



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico**

**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO
SECCIÓN "C"**

Barranquilla DEIP, Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Radicado	08-001-33-33-006-2016-00245-01 DTO 01 DE 1984
Medio de control o Acción	Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante	ANTONIO JOSÉ ARENILLA LÓPEZ
Demandado	Municipio de Soledad
Magistrado Sustanciador	CÉSAR AUGUSTO TORRES ORMAZA

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia calendada 26 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Barranquilla, a través de la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

DEMANDA

En ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el señor Antonio José Arenilla López, por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes pretensiones:

"1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0977 de 22 de diciembre de 1998, mediante el cual la Alcaldía de Soledad Atlántico liquidó erradamente la indemnización a que tenía derecho mi poderdante señor ANTONIO ARENILLA LÓPEZ, como empleado de la administración municipal del ente accionado, inscrito en el escalafón de carrera administrativa, al no habersele incluido todos los factores salariales que para el efecto debieron considerarse.

2. Que se declare la existencia del acto administrativo ficto o presunto originado por la no contestación del recurso de reposición y en subsidio apelación que el demandante señor ANTONIO ARENILLA LÓPEZ, interpuso en contra de la Resolución No. 0977 de 22 de Diciembre de 1998, expedida por la Alcaldía del municipio de Soledad –Atlántico.

3. Consecuente con lo anterior, declárese la nulidad del acto administrativo ficto o presunto que se originó por la no contestación del recurso de reposición y en subsidio apelación que el demandante interpuso en contra de la Resolución No. 0977 de 22 de diciembre de 1998, expedida por la Alcaldía del municipio de Soledad –Atlántico.

4. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 061 de 31 de Diciembre de 1998, mediante el cual la Alcaldía de Soledad Atlántico liquidó erradamente las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, laboradas durante la vinculación laboral; y las prestaciones sociales a que tenía derecho mi poderdante señor ANTONIO ARENILLA LÓPEZ, como empleado de la administración municipal del ente accionado, inscrito en el escalafón de carrera administrativa, al no habersele incluido en el salario base de liquidación, todos los factores salariales que para el efecto debieron considerarse.

5. Que se declare la existencia del acto administrativo ficto o presunto originado por la no contestación del recurso de reposición y en subsidio apelación que el demandante señor ANTONIO ARENILLA LÓPEZ, interpuso en contra de las Resoluciones No. 061 del 31 de diciembre de 1998 y No. 0977 del 22 de Diciembre de 1998, expedida por la Alcaldía del municipio de Soledad –Atlántico, recurso en el cual solicitó el reconocimiento de las sanciones moratorias por el pago tardío e incompleto de las cesantías a que tenía derecho al momento de su desvinculación.

6. Consecuente con lo anterior, declárese la nulidad del acto administrativo ficto o presunto que se originó por la no contestación del recurso de reposición y en subsidio apelación que el demandante interpuso en contra de las Resoluciones 061 del 31 de diciembre de 1998 y No. 0977 del 22 de diciembre de 1998, expedida por la Alcaldía del municipio de Soledad –Atlántico.

7. Que como consecuencia de las nulidades anteriores y a título de restablecimiento del derecho se condene al municipio de Soledad –Atlántico – representando legalmente por JOSE JOAO HERRERA IRANZO y/o quien hagan sus veces, a reconocer y pagar a mi poderdante señor ANTONIO ARENILLA LÓPEZ, lo siguiente:

Al pago debidamente indexado de la diferencia entre el valor reconocido mediante la Resolución 061 de DICIEMBRE 31 DE 1998 Y 0977 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 1998, por concepto de indemnización por la supresión del cargo que venía desempeñando en carrera administrativa el señor ANTONIO ARENILLA LÓPEZ, y la liquidación real, por no haber incluido en el salario base de liquidación de dicha indemnización, todos los factores devengados por el actor, considerados factor salario por la normatividad vigente.

Al pago debidamente indexado de las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, laboradas por el accionante señor ANTONIO ARENILLA LÓPEZ, desde su fecha de ingreso a la entidad el 09 DE JUNIO DE 1993, hasta el 30 de noviembre 1998, fecha en que fue suprimido en (sic) cargo por el ocupado en carrera administrativa.

Reconocer y pagar a favor de mi mandante la sanción moratoria establecida en el párrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 29 de diciembre de 1995, consistente en un día de salario por cada día de mora en el PAGO TOTAL del auxilio de cesantías definitivo a que tenía derecho mi poderdante a la terminación de la relación laboral y hasta el día en que se haga el pago total por dicho concepto.

