

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Medellín, diez (10) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicado	05001 33 33 007 2012 00042 00
Demandante	MARIO DE JESUS URIBE YEPES
Demandado	MUNICIPIO DE MEDELLIN
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Sentencia	Nro. 202
Tema	Trabajo suplementario - Bomberos

Procede el Despacho a decidir en primera instancia la demanda que en ejercicio del medio de control “**Nulidad y Restablecimiento del Derecho**” prevista en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Ley 1437 de 2011, promueve el señor **MARIO DE JESUS URIBE YEPES**, en contra del **MUNICIPIO DE MEDELLIN** con el propósito de obtener un pronunciamiento sobre las siguientes,

PRETENSIONES

- A. Que se decrete la nulidad total del acto administrativo presunto negativo correspondiente a la comunicación proferida por el Municipio de Medellín el 27 de marzo de 2012, por medio de los cuales se negó la petición hecha por el señor **MARIO DE JESUS URIBE YEPES**, expedido por el municipio de Medellín, siendo este el facultado para reglamentar el cuerpo de Bomberos.
- B. Que como consecuencia de la anterior declaración se disponga el restablecimiento del derecho del actor condenando al pago de los perjuicios que el Acto administrativo ha irrogado, así:
 1. Se condene al pago pertinente con relación a la cotización pensional especial del 8.5% y a su respectivo retroactivo a partir de la fecha en que la Unidad de Seguridad Social Integral inició la cotización especial del 8.5% al cual se encuentra afiliado mi mandante.
 2. Se ordene el reajuste en el pago de los dominicales y festivos laborados teniendo en cuenta la jornada laboral y el salario hora que corresponde a la categoría del cargo del actor.
 3. Se ordene el reajuste en el pago de la sobre–remuneración por trabajo nocturno, jornada laboral de 48 horas para Bomberos, teniendo en cuenta las horas laboradas dentro de cada jornada y el factor hora aplicable a la categoría del cargo del actor.
 4. Al reajuste en el pago de los salarios causados, teniendo en cuenta la jornada laboral asignada y cumplida así como el salario hora que corresponde a la categoría de su cargo. Por reajuste en el pago de las diferentes prestaciones, reconocidas tales como: prima de navidad, prima de vida cara o costos de vida, prima de vacaciones, prima de antigüedad, vacaciones, aguinaldo etc...
 5. Al reajuste en el pago de los periodos de incapacidad y vacaciones teniendo en cuenta el salario hora que corresponda a la categoría del cargo del actor y además las sumas que constituyan salario, y que determinan el promedio con el que se deben liquidar tales conceptos, es decir. los derivados de los recargos por trabajo nocturno, dominicales, tiempo suplementario que por ser salario deben tenerse como tal para liquidar las prestaciones dichas.

6. El pago en dinero de los descansos compensatorios que se le adeudan por su trabajo habitual en domingos y festivos
7. Pago sobre-remuneración debida por el tiempo extra laborado en cada jornada, es decir. el laborado excediendo los límites de la jornada máxima legal.
8. Las sumas objeto de condena, las pagara la entidad demandada en forma indexada, es decir, en su valor actual al momento del pago; como expresamente lo autoriza el Art. 178 del C.C.A.
9. Se condene igualmente a la entidad demandada al pago de las costas y gastos del proceso.

Para dar sustento a sus pretensiones plasma los siguientes,

HECHOS RELEVANTES

1. El señor **MARIO DE JESÚS URIBE YEPES**, laboró en el municipio de Medellín, en el cargo de Bombero fecha en que comenzó a prestar sus servicios hasta el día 20/02/2012 trabajando todos los días de la semana, incluidos los domingos y festivos en turnos de 24 horas continuas, *“que se cumplen desde las 8 de la mañana de un día hasta las 8 de la mañana del día siguiente, por 24 horas consecutivas de franquicia”* con un salario mensual de \$2.400.000, subsistiendo su disponibilidad durante el tiempo de descanso.
2. No obstante, cumplir con la jornada impuesta deben estar disponibles al llamado de la entidad correspondiente, sin que la remuneración comprenda estos períodos de franquicia.
3. Informa el actor que al aplicarle el salario correspondiente por hora, no se le paga este valor, sino que la jornada se toma de 12 horas diferidas por el salario de las 8 horas de otro funcionario de dicha categoría y clasificación, lo que hace que 4 horas no obedezcan al salario real, desconociendo la clasificación y creando una desigualdad injusta que atenta contra los derechos constitucionales y legales, desconociéndose este reajuste en los conceptos percibidos, los cuales deberán ser reajustados.
4. En razón de su oficio, le correspondió laborar domingos y festivos en el número de horas que se tienen reglamentadas para éstos, por lo que por laborar en día de descanso obligatorio tienen derecho a una indemnización igual a un día más laborado por cada día festivo o dominical o escoger entre un día de descanso compensatorio.
5. Mediante escrito solicitó los derechos aquí reclamados, resolviendo negativamente la entidad mediante las Resoluciones No. 1661 del 21 de mayo de mayo de 2002, 260 de junio 27 de 2002 y 0755 del 17 de julio de 2002.
6. El actor laboró hasta el pasado 20 de febrero de 2012 y mediante escrito del 01 del mes de marzo de 2012, efectuó reclamación con base en estos nuevos hechos, sobre los derechos que aquí se reclaman, respondiendo la accionada mediante escrito fechado 27 de marzo de 2012, sin dar una respuesta clara y de fondo a la petición del actor, limitándose a manifestar que dicha reclamación ya había sido resuelta mediante las resoluciones antes enunciadas, **obviando que el tiempo relacionado era diferente**, ya que como se repite continuo laborando en dicha entidad.
7. La decisión de la administración no resolvió de fondo la petición realizada, no informó los recursos que legalmente procedían en contra de la decisión, ni las autoridades antes las cuales se deberían interponer, ni los plazos para hacerlo, tal y como lo concibe el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo.

