



Magistrado ponente: Dr. Jorge Dussán Hitscherich

RESOLUCION No. CSJHUR17-326  
jueves, 16 de noviembre de 2017

“Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición y en subsidio apelación”

EL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DEL HUILA

En ejercicio de las facultades legales conferidas por la Ley 270 de 1996 y de conformidad con lo aprobado en sesión del 16 de noviembre de 2017 y

CONSIDERANDO

1. Mediante oficio del 22 de septiembre de 2017, el doctor Francisco Sotomayor González, Juez Primero Penal Municipal de La Plata, solicitó compensatorio por los días 28 y 29 de septiembre de 2017, por haber prestado el turno de disponibilidad durante el fin de semana sábado 26 y domingo 27 de agosto del presente año, fundamentado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SL-55842017 (43641) del 5 de abril de 2017.
2. A través del oficio CSJHUOP17-1490 del 27 de septiembre de 2017, esta Corporación respondió a la solicitud del funcionario, negándole lo petitionado, debido a que no se cumplía con los requisitos establecidos en el Acuerdo CSJHUA17-447 del 16 de marzo de 2017.
3. Contra esta decisión, el doctor Francisco Sotomayor González, mediante oficio del 28 de septiembre de 2017, interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación.

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

El doctor Francisco Sotomayor González, presenta como argumentos para sustentar su recurso, en resumen, los siguientes:

- a. Negar el compensatorio no solo desobedece el mandato de la sentencia mencionada, sino de contera vulnera el derecho Constitucional de Igualdad, en tanto, a quienes le corresponde estar un fin de semana, sábado y domingo, de descanso laboral, deban permanecer en sus lugares de residencia, disponibles para cuando se les requiera, como le tocó permanecer los días 26 y 27 de agosto de 2017, frente a quienes gozan plenamente del derecho a descanso

- en estos días sin restricción alguna y puedan hacer uso de ese descanso como ha bien lo estimen.
- b. De igual manera, desconoce normas de carácter constitucional, como las anotadas, referentes a los derechos constitucionales fundamentales laborales, esto es, de tercera de generación.
  - c. Se encuentra en mora el Consejo Seccional de la Judicatura para reconocer a través de los acuerdos, este derecho del trabajador a jornada suplementaria, en el caso, a compensatorio, por haber estado en condición de disponibilidad , sujeto a no poderse trasladar a parte alguna, por cuanto puede ser requerido para el servicio.
  - d. El Consejo Superior de la Judicatura y los Consejos Seccionales de la Judicatura, no pueden escudarse en la inexistencia de un acuerdo que lo comprenda todo, para negar un reconocimiento del orden constitucional, por encima de ello, en el orden jerárquico de las normas existentes, la Constitución Política, la ley y la jurisprudencia de las altas cortes.
  - e. Al Consejo Seccional de la Judicatura les obliga el contenido normativo mencionado, contrario a ello, las decisiones que se tomen, contrariando todo este acervo normativo, constituye atribuciones que atropellan al trabajador.

#### CONSIDERACIONES DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA

El problema jurídico consiste en establecer si, con fundamento en la sentencia SL5584-2017 de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>, procede reconocer a los jueces que prestan turno de control de garantías los fines de semana o festivos, el derecho a descanso compensatorio, aun cuando no hayan "efectivamente laborado", es decir, cuando no tiene que realizar audiencias en alguno o todos los días del turno.

Para resolver el problema jurídico es necesario remitirse al Acuerdo No. PSAA08-5433 de 2008, norma que reglamenta los turnos de control de garantías, cuyo artículo Tercero, en el párrafo 1, dispone:

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 5 de abril de 2017. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán. Radicación N° 43641.

“Parágrafo 1. En caso de hacerse efectiva la disponibilidad, los servidores judiciales gozarán de un descanso adicional al previsto legalmente, al día siguiente de la prestación del servicio o a más tardar dentro del mes siguiente”.

Del texto transcrito se observa que la norma condiciona el derecho al compensatorio a que durante el turno, se hay hecho “efectiva la disponibilidad”. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la expresión “efectivamente” significa lo siguiente:

“1. adv. De manera efectiva o real. **Exigen que la sentencia se cumpla efectivamente**”.

Por lo tanto, “efectivamente” es un adverbio que complementa el verbo para indicar que la acción se debe haber cumplido en forma real, de manera que no basta con la disponibilidad del juez sino que es necesario que haya desplegado la actividad de control de garantías para la cual es llamado, mediante la celebración de las audiencias que se presenten durante el turno.