8. Condenar al municipio de Soledad –Atlántico –Secretaría de Servicios Públicos y/o quien hagan sus veces a que pague la indexación o corrección monetaria desde el momento en que se debió cancelar los dineros hasta cuando su pago se verifique sobre todas las sumas en que resulte condenada.

9. Que el municipio de Soledad –Atlántico –y/o quien hagan sus veces reconozca, liquide y pague los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, conforme a lo establecido en el Código Contencioso Administrativo.

10. Que la entidad demandada le dé cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

11. Condenar al municipio de Soledad –Atlántico –y/o quien haga sus veces a pagar las costas causadas dentro del presente proceso”.

HECHOS

La parte actora sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan a continuación:

Afirma el señor Antonio José Arenilla López, que prestó sus servicios en el Municipio de Soledad, desde el 09 de junio de 1993 hasta el 30 de diciembre de 1998, desempeñando como último cargo el de Bombero de Bocatoma de Acueducto y Alcantarillado, adscrito a la Secretaría de Servicios Públicos de esa entidad territorial, a raíz de lo cual fue inscrito en el Registro Público de Empleados de Carrera Administrativa, según consta en la hoja de servicio y en los actos administrativos demandados, en cuyo contenido se registró como salario básico mensual la suma de \$499.463, valor que, según asegura, no corresponde a la realidad, pues no se incluyeron los factores salariales denominados horas extras nocturnas, dominicales y festivos, así como otros emolumentos de iguales características.

Sostiene que de conformidad al “*reporte de horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, laboradas por el personal operativo de la Secretaría de Educación*”, correspondientes a los años 1994 a 1998, laboró horas dominicales diurnas durante los años y meses relacionados en tabla anexa.

Asegura que en el año de 1998, laboró 44 horas semanales, devengando la suma de \$499.453, a razón de \$2.280.65 pesos por hora, según consta en la Resolución No. 061 del 31 de septiembre de 1998 y las certificaciones expedidas por el Jefe de Personal del ente territorial accionado.

Manifestó que en la Resolución No. 0821 del 20 de octubre de 1999, por medio de la cual el Municipio de Soledad reconoció y ordenó el pago de las prestaciones sociales durante el periodo 09-06-1993 a 30-11-98, estas se liquidaron con fundamento en el salario base, mismo que también se tuvo en cuenta para la liquidación reconocida en la Resolución No. 0977 del 22 de diciembre de 1998, omitiendo incluir los emolumentos anteriormente señalados.

Por último, expresó que la entidad accionada guardó silencio ante los recursos y peticiones presentados en sede gubernativa, configurándose la existencia del acto ficto o presunto negativo.

CONTESTACIÓN

El Municipio de Soledad, por conducto de apoderada judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que los actos administrativos acusados fueron expedidos con apego a las disposiciones legales vigentes para la época de los hechos, precisando que su representada no ha conculcado derecho alguno alegado por el demandante.

Propuso las excepciones de violación del debido proceso, falta de requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, caducidad, prescripción e inexistencia de la obligación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Barranquilla, mediante sentencia de 26 de julio de 2021, luego del análisis de los cargos expuestos en la demanda, las razones defensa, las pruebas allegadas, los fundamentos normativos y la jurisprudencia aplicable al caso concreto, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de los actos acusados, considerando, entre otras, lo siguiente:

“De acuerdo a la información consignada en la parte motiva de la Resolución No. 0977 del 22 de diciembre de 1998, a través de la cual se indemnizó al actor, se desprende que laboró para el ente demandado desde el 9 de junio de 1993, hasta el 30 de noviembre de 1998, esto es, cinco (5) años, cinco (5) meses y veintiún (21) días.

A partir de los medios de prueba regular y oportunamente allegados a las foliaturas, se demostró que por concepto de salario, el actor devengaba la suma de \$499.463,00, valor que se adoptó como base para liquidar las prestaciones sociales definitivas, contenidas en la Resolución No. 061 del 31 de diciembre de 1998. Así mismo, se acreditó que durante los años 1993 a 1998, el señor Antonio Arenilla López, realizó trabajo suplementario, circunstancia que permite colegir que tiene derecho al reconocimiento de recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos; sin embargo, al momento de realizar la liquidación definitiva, la entidad territorial demandada, como se acotó, solo tuvo en cuenta la cesantía, intereses de cesantía y vacaciones.