8. El acuerdo 60 de 1961 expedido por el Honorable Concejo de Medellín adoptó el salario hora, como sistema de liquidación de salarios en el Municipio, acuerdo aún vigente que no diferenció si la jornada era ordinaria o excepcional (especial), mucho menos a que funcionario o cargos se les aplicaba, por el contrario, estableció que: "...A todos los trabajadores del Municipio de Medellín...". Y por ello rige para todos los funcionarios adscritos al departamento de bomberos de la secretaría de Gobierno Municipal, el cual ha sido desconocido por la Administración
9. Es importante añadir, que a partir del 16 de agosto de 2000, la jornada de los bomberos varió de 72 horas semanales en promedio a 48 horas semanales, por haberse declarado inexecutable el sustento jurídico de los decretos 100 de 1965 y 272 de 1975, en la cual se regulaba la jornada especial de los bomberos, mediante sentencia C-1063 de 2000.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se infringe el Art.1° del acuerdo 60 de 1961 ;10 del acuerdo 16 de 1971; 1° del acuerdo del 17 de 1980; Acuerdo 40 de 1983; 13 y 14 del Decreto 01 d3e 1950;2y 6 del decreto 273 de 1975 , 5,6, 10 y 11del decreto 100 de 1965;8 del decreto 16 de 1961; 4 y 5 del Decreto Nacional 1278 de 1993, 85,131,132,172,176,178,206 y SS del decreto 01 de 1984, acuerdo 1042de 1978 Art. 4° y 39, decreto 086 y 120 de 1983. Art. 13,23 y 53 de la Constitución Política , Art. 4,7,9,10 y 140 de la ley 100 de 1993, decreto 1835 Art. 2,3,, 4, 12 de agosto de 1994,Decreto 0898 de 1996 , ley 57 de 1926 y decreto 222 de 1932 Art. 3°,ley 6 de 1965 en su artículo 3° ,acuerdo 35 de 1956 , decreto 086 de 1986, decreto 01 de 1984 Art. 66 , C.C.A., decretos 17 del 80 y 31 del 82 y 40 de 1985.

Como concepto de violación expone:

- VIOLACIÓN AL ACUERDO 60 DE 1961, en este se estableció la forma de pago por salario hora, y el periodo de pago de los trabajadores del municipio de Medellín, acuerdo que aún está vigente y que se viene desconociendo, al liquidársele al actor sus emolumentos de manera contraria a la norma, por lo que debe regir para los empleados públicos y no desconocerse, ni aplicarse de manera diferencial entre quienes tienen una jornada ordinaria y los que tienen una jornada especial.

- Ley 100 de 1993. Art. 140, como fundamento jurídico del Decreto 1835 de 1984, en el cual se faculta a la rama ejecutiva para que expida el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, para que se les tenga en cuenta una menor edad de jubilación y además un número menor de semanas cotizadas, o ambos requisitos, y establecer los puntos porcentuales adicionales de cotización, a cargo del empleado o del empleador y el trabajador". No se tuvo en cuenta en este caso dicho porcentaje para poder acceder a una igualdad en relación a las pensiones, solo se les da este beneficio a los bomberos que hayan ingresado con posterioridad a este decreto, interpretación que viola el Art. 13 y 53 de la Carta Magna.

Se violan los artículos 4, 7, 9 y 10 de la ley 100 de 1993, ya que se desconoce el reconocimiento de la cotización adicional pensional por su oficio de alto riesgo y a sus similares se les reconoce ese beneficio dependiendo de la fecha de ingreso a la entidad, sin que exista una razón constitucional, para dar unos el beneficio y negarlo a otros, debido a que todos asumen los mismos riesgos en la actividad que desempeñan.

El Decreto 222 de 1932, por medio del cual está facultado el municipio para reglamentar la remuneración del trabajo en días de descanso obligatorio, o sea, cuando labora habitualmente en dominicales y festivos se le otorga el derecho a una indemnización igual a un día de salario por cada dominical o festivo laborado, así lo exige un día compensatorio, creando con esta norma una desigualdad con respecto a otros decretos 1042 de 1978 de tipo nacional que consagran para los empleados públicos que laboran habitual y permanentemente los días dominicales y festivos, que tienen derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de una día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, incumpléndose con aquella disposición al no reconocérsele lo ya adquirido por ley.

- Ley 23 de 1997, Según la cual siempre debe darse un descanso complementario ,así se trate incluso en días de vacancia, pues la idea de que quien labora permanentemente dominicales y festivos tenga un día de descanso es que si descansa otro día distinto en semana pueda recuperar sus fuerzas, comparta con su familia y desarrolle actividades deportivas, culturales y sociales que lo ayuden a desarrollarse como un ser humano integro, al no permitirles este día de descanso y su remuneración como la ley lo expresa, se le violan no solo estos derechos al trabajador sino también a su familia, sin tener en cuenta que se desmejora notablemente su calidad de trabajo, pues no estará en condiciones de dar lo mejor de sí.

