omitiéndose el tiempo mínimo de descanso, implicando que cuando no está laborando debe estar alerta al llamado de su empleador, renunciando a su vida familiar y personal, por lo que considera que el actor tiene derecho a que se le reconozca además del sueldo básico y el sobresueldo por la disponibilidad, los salarios cuando se activa la disponibilidad por el tiempo de trabajo suplementario, diurno, nocturno, horas extras, que supere las 44 horas semanales, dominicales y festivos, conforme a los artículos 33 y siguientes del decreto 1042 de 1978.

17. Adujo que existía una inadecuada interpretación frente a la disponibilidad permanente y el trabajo presencial en relación con el sobresueldo y los servicios que este remunera, considerando que el artículo 3º del decreto 1302 de 1978 debía aplicarse de forma favorable a los intereses del demandante, esto es, considerando que el sobresueldo solo paga la disponibilidad permanente, pero no el trabajo presencial que supera el límite máximo de las 44 horas semanales.

18. Considera además que el actor tiene derecho a que se le reliquiden las demás acreencias laborales, atendiendo el valor adeudado por la labor adicional efectuada en dominicales, festivos, diurnos y nocturno, y reconocimiento en tiempo de descanso compensatorio (sic).

19. Adujo que, si bien el decreto 1032 de 1978 estableció una contraprestación especial, también fijo un límite máximo de trabajo extra para el funcionario que tienen disponibilidad permanente, de 44 horas semanales, señalando que el actor laboraba presencialmente en el día, en la noche, dominicales y festivos, tiempo que supera las 44 horas.

20. Adujo que la actividad de los directivos sindicales es una extensión de la actividad laboral y por tanto hace parte de la jornada de trabajo, y por tanto no podía tergiversarse el permiso sindical como si se tratara de un tiempo de descanso, como quiera que los mismos constituyen una garantía al derecho de asociación sindical (sic). (fl. 394-399).

***2.4. DEL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:*** 21. Una vez concedido en la primera instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, esta Corporación dispuso su admisión, y ordenó notificar personalmente dicha decisión al Agente del Ministerio Público (documento 8 del expediente digital cargado en SAMAI, en adelante ED-SAMAI); seguidamente, se ordenó la presentación de alegatos de conclusión por escrito, dentro de los diez días siguientes a la notificación de esa providencia (documento 10 ED-SAMAI), término dentro del cual los apoderados judiciales de las partes presentaron alegaciones.

***2.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:*** 22.El **apoderado judicial del demandante** reiteró la solicitud de revocatoria de la sentencia y que en su lugar se acceda a las pretensiones, afirmando que lo que se reclama es el reconocimiento de una remuneración por una actividad adicional desarrollada por el trabajador sin que se le realice un pago complementario. Adujo que la palabra sobresueldo contenida en el Decreto Ley 1302 de 1978 no implica el pago del trabajo suplementario realizado en dominicales y festivos, y las horas extras diurnas y nocturnas laboradas, y por tanto excluye la aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978 que consagra ese derecho para todos los servidores públicos. Explicó que el sobresueldo solo paga la disponibilidad de los empleados para trabajar cuando se les requiera, y adujo que de conformidad con el decreto 1042 de 1978 la jornada ordinaria es de 44 horas semanales, y en caso de que se labore más debe reconocerse el trabajo suplementario. (Documento 13 ED-SAMAI).

23. Por su parte el **apoderado judicial de la entidad accionada** alegó de conclusión solicitando la confirmación de la sentencia de primer grado, afirmando que los empleados públicos del INPEC, entre ellos el personal del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria, gozan de un régimen salarial y prestacional especial, y que es el Gobierno Nacional el que anualmente fija el sobresueldo, establecido en el decreto 1302 de 1978 y decreto 447 de 1984, para cubrir lo correspondiente a la jornada nocturna, horas extras y el trabajo en dominical y festivo, atendiendo la disponibilidad que deben garantizar los miembros del cuerpo de custodia por necesidad del servicio. Por tanto, afirmó que al personal del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC no les es aplicable las normas de carácter general en cuanto a la jornada de trabajo y remuneración, contenido en el Decreto 1042 de 1978, pues justamente dada la disponibilidad a la que están sujetos se les remunera con el sobresueldo pagado mensualmente, que cubre el trabajo suplementario, la jornada nocturna y la labor en dominicales y festivos; e indico que de hacerse como lo pretende la actora, implicaría una doble remuneración por un emolumento que está cubierto por el sobresueldo (sic). Por lo expuesto concluyó que el acto administrativo demandado No. 8100-DINPE-SUTAH-9131 del 28 de mayo de 2014 goza de presunción de legalidad, no estando viciado de nulidad. (Documento 15 expediente digital).