En ese orden, la indemnización por supresión del cargo a que tiene derecho el demandante, no se efectuó con arreglo a la totalidad de los factores salariales, previstos en el artículo 140 del Decreto 1572 de 1998.

(...)

3.6.2.1 Trabajo suplementario:

En consonancia con la anterior disposición (artículo 33 del Decreto 1042 de 1978), revisada en detalle la relación de horas extras acompañada en la demanda, se observa que el actor realizó trabajo suplementario, excediendo así las cuarenta y cuatro (44) horas semanales, correspondiendo remunerarlo con pagos adicionales al salario ordinario y los recargos de Ley.

De acuerdo a lo demostrado en el expediente, la administración deberá verificar las horas extras (diurnas y nocturnas) efectivamente trabajadas, observando lo relativo a la prescripción trienal de los derechos, es decir, con anterioridad al 7 de enero de 1996, dado que la solicitud de reconocimiento de estos emolumentos, se hizo a través del recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 061 del 31 de diciembre de 1999, radicado el 7enero de esa anualidad.

3.6.2.2. Trabajo en dominicales y festivos:

(...)

Con arreglo a ese marco legal, analizada en detalle la relación de horas extras aportada con la demanda, se desprende que el actor realizó trabajo suplementario de manera habitual y por fuera de la jornada ordinaria, los días domingos y festivos. En consecuencia, esa labor adicional debe remunerarse con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo por dominical o festivo laborado, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el empleado por haber laborado mes completo.

La administración deberá verificar de acuerdo a lo consignado en el expediente, los dominicales y festivos efectivamente trabajados, teniendo en cuenta la prescripción trienal de los derechos, es decir, con anterioridad al 7 de enero de 1996, dado que la solicitud de reconocimiento de esos emolumentos, se hizo a través del recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 061 del 31 de diciembre de 1999, memorial radicado el 7 enero de esa anualidad.

3.6.3. Sanción moratoria por el no pago de cesantías definitivas:

(...)

En el caso bajo estudio, al actor le fueron liquidada sus cesantías definitivas por supresión del cargo, a través de Resolución No. 061 del 31 de diciembre de 1998. De igual manera, fluye acreditado que a través de recurso de reposición

interpuesto oportunamente (fl. 31), solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

[E] actor tuvo conocimiento del acto administrativo demandado el 5 de enero de 1999, su ejecutoria se verificó el 13 de enero de esa anualidad, al cual deben adicionarse 45 días para que la entidad pública cancelara la prestación, lapso que feneció el 17 de marzo de 1999.

En ese orden, a partir del 18 de marzo de 1999, se generó la sanción moratoria por el no pago de cesantías definitivas. Corolario de lo anterior, se ordenará el reconocimiento, liquidación y pago a favor del demandante, de la sanción moratoria establecida en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 a partir del 18 de marzo de 1999, hasta cuando se produzca el pago total de la cesantía definitiva.”

RECURSO DE APELACIÓN

El Municipio de Soledad, a través de apoderado interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, basando su disenso, entre otros, en los siguientes cargos:

i) Que el Decreto 1042 de 1978, no es aplicable al caso concreto, por cuanto “*la Corte Constitucional solo hasta la sentencia C-1063 de agosto de 2000, unificó la jornada laboral para los empleados públicos de los órdenes nacional y territorial, al considerar que el Decreto Ley 1042 de 1978, es aplicable a los empleados públicos del orden territorial, en lo que tiene que ver con la jornada laboral*”, pero que si en gracia de discusión se aceptare que tal legislación resulta aplicable al actor, se tiene que de conformidad al artículo 33 ibídem “*el límite de horas semanales para las labores discontinuas y/o intermitentes es de 66 horas y no de 44 horas, como se sostiene en la demanda. Horas que, en dado caso, no sobrepasó el actor en su labor.*”

ii) Que el demandante no acreditó el trabajo suplementario alegado en la demanda, dado que le correspondía probar que “*para la jornada adicional de trabajo, se realizó por parte de su representada, la expedición del respectivo acto administrativo que determinara la necesidad, oportunidad y conveniencia para desarrollarse determinada labor, con la consecuente remuneración salarial, y teniendo en cuenta la forma de remunerar el trabajo desarrollado (art. 36 Decreto 1042 de 1978)*”.

iii) Que el demandante solicita el pago de horas extras nocturnas, extras dominicales y nocturnas dominicales, no obstante, “*de los reportes aportados por el actor, no se*

puede constatar lo pretendido, por cuanto en dichos reportes no se indica las horas y días que generaron dicho recargo durante cada uno de los meses reclamados, observándose con ello, que no hay regularidad ni factor que determine en qué horas, días y meses se requería realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria”.

iv) No es posible acceder al reconocimiento de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, toda vez que dicha legislación no consagró tal penalidad en tratándose de mora en el pago de la reliquidación de cesantías.