- Acuerdo 35 de 1986, que reguló lo relacionado con la jornada laboral del Municipio de Medellín, rigiéndose en todo caso por la ley 6ª de 1945 ,norma que sirvió para extender la jornada laboral de los Bomberos del municipio de Medellín a 12 horas diarias, porque se les incluyó dentro de un grupo de excepciones lo que posteriormente fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional el 16 de Agosto de 2000, esto por el decaimiento del decreto 100 de 1965 y el 272 de 1975, con relación a la jornada laboral de los bomberos de Medellín y el cual según el Decreto 01 de 1984 (C.C.A.) han perdido estas normas locales su fuerza ejecutoria por que ha desaparecido el fundamento de derecho en que se sustentaban, por esto se violan la jornada de los Bomberos que a partir de ese momento debió de haber sido de 48 horas semanales y todo tiempo más del señalado debe considerarse como horas extras, y hasta el momento nada le ha sido reconocido.

- Art. 66 numeral 2 del C.C.A., dice “Salvo norma expresa en contrario” en forma tal que puede prescribirse la fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia de un acto jurídico, por lo tanto este acto no debe seguir surtiendo efecto hacia el futuro ya que ha desaparecido el fundamento legal u objeto del mismo, también se viola el Art. 13 de la C.N., como es el derecho a la igualdad.

- Decreto No. 17 de 1980, 31 de 1982, 40 de 1985, toda vez que el factor hora asignado a la categoría salarial del demandante, varió a partir del 16 de agosto del 2000 y este factor debe corresponder a una jornada de 48 horas semanales y no de 72, cuestión que aún no ha sido reconocida por el Municipio de Medellín.

AUDIENCIA INICIAL

En audiencia inicial celebrada el día 28 de noviembre de 2013 (folios 192 a 195), el Despacho encontró que la parte demandada solo propuso excepciones constitutivas de argumentos de defensa. Indicando que de la excepción relativa a la prescripción no se resolvería en esa oportunidad porque su pronunciamiento dependía de la prosperidad de la pretensión principal De igual manera, se cumplió con la fijación del litigio, se emitió pronunciamiento en torno a las pruebas solicitadas por la parte demandante, y se cumplió con las demás etapas previstas para el desarrollo de la diligencia.

AUDIENCIA DE PRUEBAS

En audiencia de pruebas iniciada el día 22 de octubre de 2014 (fl 237 a 238) y culminada el día 05 de diciembre del mismo año (fl 247 a 248) se recaudó la prueba documental, testimonial y pericial decretada y culminada el 05 de diciembre de dicha anualidad, diligencia en la que se surtió la contradicción del dictamen y luego de ser resueltas las solicitudes de aclaración y adición, se objetó el dictamen por parte del ente accionado y se indicó, que la misma sería resuelta en la sentencia, Seguidamente se prescinde de la fase siguiente, posibilidad que previó el legislador, párrafo final del artículo 181 del CPACA, se dio por surtido el periodo probatorio y se corrió traslado para alegar por escrito.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte actora** a través de memorial visible a folio 259 y ss, presenta escrito de conclusión, señalando que de acuerdo a lo probado en el proceso no cabe duda que el acto censurado está llamado a ser declarado nulo.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: MARIO DE JESUS URIBE YEPES
Accionado: MUNICIPIO DE MEDELLIN
Radicado: 05001 33 33 007 2012 00042 00

Con respecto a la pretensión relativa al salario-hora, se debe tener en cuenta que según acuerdo 60 de 1961 expedido por el Concejo de Medellín que adoptó el salario como sistema de liquidación de salarios, está vigente y no diferencia si la jornada era ordinaria o excepcional y tampoco, a qué cargos o funcionarios se le aplicaba, indicando que lo era a todos los funcionarios del Municipio de Medellín y es por ello, que rige para todos los empleados adscritos al Departamento de Bomberos de la Secretaría de Gobierno Municipal, norma que se ha venido interpretando de manera diferente para quienes laboran jornada ordinaria de 8 horas y para quienes lo hacen en jornada especial, es decir, un turno de 24 horas como el demandante, lo que colige un trato diferencial que riñe con el derecho fundamental a la igualdad.

Se denota lo anterior con la experticia realizada por la perito en la cual se refleja la diferencia en las liquidaciones de los emolumentos efectuadas por el Municipio de Medellín y las que se derivan de la aplicación conforme a los presupuestos legales; igualmente quedó dicho con la prueba testimonial recaudada que da cuenta de las inconsistencias en el pago.

El hecho que el ente accionado no reconozca el pago de los días de descanso que sean dominicales y festivos con base en la Ley 23 de 1977 es una discriminación de carácter ilegal, siendo una de los eventos en que se permite que excepcionalmente el empleado labore más de 8 horas a la semana, jornada máxima que solo aplica a los trabajadores oficiales.

Ahora bien, la negativa del municipio a reconocer horas extras, luego del trabajo semanal de 48 horas, excede los mandatos legales y los fundamentos de la respuesta emitida no apunta a la interpretación efectuada por el Consejo de Estado en providencia del 13 de octubre del año 2010.

Cita conceptos emitidos por la Procuraduría que dan sustento a las pretensiones para afirmar que el ente accionado viola el decreto 17 de 1980 y 40 de 1985 toda vez, que el factor hora asignado a la categoría salarial del actor varió a partir del 16 de agosto de 2000, como quiera que debe corresponder a una jornada de 48 horas semanales y no de 72.