1. **C O N S I D E R A C I O N E S**

***3.1. COMPETENCIA:***

24. Esta Corporación es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, disposición que prevé que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

25. Así mismo, de conformidad con el artículo 328 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A., señala la Sala que la competencia de esta Corporación en segunda instancia se restringe a lo relacionado con los argumentos expuestos por el apelante.

***3.2. PROBLEMA JURÍDICO:***

26. De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, le corresponde a la Sala determinar si hay lugar a inaplicar el artículo 8 del decreto 1302 de 1978 por inconstitucional, al presuntamente desconocer los derechos mínimos del actor JAIME ALEXANDER BAUTISTA ARIAS, en su calidad de trabajador, y en consecuencia, establecer si hay lugar a reconocerle y ordenar el pago del tiempo de trabajo suplementario, es decir, las horas extras, los recargos nocturnos, y los dominicales y festivos, es decir, por fuera de la jornada máxima legal, a pesar de que en virtud del Decreto 1302 de 1978 se le paga el sobresueldo.

***3.3. CASO CONCRETO:***

27. Procederá la Sala, a partir de los presupuestos fácticos obrantes en el plenario a establecer si en el *sub examine,* tal y como lo considera el apelante, hay lugar a la inaplicación del artículo 8 del decreto 1302 de 1978, por ser inconstitucional, y si en consecuencia hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, reconociendo al actor, además de la asignación básica y el sobresueldo, las horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos, dando aplicación a lo dispuesto en los artículos 34 a 37 y 39 del Decreto 1042 de 1978, atendiendo a que como miembro del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria cumple disponibilidad permanente, sin que le sea reconocido tiempo mínimo de descanso.

28. Se encuentra probado en el proceso que el actor JAIME ALEXANDER BUATISTA ARIAS, mediante Resolución No. 5606 del 28 de diciembre de 1999, fue nombrado en periodo de prueba en el cargo de dragoneante, código 5260, grado 09, de la Planta Global del INPEC (fl. 48-51), tomando posesión del mismo el 1º de enero de 2000, tal y como se evidencia en el acta No. 0454, en la que puede evidenciarse que en dicho cargo devenga además de la asignación mensual, un sobresueldo (fl. 52).

29. Igualmente, se allegó como prueba copia de la petición elevada por el actor ante el Director General del INPEC, pretendiendo el reconocimiento del derecho del actor a percibir, además del sueldo básico y el sobresueldo por la disponibilidad permanente, los salarios por el tiempo de trabajo suplementario, diurno o nocturno (horas extras), que supere las 44 horas semanales establecidas en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 al igual que el trabajo realizado en jornadas nocturnas o en días de descanso obligatorio (domingos y festivos) (sic) (fl. 62-74).

30. En respuesta a la anterior petición, el Director General del INPEC expidió el acto administrativo demandado No. 8100-DINPE-SUTAH-9131 del 28 de mayo de 2014, en el que se afirmó que el actor JAIME ALEXANDER BUATISTA VARGAS se encuentra vinculado al INPEC, en el cargo de Dragoneante Código 4114 Grado 11, adscrito al EPAMS CAS de Combita Boyacá, y por tanto, dada su condición de dragoneante pertenece al cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria, servicio éste que debe prestarse de forma permanente, razón por la cual debe laborar y estar disponible durante todo el tiempo que lo requieran las necesidades propias del servicio, y en contraprestación a ello tiene derecho al pago de una asignación mensual fija denominada sobresueldo, conforme lo establece el Decreto 1302 de 1978 (sic), el cual constituye factor de salario y cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que hayan de prestarse, por razón de trabajo o de disponibilidad, por concepto de jornada ordinaria nocturna, horas extras diurnas y nocturnas, trabajo ordinario y ocasional diurno y/o nocturno en días dominicales o festivos, y por tanto, consideró que no era viable reconocer además del sueldo básico y del sobresueldo los otros valores pretendidos pues implicaría un doble pago por tales conceptos (sic). Así mismo adujo que, al tener regulación especial contenida en el Decreto 1302 de 1978 no era procedente aplicar el contenido del Decreto 1042 de 1978 (sic). (fl. 75-78).