La anterior conclusión parece contradecir la tesis expuesta en la sentencia SL5584-2017, la cual reconoce el derecho del trabajador a un descanso, por compensación del tiempo que haya estado disponible, aun cuando no hubiera trabajado en su turno “efectivamente”. Sin embargo, para resolver este dilema es necesario establecer si los supuestos fácticos y normativos sobre los que se basa el amparo constitucional son iguales a los del presente asunto.

#### 1. El precedente jurisprudencial

La referida sentencia se relaciona con la reclamación que hacen algunos trabajadores de una empresa de servicios públicos, que debían estar en turnos de disponibilidad algunos fines de semana para monitorear el funcionamiento de unas centrales de conmutación y otros equipos de las redes de telecomunicaciones de una empresa de servicios públicos.

Es así como el artículo 179 CST, modificado por el artículo 26 de la Ley 789 de 2002, establece que “el trabajo en domingos y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas trabajadas”. Adicionalmente, el artículo 180 CST, subrogado por el artículo 30 de la Ley 50 de 1990, dispone que el trabajador que labore

excepcionalmente el día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero, a su elección"<sup>2</sup>.

De las normas transcritas se desprende que, para el caso de los trabajadores particulares, es posible reclamar un descanso compensatorio o una retribución en dinero por su trabajo en los días dominicales y festivos, como la reconoció la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada, pues la disponibilidad del turno les impedía disfrutar plenamente de su día descanso, teniendo que realizar actividades de monitoreo permanente sobre la red de telecomunicaciones.

A primera vista se observan algunas diferencias, que podrían llevar a considerar que este precedente jurisprudencial no sea aplicable, como es el hecho que los trabajadores que solicitaron el amparo tienen la condición de ser trabajadores particulares<sup>3</sup>, por lo que, desde el punto de vista legal, están vinculados por un contrato de trabajo a término indefinido y se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo.

Adicionalmente, los trabajadores reclamaban el derecho a la remuneración que por compensación debía reconocérseles, al tener que trabajar en estos turnos, situación que expresamente prevé el Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 180 CST, y que difiere de la que tienen los servidores judiciales, cuyo régimen legal no consagra remuneración por horas extras, trabajo dominical o festivos.

En este orden de ideas, el Código Sustantivo de Trabajo permite reclamar compensación en descanso o en dinero, recibiendo esta última los demandantes, dilema que no puede trasladarse a los servidores judiciales, por las restricciones salariales señaladas.

Esta posibilidad también cabe, pero de manera excepcional, en la Rama Ejecutiva, pero solo para los empleados públicos de nivel técnico o asistencial y solo hasta cierto grado (Decreto 1042 de 1978), pero en ningún caso para los empleados del nivel directivo.

Cabe recordar que, tanto el régimen laboral ordinario, como el régimen del empleado público, consagran una categoría de trabajadores que denominan "empleados de dirección y confianza". Esta categoría se caracteriza porque los empleados no están sujetos a la jornada máxima legal y,

---

<sup>2</sup> El artículo 179 CST, parágrafo 2º, precisa que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario, y es habitual cuando este labora tres o más domingos durante el mes calendario.

<sup>3</sup> Así se desprende del texto de la sentencia.

en el sector público, porque son de libre nombramiento y remoción, es decir, no están sujetos al régimen de carrera administrativa<sup>4</sup>.

En efecto, cuando un trabajador particular es de dirección y confianza, no tiene derecho a compensatorio ni ha remuneración por trabajo extra, según concepto del Ministerio de la Protección Social:

“En concordancia con lo anterior y teniendo presente la excepción consagrada para los trabajadores de dirección, confianza y manejo, en concepto de la Oficina, éstos podrán trabajar jornadas superiores o inferiores a la misma, dentro o fuera de la ciudad donde presta sus servicios, sin que haya lugar al pago o reconocimiento de compensatorios o de horas extras y recargos siempre y cuando haya mediado el acuerdo de los interesados al momento de la celebración del contrato del trabajo y hayan sido conocidas las condiciones por las partes; máxime si las funciones y responsabilidades del cargo, así lo ameritan”<sup>5</sup>.