El **parte accionada** en escrito visible del folio 263 al a 273 presenta su escrito de alegaciones, en los siguientes términos:

Estima que se deberán negar las pretensiones de la demanda con apoyo en las especiales características de trabajo de los bomberos, no sometida a jornada máxima de trabajo, de acuerdo al artículo 10 de la Ley 6 de 1945 y en sentencia del Consejo de Estado de octubre 9 de 1979, expediente N° 1765 confirmada por la Sala Plena de la Corporación a través de sentencia del 19 de octubre de 1982.

Alude así mismo, a sentencia del órgano de cierre de la jurisdicción que precisa el marco normativo que gobierna la situación particular de los bomberos de julio 24 de 2008, fecha para la cual no se había expedido por el Gobierno Nacional el decreto para fijar el régimen especial de los trabajadores operarios de los cuerpos de bomberos, a fin de resolver temas como el de la presente reclamación y por ello cabría aplicar la norma general sobre el caso, pero la misma singularidad de la función del bombero en beneficio de la seguridad pública lo imposibilita, como se precisa en sentencia de septiembre 21 de 2006, expediente 3002-03 C.P Dra. ANA MARGARITA PLAYA FORERO, en la que se concluye que en materia de jornada de trabajo, debe aplicarse el parágrafo del artículo 3 de la ley 6 de 1945, por referirse a situación excepcional y es por ello, que dichos empleados públicos por las funciones que cumplen su actividad no está sujeta a jornada de trabajo sino que por el contrario sus titulares se entienden estar comprometidos en todo momento al ejercicio de las funciones que le son propias.

Es así, como indica que el Municipio de Medellín mediante Decreto 1140 de 2007 que modificó el decreto 100 de 1995 en relación con la jornada laboral para el cuerpo de bomberos dispuso en su artículo primero una jornada especial por turnos de 12 horas, es

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: MARIO DE JESUS URIBE YEPES
Accionado: MUNICIPIO DE MEDELLIN
Radicado: 05001 33 33 007 2012 00042 00

decir, labor excepcional por labor ejecutada, funcionarios que no tienen jornada de trabajo de la misma forma que no la tienen los empleados de dirección, confianza y manejo, pues cumplen una función especialísima en beneficio de la seguridad ciudadana, que no puede ser suspendida ni sometida a jornada laboral.

En lo que atañe al dictamen pericial y sobre la cual se formuló objeción por parte del apoderado del ente territorial cita pronunciamiento emitido por el líder de la Unidad de Administración de Personal de la Secretaría de Servicios Administrativos del Municipio de Medellín el cual desde ya se indica no será valorado, toda vez que fue emitido e informado al despacho por fuera de la oportunidad procesal para ello.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador 107 Judicial I Administrativo, rinde concepto en escrito obrante del folio 250 al 258, indicando luego de referirse a la demanda y al trámite del proceso lo siguiente:

El problema jurídico principal consiste en determinar si el demandante en su condición de empleado municipal y en razón de la labor desempeñada (bombero), le asiste el derecho al reconocimiento y pago de tiempo extra nocturno, dominicales y festivos, reajuste de salario y a todas las prestaciones sociales con base en 65 horas extras nocturnas laboradas mensualmente, desde que comenzó a laborar en calidad de bombero al servicio del Municipio de Medellín.

En torno a la normativa aplicable y a la posición del Consejo de Estado, la Sección Segunda de la Corporación ha indicado la posibilidad de aplicar a casos como el que se debate (el decreto 1042 de 1978), bajo el entendido que el artículo 3 de la ley 27 de 1992 hizo extensiva a las entidades territoriales tal norma y porque dicha extensión fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con la sentencia emitida en 25 de octubre de 2102. C.P Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicado 0500123319000200300030-01.

Según lo allí plasmado se tiene que la jornada máxima laboral de los empleados públicos, está definida en el artículo 33 del decreto 1042 de 1978 que la estableció en 44 horas, señalando un límite de 66 horas para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

Dentro de dicho límite el jefe máximo de cada organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras, el cual no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal, aplicando en dicho caso lo dispuesto para las horas extras.

Alude a la posición del Consejo de Estado en relación con la jornada de trabajo de los bomberos, en la que se indica que este servicio es de carácter público y esencial y por ello, su prestación debe ser continua y efectiva; y la jornada debe ser retribuida de manera proporcional y justa y es por dicha causa que si supera la jornada máxima laboral de 44 horas semanales, es obligación de la administración reconocer y pagar al empleado horas extra, horas nocturnas, dominicales y festivos, según corresponda.

Expresa que más adelante el Consejo de Estado expresó dentro del expediente 1022 de 2006 que ante la falta de reglamentación por parte del municipio sobre la jornada del personal de bomberos, resultaba aplicable la prevista en el Decreto 1042 de 1978, esto es 44 horas semanales, siendo inequitativo que se sometiera a estos servidores a jornada especial sin reconocimiento del trabajo suplementario.

Continúa el señor Procurador consignando el desarrollo de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado en providencias más recientes en la que se refirió a la forma cómo se debe reconocer el tiempo de trabajo suplementario.

Se hace necesario establecer si el trabajo desarrollado por el actor en días dominicales y festivos es de naturaleza ordinaria u ocasional, estimando que dentro del expediente se certifican órdenes del día anexos 1, 3 y 4 al folio 119 en la que se expresa que la labor era desarrollada por turnos de 24 horas que incluía domingos y festivos.

Luego de referirse a la precisión que efectúa el Consejo de Estado en torno a los términos ordinario o habitual, expresa se hace necesario no solo comprobar que la labor fue ejercida durante dichos días del mes, sino que quien presta el servicio bajo esta modalidad de turnos, tenga la certeza de cuales domingos y festivos del mes debe laborar.