ACTUACIÓN PROCESAL DE INSTANCIA

Mediante auto fechado 26 de enero de 2022 se admitió el recurso de apelación; y a través de providencia del 16 de febrero de 2022 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual la parte demandada replicó los argumentos expuestos en el escrito de contestación de demanda.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite legal correspondiente al proceso ordinario del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se advierte que no evidencian vicios que acareen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial.

V.- CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones interpuestas contra las sentencias dictadas por los jueces administrativos, al tenor de lo previsto en el artículo 133 del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si estuvo acertada la decisión del juez de primera instancia en tanto accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, o si por el contrario, como lo afirma la parte demandada, el señor Antonio José

Arenilla López no tiene derecho a la reliquidación de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, descansos compensatorios y el reajuste de sus prestaciones sociales, por cuanto el demandante no demostró la causación de tales emolumentos.

TESIS

La Sala considerará que, en el presente caso, el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de trabajo suplementario, es decir, horas extras, por cuanto su jornada laboral no excedió las 44 horas semanales, que equivalen a 190 horas mensuales. Tampoco le asiste razón en reclamar la reliquidación de los conceptos de recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos, dado que tales emolumentos fueron liquidados en debida forma por la administración, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de la Resolución No. 1061 de 31 de diciembre de 1998 *“Por medio de la cual se reconoce el pago de unas prestaciones sociales”*, así como el acto ficto negativo configurado respecto del recurso de reposición interpuesto contra aquella.

Así mismo, estimará el Tribunal que la sanción moratoria resulta procedente cuando la administración excede el término establecido en la Ley 244 de 1995 para efectuar el pago del valor reconocido por concepto de cesantías definitivas.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

De la jornada laboral de los empleados públicos territoriales

De tiempo atrás, la Sección Segunda del Consejo de Estado adoptó la tesis según la cual, la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial está gobernada por el Decreto 1042 de 1978¹.

Al respecto, se ha señalado que, aunque dicho decreto es aplicable a los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, sus efectos se extienden también

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 17 de agosto de 2006. Expediente 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín.

a los del orden territorial por disposición del artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y del artículo 87 de la Ley 443 de 1998².

Las aludidas normas hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan “el régimen de administración de personal” contenido no solamente en ellas, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

Ahora, con respecto al concepto de “régimen de administración de personal” a que se refieren el artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que el mismo comprende el concepto de “**jornada de trabajo**”³.

En ese sentido, y como la jornada laboral está reglamentada en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978, se ha definido, jurisprudencialmente⁴, que esta norma constituye una adición a los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y por tanto es aplicable a los empleados públicos del orden territorial conforme la extensión del artículo 2 de la Ley 27 de 1992 ratificada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998⁵.

Igualmente se ha determinado que a los empleados públicos del orden territorial tampoco los gobierna el artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 puesto que la Corte Constitucional en sentencia C-1063 de 2000⁶ declaró que esta se encuentra vigente solo para los trabajadores oficiales, y no reglamenta la jornada laboral de los empleados públicos, pues esta se rige por el Decreto 1042 de 1978.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. sentencia del 1 de marzo de 2012. Radicación: 23001-23-31-000-2002-90526-01(0832-08). Actor: Hernán de Jesús Flórez González. Demandado: Municipio de Loricá (Córdoba)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 27 de agosto de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2003-00517-01(1381-10). Actor: José Lisandro Ibarra Garro. Demandado: Municipio de Itagüí (Antioquia).

³ Sentencia de fecha 17 de agosto de 2006. Expediente 05001-23-31-000-1998-01941-01 (5622-05) Actora: Silvia Elena Arango Castañeda. Demandado: Hospital General de Medellín.