31. Posteriormente, se allegó certificación expedida por el área de talento humano del INPEC el 10 de julio de 2017, en la que se señaló que el actor JAIME ALEXANDER BAUTISTA ARIAS, desempeña el empleo de dragoneante, código 4114, grado 11 del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Combita (fl. 201-203).

32. Con certificación expedida por el grupo de nómina del INPEC, fechada el 10 de julio de 2017, se informó que entre otras acreencias, el actor devenga mensualmente sueldo básico y sobresueldo, éste último siendo una contraprestación a la disponibilidad durante todo el tiempo que las necesidades propias del servicio lo requieran, el cual conforme al artículo 3º del decreto 1302 de 1978 *cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que hayan de prestarse por razón de trabajo o de disponibilidad* (sic). (fl. 204-205).

33. Se allegó como pruebas algunos comprobantes de nómina del actor de los meses de enero de 2010 a enero de 2018, en los cuales se evidencia que el actor mensualmente recibe, entre otras acreencias laborales, asignación básica y sobresueldo (fl. 263-359).

34. Se allegó como prueba oficio No. 150-6EPAMSCASCO-CVIG-239 del 9 de abril de 2018, mediante el cual el Director del EPAMSCAS de Combita informó, entre otras cosas, lo siguiente:

 35. “(…)

* Con base en el asunto de la radicación me permito anexar copia de las minutas de servicios donde aparece registrado el servicio nombrado al señor DG. JAIME ALEXANDER BAUTISTA ARIAS, quien desde el año 2011 a 2012 de acuerdo a la minuta de servicios se encontraba asignado, cumpliendo horarios de 24 horas de turno por 24 horas de descanso. Ingresando a las 07:00 am y saliendo 07:00 am del siguiente día siempre y cuando no se presenten novedades que requieran disponibilidad.
* Desde el año 2013 y hasta la fecha ha pertenecido a la compañía Caldas cumpliendo horarios de lunes a viernes de las 07:00 am a las 05:00 pm y de apoyo un día, un fin de semana cada quince días, con disponibilidad continua.

(…)”. (fl. 363-368).

36. La Sala estudiará el argumento de apelación relacionado con la inaplicación del artículo 8 del decreto 1302 de 1978, por ser inconstitucional, como quiera que a juicio del actor dicha norma desconoce los derechos mínimos de los trabajadores para recibir remuneración acorde con su actividad (sic).

37. Previo a abordar el estudio en mención, es pertinente señalar que el artículo 4º de la Carta Política consagra la excepción de inconstitucionalidad al establecer que “*la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”. Esta facultad permite que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, y puede hacerse efectiva por parte de la autoridad que resuelve un caso o situación concreta o subjetiva, de manera que sus efectos, por consiguiente, son subjetivos o interpartes.

38. La Corte Constitucional en la sentencia SU-132 de 2013 adujo que, “*la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”*.

39. A su vez, el Consejo de Estado al referirse a la procedencia de la figura de la excepción de inconstitucionalidad ha señalado que “***para hacer uso de este medio excepcional es necesario que la contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea[[1]](#footnote-1)***” (negrilla fuera de texto).