Para el caso concreto estima quedó probado que el actor pertenece al cuerpo de bomberos de Medellín y que el horario para la actividad desempeñada por éste, según Decreto 1179 de 2007, fue establecida por turnos de 12 por 24 horas

Es clara la respuesta del municipio de Medellín al actor indicándole que al ser su jornada especial no estaba sometida a jornada ordinaria laboral en razón de lo cual no era procedente el reconocimiento de horas extras ni compensatorios al no generarse tales derechos.

Se encuentra probada la condición de la labor desempeñada por el actor 24 X 24 horas hasta el año 2007 y luego dicha jornada cambio a 12 X 24 turno sin ningún descanso, en el que se laboraba, sábado, domingos y festivos.

Con fundamento en lo expuesto es evidente que el municipio reguló una jornada superior a la ordinaria de 44 horas, encontrándose probado que la entidad no pagó tiempo extra o suplementario laborado más allá de la jornada ordinaria establecida en el decreto 1042 de 1978 y por ello debe proceder a su reconocimiento, teniendo en cuenta para ello el salario devengado según el período reclamado, reliquidando las prestaciones sociales reconocidas y pagadas en igual período.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia.

Este Despacho es competente para conocer de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral, en virtud de lo establecido en el numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problema Jurídico.

Se contrae el debate planteado a establecer la legalidad del **acto administrativo FICTO contenido en la comunicación de marzo 27 de 2012** emitida por el ente accionado, mediante la cual se negó el reconocimiento reclamado relativo al pago de compensatorios por festivos y dominicales laborados, a las horas extras y al reconocimiento del valor hora, reajuste de salarios y prestaciones sociales, determinando si le asiste al actor en su condición de bombero el derecho al reconocimiento y pago de los derechos reclamados.

3. Marco Normativo y jurisprudencial.

3.1 Jornada Laboral de los empleados públicos.

En reciente decisión emitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en asunto similar al que ocupa la atención del Despacho en relación al tema, se hizo referencia al desarrollo jurisprudencial que ha tenido este asunto en los siguientes términos, la cual se cita in extenso por su importancia para la decisión que habrá de tomarse:¹

¹ Sala Primera de oralidad, Magistrado Ponente Doctor **GUTIÉRREZ JORGE IVÁN DUQUE**, cinco de febrero de 2014, **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**, actor **Jose Arlex Alzate Sánchez**, **Municipio de Medellín**, radicado, **05001-23-33-000-2013-00294-00**.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: MARIO DE JESUS URIBE YEPES
Accionado: MUNICIPIO DE MEDELLIN
Radicado: 05001 33 33 007 2012 00042 00

"En reiterada jurisprudencia la Sección Segunda del Consejo de Estado ha indicado la posibilidad de aplicar a casos como el que se debate en el presente asunto el Decreto No. 1042 de 1978, bajo el entendido que el artículo 3º de la Ley 27 de 1992 hizo extensiva a las entidades territoriales tal norma y porque la extensión de la anterior norma fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998, en armonía con el artículo 3º de esta misma ley².

Así pues, se tiene que la jornada máxima laboral de los empleados públicos, está definida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que la estableció en 44 horas. Esto establece la norma:

"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."

Así las cosas, la anterior norma es aplicable a los empleos indicados en el Decreto 1042 de 1978 sometidos a jornada ordinaria, ya sea del orden nacional o territorial, quienes tendrán una jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales.

Ahora, en el ámbito local y referido a la jornada laboral del Cuerpo de Bomberos de Medellín, la Secretaría del Medio Ambiente del Municipio de Medellín, expidió el Decreto 1140 de 2007 "Por medio del cual se modifica el Decreto 100 de 1995 en relación con la jornada laboral para el Cuerpo de Bomberos del Municipio de Medellín", siendo esta la otra disposición del orden local que señala el actor como violada y frente a la cual considera que respeta el decreto que fija la jornada máxima para los trabajadores en 44 horas semanales.

Con relación a la jornada laboral el Decreto 1170 de 2007, indicó:

"ARTÍCULO PRIMERO: Modificar el Decreto 100 de 1965, en lo relacionado con la jornada laboral del Cuerpo de Bomberos del Municipio de Medellín, en el sentido de que la misma será de 12 horas por 24 horas.

ARTÍCULO SEGUNDO: Para el efecto, será competencia del Subsecretario del SIMPAD redistribuir los turnos al interior del Cuerpo de Bomberos, creando una nueva compañía © que permita la prestación continua del servicio".

2. Jornada de trabajo de los bomberos.

El Consejo de Estado en providencia del 25 de octubre de 2012, expediente No. 050012331000200300030-01, analizó los antecedentes jurisprudenciales existentes sobre la jornada de trabajo de los bomberos, para concluir que si bien el servicio que prestan, es de carácter público esencial y que los municipios deben velar por su prestación continua y efectiva; las jornadas laborales de estos trabajadores deben ser retribuidas de manera proporcional y justa, y que en todo caso, si se supera la jornada máxima laboral de 44 horas semanales a causa de los servicios prestados, es obligación de la administración reconocer y pagar al empleado horas extras, horas nocturnas, dominicales y festivos, según corresponda. Por su importancia se transcribe apartes de la sentencia:

"Un primer antecedente sobre este tema, lo constituye la sentencia de 4 de mayo de 1990³ dictada dentro de un proceso en el que también fungía como demandado el Municipio de Medellín. En esa oportunidad, la Sección Segunda del Consejo de Estado, efectuó las siguientes consideraciones relacionadas con la competencia para determinar la "jornada de trabajo":

"... La fijación de la jornada de trabajo de la administración pública es de origen estatutario, es decir impuesta por la ley. Más como el demandante presta sus servicios a una organización especial del municipio de Medellín, como lo es el cuerpo de bomberos, se examinara si la jornada de trabajo corresponde a la máxima determinada directamente por la ley, o si por el contrario, su señalamiento ha sido deferido por el legislador a otra autoridad y si la fijada en este caso por la alcaldía municipal de esa ciudad mediante Decreto 100 de 1965, armoniza o no con las directrices existentes sobre el particular.