⁴ En la siguiente sentencia se definió un caso similar al aquí analizado. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. sentencia del 23 de febrero de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2001-03838-01(1863-08). Actor: Oscar Antonio Cárdenas Holguín. Demandado: Municipio de Itagüí.

⁵ Ver sentencia de 19 de julio de 2007 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, radicación: 05001-23-31-000-1998-02175-01(6183-05), actora: Luz Angélica Mena Pineda y sentencia de la Sección Segunda, Subsección B. sentencia del 15 de marzo de 2012. Radicación: 05001-23-31-000-2001-03212-01(1227-11). Actor: Humberto de Jesús Henao Álvarez. Demandado: Municipio de Itagüí (Antioquia).

⁶ A esta conclusión se llegó al analizar la mencionada sentencia por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. sentencia de julio 12 de 2012. Radicación: 05001 23 31 000 2002 04837 01(0200-10). Actor: Fernando Luis Zea Ossa. Demandado: municipio de Itagüí (Antioquia).

En virtud de lo anterior se puede concluir que el Decreto 1042 de 1978 es la norma que rige la jornada de trabajo para los empleados públicos del orden territorial porque:

(i) El artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998 hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan “el régimen de administración de personal” contenido en ellas y en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

(ii) El concepto de “régimen de administración de personal” incluye el concepto de “jornada de trabajo” que reguló el Decreto 1042 de 1978 luego este se constituye en una adición del Decreto 2400 de 1968 y;

(iii) El artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 solo es aplicable a los trabajadores oficiales.

Regulación del pago del trabajo suplementario contenida en el Decreto 1042 de 1978

Definido entonces que el Decreto 1042 de 1978 es el que determina la jornada de trabajo de los empleados públicos del orden territorial, la Sala cita el artículo que rige la materia, como sigue:

*“(…) ARTÍCULO 33. De la jornada de Trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, **corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales**. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, **sin que en la semana excedan un límite de 66 horas** Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras (...)”* (Subraya y resaltado de la Sala).

De acuerdo con la norma: (i) La jornada de trabajo para los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales con la excepción para 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)

7 Modificado en lo pertinente por los artículos 1 al 13 del Decreto 85 de 1986.

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.

Es claro 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.

Recargo Nocturno

El artículo 35 del Decreto 1042 citado, regula que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo laborado durante éstas últimas se remunerará con recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso.

Trabajo ordinario en días dominicales y festivos

Por su parte, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, regula el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, y la forma en que se debe remunerar, de la siguiente manera:

"(...) 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 deben 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. "

Conforme a la disposición transcrita, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%,

sin perjuicio de la remuneración habitual.

Contempla igualmente la norma el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

Jornada Extraordinaria

Se denomina así a la jornada que excede la jornada ordinaria. Se presenta cuando por razones especiales del servicio es necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, en cuyo caso, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes esté delegada la función, autorizan el descanso compensatorio o el pago de horas extras.

Se encuentra regulada en los artículos 36, 37 y 38 del Decreto Ley 1042 de 1978 y en las normas que anualmente establecen las escalas de asignación básica mensual para los empleados públicos.

Para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos: i) Que el empleado pertenezca a los niveles técnico - asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente; ii) Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita; iii) Su remuneración se hará: con un recargo del 25% si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas; iv) No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales; v) Las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras trabajadas; vi) Si el empleado se encuentra en comisión de servicios, y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago; y vii) Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.

A manera de ilustración, se explicarán 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 extras 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.	

Con fundamento en lo anterior es dable afirmar que 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 se especificó en el cuadro anterior.

CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, la demandante por conducto de apoderado judicial, solicitó la nulidad de las Resoluciones No. 0977 de 22 de diciembre de 1998, y No. 061 de 31 de diciembre de 1998, a través de las cuales se liquidó la indemnización por supresión del cargo y las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas laboradas durante la vinculación laboral, respectivamente, así como la nulidad de los actos fictos negativos configurados respecto de los recursos de reposición y apelación interpuestos contra los dos actos administrativos enunciados.

El Juez de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando entre otras, la nulidad de los actos administrativos acusados y condenó a la entidad demandada al pago del *“trabajo suplementario (recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos), correspondiente al periodo comprendido desde el 9 de junio de 1993 hasta el 30 de noviembre de 1998. Para tal efecto, se tendrá en cuenta la prescripción trienal de los derechos, es decir, los emolumentos causados con anterioridad al 7 de enero de 1996”*, así como al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, a partir del 18 de marzo de 1999.