Opinión similar sostiene el Departamento Administrativo de la Función Pública, en relación con los empleados públicos, al sostener que:

“[...] es claro que procede el pago de la disponibilidad cuando ésta se cumpla en el lugar de trabajo, de tal suerte que el empleado no puede realizar otras actividades. Ahora bien, si durante esta disponibilidad el empleado permanece en su casa, desarrollando actividades familiares y personales, en principio se considera que no procede el pago, en cuanto no existe prestación efectiva de las funciones propias del empleo, y sólo sería viable el pago de la “disponibilidad” cuando el funcionario efectivamente es llamado para atender el servicio”<sup>6</sup>.

La tesis anterior tiene sustento en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en la que esa Corporación sostuvo lo siguiente:

---

<sup>4</sup> “En este orden de ideas, cabe precisar que los cargos de dirección, de confianza y de manejo revisten de una especial importancia en cualquier organización, resultando esenciales al cabal desarrollo de sus actividades, a la preservación de sus intereses fundamentales y a la realización concreta de sus fines. Por lo tanto, la consagración de estas actividades como una excepción a la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo se inscribe dentro de la facultad que asiste al legislador para definir situaciones específicas en las que se justifique solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente, toda vez que la responsabilidad aneja a actividades de esta índole es de mayor entidad que la originada en funciones corrientes”. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia 372/98. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.

<sup>5</sup> Ministerio de la Protección Social CONCEPTO 300559 del 23 de septiembre de 2009.

<sup>6</sup> Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 33501 de 2016.

“no toda “disponibilidad” o “vocación” permanente, por un periodo más o menos largo a prestar el servicio efectivo puede calificarse como trabajo enmarcado dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas en la ley, pues esta llamada “disponibilidad” tiene tales matices de servicio más o menos frecuentes, y de descansos, tiempo para tomar alimentos, oportunidades de ocuparse en actividad diferente del servicio objeto del compromiso y aún, en ocasiones, de servir a personas diferentes o trabajar en forma autónoma, que encasillar toda “disponibilidad” dentro de la jornada que hace relación a la propia actividad laboral (...).

No pudiendo adoptarse, por lo anotado, el criterio general de “disponibilidad” como trabajo, es necesario establecer cuándo y en qué medida el no cumplir la actividad concreta laboral sino mantenerse a órdenes del patrono, significa servicio y se incluye en la jornada de trabajo. Porque si esta modalidad de mantenerse a órdenes del patrono, se cumple en el lugar de servicio, sin posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de destinar tiempo para tomar alimentos, dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia, es indudable que tal “disponibilidad” si encaja dentro de la asimilación al servicio para enmarcarla en la jornada laboral. Y lo propio ocurre si el trabajador debe radicarse, con las modalidades anotadas en determinado lugar. Pero si la disponibilidad permite al subordinado emplear tiempo para alimentarse, dormir, salir del sitio de trabajo y permanecer en su propia casa, sólo dispuesto a atender el llamado del trabajo efectivo cuando este se presente, no puede considerarse dentro de la jornada laboral el tiempo empleado en alimentarse o en dormir o en ocuparse en su propio domicilio de actividades particulares, aunque no lucrativas... Es cierto que la “disponibilidad” normalmente conlleva una restricción a la libertad de aprovechamiento autónomo del tiempo por el trabajador, por la necesaria radicación en determinados sitios para la facilidad de atención del servicio demandado... la sola “disponibilidad” convenida en el contrato de trabajo puede determinar por esa restricción a la libre disposición de su tiempo por el trabajador, una retribución por sí sola, ya que quede compensada dentro del salario que corresponda a la jornada ordinaria laboral, es decir con el salario corriente estipulado en el contrato cuando es salario fijo, así no se desempeñe ningún servicio efectuado por algún lapso o este trabajo sea inferior en duración a la jornada ordinaria” <sup>7</sup>.

Establecido que el concepto de “disponibilidad” no siempre enmarca la necesidad de privarse de la posibilidad de descansar, especialmente cuando el empleado permanece en su lugar de habitación, debe agregarse que si hay algún servidor en el Estado que es el paradigma de un empleado de “dirección y confianza”, es un Juez de la República, a quien constitucionalmente y como principio de

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación del 11 de mayo de 1968.

la función jurisdiccional, se le reconoce el derecho a la autonomía en sus decisiones, el cual se extiende a su rol como "Director del despacho", de manera que el Juez es un funcionario que por sus conocimientos, experticia y probidad, se considera de nivel directivo y, por supuesto, de confianza, no solo para su empleador o la organización en la que trabaja, sino para la sociedad en general, por la sagrada labor que realiza de administrar Justicia.