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: MARIO DE JESUS URIBE YEPES
Accionado: MUNICIPIO DE MEDELLIN
Radicado: 05001 33 33 007 2012 00042 00

La Ley 6ª de 1945 que en el inciso 1º del artículo 3º señaló en forma general que las horas de trabajo no pueden exceder de ocho (8) al día, ni de cuarenta y ocho (48) a la semana, en el parágrafo 1º del mismo artículo preceptúa que esa disposición no se aplica, entre otras actividades a las "Labores que a juicio del gobierno, no sean susceptibles de limitación de la jornada o deban regirse por normas especiales" como plenamente lo justifica la prestación de un servicio como el de bomberos, que no es susceptible de interrupción.

Por consiguiente, el gobierno ya sea del orden nacional, departamental o municipal, dentro de los límites señalados en dicha norma, **goza de facultad discrecional para fijar la jornada de trabajo sin sujeción a la regla general a la cual hizo referencia.**" (Negrillas fuera del texto).

En el mismo fallo, la Sección sostuvo que "la relación laboral de algunos servidores públicos que trabajan en entidades que por su naturaleza y fines deben prestar determinados servicios que interesan a la comunidad u que hacen relación, especialmente, con la tranquilidad ciudadana, el orden público, la salubridad y seguridad de las personas, **no puede someterse a una jornada de labores con límite específico de tiempo, toda vez que tales servicios deben prestarse ininterrumpidamente.** De ahí que, en virtud de los reglamentos internos de dichas instituciones, se establezca la disponibilidad permanente de las personas encargadas de prestar esos servicios, como única manera de poder atender en forma eficaz y eficiente las situaciones que se presenten en cualquier momento y que hagan menester la prestación inmediata del servicio a ellas encomendado".

Adicionalmente y citando una providencia anterior, indicó que:

"cuando la persona se vincula a la administración pública en esta clase de labores, acepta de antemano las reglamentaciones que sobre el particular tengan señaladas estas entidades y por tanto no existe razón para que posteriormente se reclamen del Tesoro Público pago de dominicales, recargos nocturnos u horas extras, pues la modalidad de la vinculación, en cuanto a horarios y jornadas de trabajo se refiere, es propia de esta categoría de funcionarios (Anales del C. de E. - 2o. Semestre de 1979, página 303)".

Agregó:

"En criterio de la Sala, **la administración de Medellín podía establecer válidamente una reglamentación sobre la jornada laboral del Cuerpo de Bomberos, sin sujeción al límite de la jornada laboral ordinaria, como lo hizo.** Esto es, podía determinar para esa institución una jornada laboral excepcional que permita la disponibilidad permanente del personal a ella vinculado, que garantice el adecuado cumplimiento de la importantísima labor que le ha sido encomendada.

La Sala pues, considera que la reglamentación sobre el particular efectuada por la Alcaldía del citado Municipio, mediante Decreto 100 de 1965, conforme al cual el personal vinculado al Departamento de Bomberos de esa localidad, está organizando en dos compañías que atienden el servicio por turnos de un día natural de 24 horas, de 8 a.m. a 8 a.m. del día siguiente, descansan durante un lapso exactamente igual y disfrutan semanalmente y por rigurosos turnos, de un día de descanso, o "día civil", **tiene una sólida fundamentación en la naturaleza misma de la actividad que desarrolla el organismo, que se halla relacionada con la seguridad de la comunidad, lo cual determina que su prestación sea continua e ininterrumpida (...)**

Se repite que la jornada de trabajo de 24 horas fijada para el Cuerpo de Bomberos de Medellín, se ajusta a las previsiones del parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 6a. de 1945 y al criterio jurisprudencial reiterado en varios fallos proferidos por esta Corporación, debiéndose entender que ella comprende un lapso de trabajo diurno y otro nocturno, que debe cancelarse este último con los recargos previstos para el trabajo nocturno en el Decreto 272 de 1975, como bien lo hace la Administración, según se desprende de los actos demandados.

(...) es improcedente reconocer como extra del servicio prestado por los servidores del Cuerpo de Bomberos de Medellín durante la jornada laboral señalada en el Decreto 100 de 1965, así como los demás emolumentos que el actor reclama con fundamento en el criterio equivocado de considerar el trabajo de tales funcionarios que exceda de 8 horas, como trabajo adicional. Por ende, lo dispuesto en la sentencia sobre estos aspectos debe revocarse".

Posteriormente, la Subsección A de la Sección Segunda, en sentencia del 17 de abril de 2008⁴ (que ya se ha citado en el presente asunto), consideró que, como el Municipio no había dictado una reglamentación sobre la jornada laboral del personal de Bomberos, resultaba aplicable la prevista en el Decreto Ley 1042 de 1978, esto es, de 44 horas semanales. Adicionalmente, puntualizó que resultaba inequitativo y desigual aceptar que el cuerpo de bomberos estaba sometido a una jornada laboral especial sin un reconocimiento por el trabajo suplementario.