40. Entonces, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, constituye salario todo lo que percibe el servidor público como retribución por sus servicios de manera habitual, periódica, sea cualquiera la denominación que se le dé; es decir, el salario es la consecuencia directa del derecho fundamental al trabajo y principio mínimo fundamental de ese derecho, al tenor del artículo 53 de la Carta, que consagra como tal, entre otros, la *remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo*[[2]](#footnote-2); adicionalmente, ha precisado el Órgano de Cierre, que el concepto de salario ha sido definido en la ley laboral colombiana, tradicionalmente como la retribución por el servicio prestado. Por ello, todo pago recibido del empleador que además de tener un propósito retributivo constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual, tiene naturaleza salarial[[3]](#footnote-3).

41. A partir de lo anterior, tenemos que en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 5ª de 1978, el Gobierno Nacional expidió el Decreto ley 1302 del mismo año, el cual en su artículo 1º estableció que los Mayores, Capitanes, Tenientes, Sargentos, Cabos y Guardianes de los establecimientos carcelarios y penitenciarios dependientes del Ministerio de Justicia, así como los Directores y Subdirectores de esos establecimientos debían *laborar o estar disponibles durante todo el tiempo que lo requieran las necesidades propias del servicio*, y como retribución a la disponibilidad se instituyó una contraprestación mensual fija, la cual denominó sobresueldo – artículo 2º.

42. Por su parte el artículo 3º previó que dicho **sobresueldo constituye factor salarial y cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que se presten, por razón *de trabajo o de disponibilidad***, por los siguientes conceptos: jornada ordinaria nocturna, horas extras diurnas o nocturnas, trabajo ordinario u ocasional diurno o nocturno en días dominicales o festivo.

43. Por su parte el artículo 6º fijó las cuantías del valor mensual del sobresueldo atendiendo la denominación, el código y el grado de remuneración del cargo.

44. Y finalmente el artículo 8º, norma que el apelante solicita sea inaplicada por inconstitucional, señaló de manera expresa que:

45. “Al personal a que se refiere el artículo 1o. de este Decreto no le son aplicables las reglas que sobre jornada de trabajo establecen los artículos 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40 del Decreto-ley 1042 de 1978”.

46. Por su parte el Decreto ley 1042 de 1978[[4]](#footnote-4) en el literal h) del artículo 104, también dispuso que *las normas del presente decreto no se aplicarán (…) h) Al personal carcelario y penitenciario de que trata el Decreto 27 de 1989[[5]](#footnote-5)*.

47. Entonces, considera la Sala que contrario a lo considerado por el apelante, la figura de la excepción de inconstitucionalidad no resulta procedente en el caso bajo estudio, como quiera que de la lectura realizada al **artículo 8º del Decreto Ley 1302 de 1978**, no se evidencia de manera palmaria la incompatibilidad con los postulados constitucionales, en tanto que dicha norma tan solo pretende exceptuar la aplicación del Decreto ley 1042 de 1978, norma que, entre otros asuntos, regula el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos en general, como quiera que el personal carcelario y penitenciario goza de un régimen especial.

48. Al respecto tenemos que la Ley 32 de 1986, mediante la cual se expidió el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y vigilancia, en su artículo 84 estatuyó para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional que debían *laborar y estar disponibles durante todo el tiempo que lo requieran las necesidades del servicio*, reconociéndoles una asignación mensual fija denominada sobresueldo, la que constituye factor salarial, y se pagaría de conformidad con lo establecido en los decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984[[6]](#footnote-6).

49. Por su parte el Decreto 407 de 1994[[7]](#footnote-7) en su artículo 185 dispuso que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria tienen derecho como prestación social, entre otras, al pago del sobresueldo establecido en los Decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984 (sic).

50. Ahora bien, en cuanto a la solicitud de reconocimiento y pago de las horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos, además de lo reconocido por concepto de asignación básica y sobresueldo dirá la Sala que, el Constituyente, con el fin de asegurar la especial protección al trabajo y su ejercicio en condiciones dignas y justas, previó, en favor de los trabajadores varios derechos y sus correspondientes garantías. También consagró algunos principios mínimos fundamentales, entre ellos, el de la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, y el relativo al descanso necesario (arts. 25 y 53 de la C.P.). A su vez el legislador, en desarrollo de sus competencias, estableció una jornada máxima de trabajo y autorizó el trabajo suplementario remunerado[[8]](#footnote-8).