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del Municipio de Soledad, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en síntesis, por cuanto considera que el demandante no demostró la causación del trabajo suplementario reconocido por el *A-quo*, y además de la improcedencia de la sanción moratoria reclamada.

Bajo esta óptica, el Tribunal establecerá cuáles son los hechos probados, para posteriormente analizar si le asiste o no al actor lo pretendido en su demanda.

Hechos probados

Las pruebas allegadas al proceso dan cuenta de lo siguiente:

.- Que el 09 de junio de 1993, el señor Antonio José Arenilla López tomó posesión en el cargo de Bombero adscrito a la Secretaria de Servicios Públicos de la Alcaldía Municipal de Soledad, nombrado según Decreto No. 112 de 1993, empleo que

desempeñó hasta el 30 de noviembre de 1998 (fls. 36 y 635 archivo digital C01 ppal).

.- Que según reporte elaborado por el Secretario de Servicios Públicos de la Alcaldía Municipal de Soledad, en tanto “*recargos nocturnos, ordinarios, diurnos, dominicales y nocturnos dominicales*”, al señor Antonio José Arenilla López, en su condición de Bombero, le figuran los siguientes (fls. 145-138 archivo digital C01 ppal):

Mes/Año	Horas nocturnas ordinarias	Horas dominicales diurnas	Horas nocturnas dominicales
Enero 1998	80	8	24
Febrero 1998	88	24	32
Marzo 1998	84	12	4
Abril 1998	60	8	24
Mayo 1998	68	20	12
Junio 1998	68	12	20
Julio 1998	76	12	12
Agosto 1998	76	12	12
TOTAL	600	108	140

.- Que mediante Resolución No. 0977 de 22 de diciembre de 1998, expedida por el Alcalde Municipal de Soledad, se ordenó el reconocimiento y pago de una indemnización por supresión de cargo a favor del señor Antonio José Arenilla López, en su otrora condición de empleado inscrito en el escalafón de carrera administrativa (fls. 36-37 archivo digital C01 cdno ppal).

.- Que según Resolución No. 1061 de 31 de diciembre de 1998, proferida por la Alcaldía Municipal de Soledad, se dispuso el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales, entre otras, cesantías, recargos ordinarios y festivos, a favor del demandante (fl. 35 archivo digital C01 cdno ppal).

.- Que el 17 de enero de 1999, el aquí demandante solicitó al Alcalde Municipal de Soledad el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata el parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, por el no pago de las cesantías definitivas

reconocidas en la Resolución No. 1061 de 31 de diciembre de 1998 (fl. 32 archivo digital C01 cuaderno principal).

Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En este punto de la providencia, acoge la Sala el estudio de cada uno de los cargos expuestos en el recurso de apelación, como sigue:

Del reconocimiento de horas extras

Pretende el actor, el reconocimiento de “688 horas extras nocturnas, 120 horas extras dominicales, 156 horas extras nocturnas dominicales”, conforme a lo consagrado en los artículos 33 y 36 del Decreto Ley 1042 de 1978.

En el presente asunto, y contrario a lo manifestado por el apoderado judicial del Municipio de Soledad en su recurso, a los empleados públicos del orden territorial no los gobierna el artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 puesto que la Corte Constitucional en sentencia C-1063 de 2000 declaró que esta se encuentra vigente solo para los trabajadores oficiales, y no reglamenta la jornada laboral de los empleados públicos, pues esta se rige por el Decreto 1042 de 1978.

De igual modo, precisa la Sala que, en casos similares al ahora estudiado, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁸, ha considerado que a falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los bomberos, regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se colige del referido Decreto 1042 de 1978, **debiéndose remunerar el trabajo suplementario** para no lesionar derechos del empleado expuesto a dicha actividad como la justa remuneración de su labor por trabajar en jornadas que superan la ordinaria.

Lo anterior, es apenas razonable por criterios de igualdad⁹ y proporcionalidad, toda vez que si la jornada ordinaria máxima legal -de 44 horas-, aumenta por necesidades del servicio, es consecuente que el salario también lo haga, ya que no sería justo para quien cumple una jornada excepcional que supera la ordinaria, que su salario sea igual al de un empleado que labora 44 horas a la semana.