Similar consideración, fue efectuada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de abril de 2009 dictada dentro del expediente N° 9258 de 2005⁵; en la cual puntualizó:

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

De la anterior providencia, en la que se condenó a la entidad demandada (Municipio de Pereira) al pago de las horas extras, horas nocturnas, dominicales y festivos, y a la reliquidación de las prestaciones sociales de quien fungía como actor; quedó claro que: **i)** resulta inequitativo y desigual admitir de un lado, que los empleados públicos que se desempeñan como bomberos están sujetos a una jornada especial (que puede ser de 24 horas diarias); sin que se les remunere el trabajo suplementario. **ii)** Tratándose de empleados públicos es la Ley la que tiene la autoridad para fijar el régimen salarial que les es aplicable, **iii)** Al tenor de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución, en materia laboral se debe atender el principio mínimo de favorabilidad que indica que las controversias han de resolverse respetando la situación más beneficiosa al trabajador.

...

Finalmente, en lo que tiene que ver con el trabajo suplementario, en la sentencia de 17 de noviembre de 2011⁶, la Subsección B de la Sección Segunda, consideró en el caso de un vigilante que alegaba entre otras cosas, el reconocimiento y pago de unas horas extras; que:

"Cualquier hora adicional que se haya laborado en exceso de las 44 horas semanales debe ser considerada como trabajo extra y, en consecuencia, se impone su remuneración conforme a las reglas de los artículos 36 a 38 del Decreto 1042 de 1978".

En ese orden, la postura actual de la Sala en relación con los casos relacionados con el reconocimiento y pago del trabajo suplementario y conexos, la cual fue expuesta en las providencias citadas, consulta el nuevo orden Constitucional vigente, así como los principios de equidad, justicia, igualdad favorabilidad". (Negrillas del original)".

3.2 Acudiendo nuevamente a la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo y que por su importancia y reciente expedición se ha constituido en marco de referencia de esta decisión, se transcriben los apartes referentes a las **horas extras y recargos nocturnos, dominicales y festivos**, para posteriormente el despacho referirse al caso concreto²:

"3. Horas extras.

Ha considerado el Consejo de Estado, que el reconocimiento y pago de horas extras o el descanso compensatorio, según lo dispuesto por el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, en concordancia con el artículo se sujeta a los siguientes requisitos⁷:

"...

a. El empleado deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 9 del nivel técnico (Decreto 10 de 1989).

b. El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

c. El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del 25% o del 75% sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, según se trate de horas extras diurnas o nocturnas. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del citado Decreto 1042 se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

^{2 2} Sala Primera de oralidad, Magistrado Ponente Doctor **GUTIÉRREZ JORGE IVÁN DUQUE**, cinco de febrero de 2014, **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**, actor José Arlex Alzate Sánchez, Municipio de Medellín, radicado, 05001-23-33-000-2013-00294-00.

d. *En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales (Decreto 10 de 1989, artículo 13)".*

4. **Recargos Nocturnos.**

El artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, define un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre la asignación mensual para los empleados que trabajen en jornadas mixtas, que para el caso concreto sería el de los bomberos que laboran jornadas de 12 X 24:

"ARTICULO 35. DE LAS JORNADAS MIXTAS. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con periodos de descanso

Los incrementos de salario a que se refiere los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo."

5. **Dominicales y festivos.**

La normativa aplicable al pago del trabajo realizado en dominicales y festivos es la establecida en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que dispone:

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

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

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

Conforme a la disposición trascrita, 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, igualmente la norma consagra 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.

Respecto al trabajo realizado por los bomberos, durante los dominicales y festivos, habrá de acoger la Sala el criterio establecido en sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección B, con ponencia del Consejero de Estado **VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**, con fecha del 2 de abril de 2009, en el cual sentó en asunto similar al que ahora decide la Sala, que:

... "cuando la norma define que el trabajo realizado en días domingos y festivos se remunera con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, se debe entender que se remunera con un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado.

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

Dentro del expediente probatorio se certifica (órdenes del día anexos 1, 3 y 4 al folio 119 cuaderno No 1) que la labor era desarrollada por turnos de 24 horas que incluían domingos y festivos.

El artículo 39 del Decreto No. 1042 de 1978 señala que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos corresponde a los empleados públicos que en razón de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los dominicales o festivos.

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

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

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: MARIO DE JESUS URIBE YEPES
Accionado: MUNICIPIO DE MEDELLIN
Radicado: 05001 33 33 007 2012 00042 00