51. Por ello cuando, por razones especiales del servicio, es necesario trabajar en días y horas que no hacen parte de la jornada ordinaria, procede el reconocimiento de las horas extras o del descanso compensatorio - en la forma que más adelante se precisará - y, al efecto, la ley otorga tratamiento diferente al trabajo en los días de descanso dominical y festivo, según se trate de situaciones habituales o excepcionales; así como al trabajo extra en la jornada diurna o nocturna, y al trabajo permanente nocturno

52. No obstante, al reconocer que el personal carcelario y penitenciario goza de un régimen salarial y prestacional especial, contrario a lo considerado por el apelante, no hay lugar a dar aplicación a las normas contenidas en los artículos 33 y siguientes del decreto 1042 de 1978, y por tanto, se le halla la razón al juez de instancia quien negó las pretensiones de la demanda, como quiera que, en virtud del artículo 84 de la Ley 32 de 1986, los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC deben **laborar y estar disponibles durante todo el tiempo que lo requieran las necesidades del servicio, para lo cual se les reconoce además de la asignación fija mensual un sobresueldo, el constituye factor salarial, y se paga conforme lo establecen los decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984.**

53. Lo cierto es que en el presente asunto, quedo probado que al actor JAIME ALEXANDER BAUTISTA ARIAS, quien se desempeña en el cargo de dragoneante, código 4114, grado 11 del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Combita, mes a mes le reconocen y pagan, entre otras acreencias, el sueldo básico y el **sobresueldo, el que conforme al artículo 3º del decreto 1302 de 1978 cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que hayan de prestarse por razón de trabajo o de disponibilidad**, y por tanto, se reitera que, contrario a lo considerado por el apelante no hay lugar a reconocer el tiempo de trabajo suplementario pretendido, por concepto de horas extras, recargos nocturnos, y los dominicales y festivos, aunado a que tal y como se demostró en el plenario, desde el año 2013 el hoy actor ha laborado cumpliendo un horario de lunes a viernes de 7 de la mañana a 5 de la tarde y de apoyo un día, un fin de semana cada quince días (sic).

54. En conclusión, al no prosperar los argumentos formulados en el recurso de apelación, la Sala confirmará el fallo de primera instancia en el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**- Condena en costas:**

55. Por último, la Sala Considera que no es procedente en este caso condenar en costas a la parte vencida, por cuanto no se evidencia que la demanda haya sido presentada con manifiesta carencia de fundamento legal, conforme lo establece el artículo 188 del CPACA adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021.

**IV. DECISION**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de enero de 2020 por el JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA A, en el que se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:**Sin condena en costas, por las razones antes expuestas.

**TERRCERO:** Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**Los Magistrados**

 **FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

**Ponente**

**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**

***Ausente con permiso***

**FABIO IVAN AFANADOR GARCÍA**

Hoja de firmas

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: JAIME ALEXANDER BAUTISTA ARIAS

DEMANDADO: INPEC

RADICACIÓN No.: 150013333010 201500127 02

1. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de noviembre de 2010, Consejera ponente María Elizabeth García González, Radicado No. 66001-23-31-000-2007-00070-01. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado, Sala de Consulta, Consulta No. 1760 del 10 de agosto de 2006. MP. Luis Fernando Álvarez Jaramillo [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, Sentencia de 15 de marzo de 2004, expediente No. 88001-23-31-000-2001-4932-01 (1665-03), C.P. Ana Margarita Olaya Forero. [↑](#footnote-ref-3)
4. “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” [↑](#footnote-ref-4)
5. Por el cual se fija la remuneración para los empleos del Personal Carcelario y Penitenciario, y se dictan otras disposiciones en materia salarial [↑](#footnote-ref-5)
6. Por el cual se fija la remuneración para los empleos del personal carcelario y penitenciario y se dictan otras disposiciones [↑](#footnote-ref-6)
7. Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [↑](#footnote-ref-7)
8. Concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, del 9 de marzo de 2000, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, radicación No. 1254 [↑](#footnote-ref-8)