⁸ Proceso: 66001-23-31-000-2003-00039-01 (9258-2005). C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; proceso: 66001-23-31-000-2003-00041-01 (1022-06), Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 17 de abril de 2008, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En el mismo sentido también puede consultarse la sentencia del 28 de enero de 2010, Radicación 2003-00042-01 (1018-06), C.P. doctor Luis Rafael Vergara Quintero.

⁹ Artículo 53 de la C.P.

Por la circunstancia anterior, la determinación de una jornada laboral superior a la máxima legal debe asegurar la justa y proporcional remuneración salarial del tiempo suplementario, es decir, de la labor desarrollada en exceso de la jornada legal de 44 horas semanales.

Una posición en contrario resulta inequitativa y desigual con disposiciones que sobre esta misma materia existen en el orden nacional y territorial para empleados que realizan otro tipo de funciones que también requieren disponibilidad y permanencia.

Destaca la Sala que, tratándose de empleados públicos es la Ley, la que fija el régimen salarial y prestacional en el sector oficial. Así mismo se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que la controversia debe resolverse respetando la situación más beneficiosa al empleado.

En el presente caso, no obra en el expediente certificación alguna que, de cuenta de los turnos laborados por el actor, para así establecer las horas efectivamente laboradas por aquel, de lo que se sigue que este tenía una jornada de trabajo de 44 horas semanales.

Siendo ello allí, los reportes elaborados por el Secretario de Servicios Públicos de la Alcaldía Municipal de Soledad, en tanto “*recargos nocturnos, ordinarios, diurnos, dominicales y nocturnos dominicales*”, a partir de los cuales se infiere que el señor Antonio José Arenilla López, laboró las siguientes horas:

Mes/Año	Horas nocturnas ordinarias	Horas dominicales diurnas	Horas nocturnas dominicales	Total horas laboradas en el mes
Enero 1998	80	8	24	112
Febrero 1998	88	24	32	144
Marzo 1998	84	12	4	100
Abril 1998	60	8	24	92
Mayo 1998	68	20	12	100
Junio 1998	68	12	20	100
Julio 1998	76	12	12	100
Agosto 1998	76	12	12	100
TOTAL	600	108	140	

Conforme a lo anterior, emerge con claridad que, en cada uno de los meses descritos anteriormente, el demandante no superó la jornada ordinaria legal de 44 horas semanales, pues para que esta jornada fuese excedida, el actor debió laborar como mínimo 190¹⁰ horas mensuales, cifra que como viene de verse, no es alcanzada en ninguno de los meses ahora reclamados.

De lo anterior se tiene que, si el actor trabajó entre 92 y 144 horas mensuales para los meses de enero a agosto de 1998, y si la jornada ordinaria es de 190 horas mensuales, se concluye entonces el actor **no laboró horas adicionales** a la jornada ordinaria, es decir, tiempo extra, por lo que no resulta procedente el reconocimiento del trabajo suplementario reconocido por el *A-quo*.

Sobre la reliquidación de los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos

Al respecto, la Sala precisa que al tenor del artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, el recargo nocturno equivale a un 35% del valor de la hora ordinaria la cual se determina con sujeción a la asignación básica que corresponde a la jornada de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 ibídem, jornada que equivale a 190 horas mensuales.

Respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que la misma 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% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

De las pruebas allegadas al proceso se desprende que el actor laboró horas nocturnas ordinarias y horas dominicales diurnas y nocturnas, en razón al servicio público de bomberos que presupone la habitualidad y permanencia.

Del mismo modo se infiere que la administración municipal reconoció al actor los recargos nocturnos, y el trabajo habitual en dominicales y festivos, en los

¹⁰ Cantidad que resulta de multiplicar el número de horas semanales (44) por el factor 4,33 que corresponde al número de semanas en el mes.

porcentajes indicados en los artículos 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, sobre la asignación básica mensual, a razón de 35% por recargo nocturno, 200% por trabajo habitual en dominicales y festivos y 235% por recargo festivo nocturno, tal y como se dejó determinado en la Resolución No. 1061 de 31 de diciembre de 1998 *“Por medio de la cual se reconoce el pago de unas prestaciones sociales”*, ahora demandada, donde se liquidó la suma de \$4.058.567 por dichos conceptos (fl. 35 archivo digital C01 cdno ppal).