Se trata, por supuesto, de características propias de la figura del Juez, que solo se predicán de esta institución por el honor y la responsabilidad que conlleva la magistratura en el seno de la comunidad a la que sirve.

Por lo tanto, no puede predicarse una misma situación fáctica y normativa, al comparar la posición de unos trabajadores particulares, que cumplen turnos de disponibilidad para hacer labores de monitoreo a las redes de telecomunicaciones y que no tienen la condición de ser empleados de dirección de confianza; con la labor que realiza un juez de la República, que debe estar disponible para atender las diligencias que, en materia penal, deben cumplirse los fines de semana y los festivos, en forma rotativa y ocasional, asumiendo un papel esencial en el seno de la sociedad, al garantizar que la Justicia sea permanente, se preserve el Estado de Derecho y se protejan los derechos de todas las personas, al no existir una situación fáctica y normativa idéntica, se concluye que no es aplicable al caso concreto este precedente jurisprudencial.

## 2. Presunción de legalidad del fundamento normativo de la decisión

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la reglamentación de los turnos y el derecho a los compensatorios es una decisión que adopta el Consejo Seccional de la Judicatura en desarrollo de las normas que sobre la materia expide el Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de sus funciones constitucionales, consagradas en el numeral 3 del artículo 257 CP, y las legales, previstas en el artículo 85, numeral 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el análisis completo del asunto debe remitirse a dichas disposiciones que tienen carácter superior.

Es así como la el Acuerdo PSAA08-5433 del 19 de diciembre de 2008, establece que tendrán derecho a compensación, los servidores judiciales que hayan laborado efectivamente durante el turno de fin de semana o festivo.

El Acuerdo PSAA08-5433 del 19 de diciembre de 2008 es un acto administrativo que goza de presunción legalidad y, por lo tanto tiene fuerza ejecutoria, mientras no haya sido declarado nulo o suspendido por la jurisdicción contencioso administrativa.

En este orden de ideas, el acto es de obligatorio cumplimiento y, por lo tanto, no es posible para el Consejo Seccional, que tiene la condición de inferior jerárquico frente a la Corporación que expidió el acto, inaplicarlo, ni le corresponde hacer un control de legalidad sobre el mismo, so pena de desplazar la competencia que constitucional y legalmente tiene la jurisdicción contencioso administrativa.

En consecuencia, ante la presunción de legalidad que goza el acto administrativo, deviene en forma obligatoria para esta Corporación, darle cumplimiento al mismo y, por lo tanto, deberá confirmarse la negativa a conceder compensatorio al doctor Sotomayor por el turno de disponibilidad de control de garantías en el que no tuvo que realizar actividad alguna.

### 3. Sobre el recurso de apelación

Finalmente, en relación con el recurso de apelación, teniendo en cuenta que el Consejo Seccional de la Judicatura del Huila tiene competencia para definir los turnos de los jueces de control de garantías por delegación que le hiciera el Consejo Superior de la Judicatura, conforme lo disponen el Acuerdo PSAA16-10561 de 2016, artículo 10, parágrafo, y el Acuerdo PSAA08-5433 de 2008, de conformidad con la Ley 489 de 1998, artículo 12, los actos expedidos por las autoridades delegatarias solo son susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas, de manera que, en el caso presente, como los actos del Consejo Superior de la Judicatura no son susceptibles de apelación, no podrá concederse y, por lo tanto, habrá lugar a rechazar por improcedente el recurso de alzada interpuesto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Seccional de la Judicatura del Huila,

### RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. NO REPONER la decisión de esta Corporación, contenida en el oficio CSJHUOP17-1490 del 27 de septiembre de 2017, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta resolución.

ARTICULO SEGUNDO. RECHAZAR por improcedente el recurso de Apelación, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta resolución.



ARTICULO TERCERO. Notificar esta decisión al doctor Francisco Sotomayor González, Juez Primero Penal Municipal de La Plata, como lo disponen los artículos 66 a 69 del C.P.A.C.A. Líbrese las comunicaciones del caso.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Neiva, Huila

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'JDH', written on a light blue background.

**JORGE DUSSAN HITSCHERICH**  
Presidente

JDH/DPR