En conclusión, el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de trabajo suplementario, es decir, horas extras, por cuanto su jornada laboral no excedió las 44 horas semanales, que equivalen a 190 horas mensuales. Tampoco le asiste razón en reclamar la reliquidación de los conceptos de recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos, dado que tales emolumentos fueron liquidados en debida forma por la administración, razón por la cual se revocará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de la Resolución No. 1061 de 31 de diciembre de 1998 *“Por medio de la cual se reconoce el pago de unas prestaciones sociales”*, así como el acto ficto negativo configurado respecto del recurso de reposición interpuesto contra aquella.

De la sanción moratoria reclamada

Aduce el apoderado judicial de la parte demandada, que no es posible acceder al reconocimiento de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, toda vez que dicha legislación no consagró tal penalidad en tratándose de mora en el pago de la reliquidación de cesantías.

Al respecto, precisa la Sala que en la sentencia objeto de apelación, el Juez de primera instancia accedió a ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata el parágrafo 2º del artículo 2º de la ley 244 de 1995, en atención a que encontró demostrado que el Municipio de Soledad no ha pagado el valor reconocido por concepto de cesantías definitivas en la Resolución No. 1061 de 31 de diciembre de 1998.

En efecto, en la sentencia objeto de apelación, se consideró:

“En el caso bajo estudio, al actor le fueron liquidadas sus cesantías definitivas por supresión del cargo, a través de Resolución No. 061 del 31 de diciembre de 1998. De igual manera, fluye acreditado que a través de recurso de reposición

interpuesto oportunamente (fl. 31), solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

(...)

Acorde a ese derrotero, si el actor tuvo conocimiento del acto administrativo demandado el 5 de enero de 1999, su ejecutoria se verificó el 13 de enero de esa anualidad, al cual deben adicionarse 45 días para que la entidad pública cancelara la prestación, lapso que feneció el 17 de marzo de 1999.

En ese orden, a partir del 18 de marzo de 1999, se generó la sanción moratoria por el no pago de cesantías definitivas.

Corolario de lo anterior, se ordenará el reconocimiento, liquidación y pago a favor del demandante, de la sanción moratoria establecida en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 a partir del 18 de marzo de 1999, hasta cuando se produzca el pago total de la cesantía definitiva.”

Vistas, así las cosas, emerge con meridiana claridad que la sanción moratoria concedida versa respecto del no pago del valor reconocido por concepto de cesantías definitivas, más no así, en tanto la suma ordenada a pagar a título de reliquidación de cesantías, por lo que el planteamiento traído en esta instancia por el apelante resulta equivocado, y por tanto será desestimado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala revocará los ordinales tercero, cuarto y séptimo, modificará los ordinales quinto y sexto de la parte resolutive de la sentencia calendada 26 de julio de 2021, dictada por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Barranquilla, a través de la cual se concedieron parcialmente las súplicas de la demanda, y la confirmará en los demás aspectos.

COSTAS

Por no observarse temeridad o mala fe de las partes en el trámite del proceso, la Sala no condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO-SECCIÓN C**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: REVOCAR los ordinales tercero, cuarto y séptimo de la parte resolutive de la sentencia de 26 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Quince Administrativo de Barranquilla, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR los ordinales quinto y sexto de la parte resolutive de la sentencia de 26 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Quince Administrativo de Barranquilla, a través de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, los cuales quedarán así:

*“**QUINTO.-** Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, condenar al Municipio de Soledad a reliquidar la indemnización por supresión del cargo desempeñado, incluyendo además de la asignación básica, los factores salariales denominados recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos, correspondientes al periodo comprendido desde el 01 de enero de 1998 hasta el 30 de agosto de 1998.”*

*“**SEXTO.-** Los valores reconocidos y pagados en la Resolución No. 0977 del 22 de diciembre 1998, que se hayan cancelado al actor por concepto de indemnización por supresión de cargo, deberán descontarse del valor total arrojado luego de efectuada la reliquidación en los términos ordenados en la presente sentencia.”*

TERCERO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia objeto de apelación.

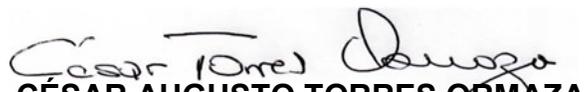
CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: En firme esta sentencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Barranquilla para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión

LOS MAGISTRADOS,


CÉSAR AUGUSTO TORRES ORMAZA
Magistrado Sustanciador



JAVIER BORNACELLY CAMPBELL
Magistrado



JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
Magistrado