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

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

4. Pruebas recaudadas.

4.1 Documental.

- Comunicaciones emitidas en el año 2002 por la accionada mediante las cuales da respuesta a las solicitudes elevadas por el actor para el reconocimiento del tiempo suplementario que exceda de la jornada ordinaria de 48 horas y no de 72 horas como lo liquida la entidad; reliquidación del salario según el factor hora para el personal de bomberos a partir del 16 de agosto de 2000 y el pago de horas extras, dominicales y festivos tal como lo ordena el decreto 1042 de 1978 (19 al 41).
- Respuesta a derecho de petición elevado el 01 de marzo de 2012 efectuando solicitud de reconocimiento similar (fl 42 a 43).
- Comunicación emitida por la entidad el 25 de mayo de 2011 dando respuesta a peticionarios entre ellos al actor a la solicitud formulada el 05 de mayo de 2011 (fl 55 a 60) por medio de las cuales se le negó al actor y otros miembros de la institución el reconocimiento de pagos reclamados, al considerar que petición en igual sentido, había sido resuelta en el año 2002 y que por lo tanto se encontraba agotada la vía gubernativa.
- Certificación emitida por la Unidad Administrativa de Talento Humano de la Secretaría de Servicios Administrativos del Municipio de Medellín, mediante la cual y de conformidad con los reportes de nómina entre el 01 de marzo de 2009 y agosto de 2011, se certifican los pagos efectuados por concepto de recargos nocturnos, dominicales y festivos. Adicionalmente, se expresa que una vez entraron en vigencia los decretos 1636 y 1644 de 2011, los cuales no tienen efecto retroactivo, se empezó a reconocer además de los conceptos anteriores, las horas extras laboradas conforme a los reportes suministrados por la Secretaría tal como lo detalla la certificación (fl 113).
- Copia de los documentos que dan cuenta de la vinculación del actor con el ente accionado (fl 114 a 117).
- Copia de derecho de petición formulado en el mes de abril de 2002 y respuesta desfavorable de la entidad emitida en el mes de mayo siguiente (fl 118 a 128).
- Copia de derecho de petición presentado el 4 de junio de 2002 y respondido por la administración el 27 de junio siguiente (fl 129 a 137).
- Copia de Resolución N° 0755 de julio 17 de 2002, mediante la cual se resuelve recurso de apelación en materia salarial (fl 138 a 143).
- Copia del Decreto N° **100 de marzo 25 de 1965** mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico y de Régimen Interno para el Cuerpo de Bomberos de Medellín y se derogan disposiciones municipales con relación a la jornada laboral de algunos servidores públicos (fl 157 a173).
- Copia del Decreto **1140 de julio 09 de 2007** por medio del cual se *modifica el Decreto 100 de 1965 con relación con la jornada laboral para el Cuerpo de Bomberos del Municipio de Medellín*"; estableciendo que la jornada será en turnos de 12 horas X 24 horas (fl 174).
- Copia del Decreto **1636 de septiembre 12 de 2011** por medio del cual se *modifica el Decreto Municipal 100 de 1965 y se derogan algunas disposiciones municipales con relación a la jornada laboral de algunos servidores públicos*", en él se establece que la jornada laboral para el cuerpo de bomberos será de 44 horas semanales y que el tiempo trabajado adicionalmente será reconocido como horas extras con sus recargos.

- Copia del Decreto **1714 de septiembre 28 de 2011** por medio del cual se regula una jornada especial o sistema de turno, por necesidad del servicio (fl 177 a 178).
- Copia del Decreto **1644 de septiembre 13 de 2011** por medio del cual se unifica una jornada laboral en el ente territorial y se delega una competencia (fl 174 a 179).
- Comunicación de diciembre 06 de 2014 emitida por el ente accionado a través de la cual se da reporte de nómina correspondiente al año 2009, 2010; 2011 y 2012, este último hasta el 19 de febrero, así: (año 2009) Salario Básico mensual \$ 1.393.974; valor día \$ 45.829 y factor hora \$ 5.728,66 (fl 198); Año 2010: Salario Básico mensual \$ 1.463.673, Valor día \$ 48.121,00 factor hora \$ 6.015,09; año 2011 Salario Básico mensual \$ 1.535.685, Valor día \$ 50.488,00 factor hora \$ 6.311,03 y año 2012 Salario Básico mensual \$ 1.639.073, Valor día \$ 53.886,00 factor hora \$ 6.735,77 (fl 198 a 199).
- Tabla salarial para el cuerpo de bomberos durante el año 2013 de conformidad al Acuerdo N° 28 de 2003 (fl 201 a 202).
- Dictamen pericial emitido por la doctora MARIA DIOSELINA HENAO ZAPATA y tablas anexas (fl 217 a 234).

4.2 Testimonial.

En audiencia de pruebas llevada a cabo el día 22 de octubre de 2014 (folios 237 a 238), se recaudó prueba testimonial, escuchando las declaraciones de los señores: **JOSE CUSTODIO ESCUDERO y AMADO NICOLÁS ARBOLEDA.**

5. Objeción al dictamen.

Frente al dictamen rendido por la doctora **MARIA DIOSELINA HENAO ZAPATA** (fl 217 a 218) y sustentado en audiencia de pruebas efectuada el día 05 de diciembre de 2014, el apoderado del ente territorial accionado formula objeción a la experticia luego de efectuadas las aclaraciones y complementaciones solicitadas a la perito, en los siguientes términos:

*“Objeto la pericia porque de lo que se desprende de los dichos que acaba de expresar la señora perito **no ha tenido en cuenta al detalle los cuadros de turno del actor para efectos de presentar su respectivo trabajo.***

Además también como lo ha manifestado solo tuvo en consideración las pretensiones del actor, lo que lleva de alguna manera a parcializar su criterio y su visión sobre el problema planteado en este proceso porque hay dos visiones, tanto la parte demandante como la parte demandada han expresado en sus intervenciones un criterio sobre la incidencia que tienen las normas en que ella sustenta su dictamen que nos lleva a conclusiones y su trabajo como tal era apoyar el despacho sustancialmente diferentes y su trabajo como tal era apoyar al despacho, no a una de las partes y ese sentido coherentes con ese asunto debió haber presentado la visión que tenía una u otra parte para que el despacho cuando tome la determinación pueda utilizar el criterio técnico con objetividad.

Además tampoco ha considerado en la liquidación de las vacaciones, la prima de vacaciones y de navidad, consideró en la liquidación doceavas que no debió haber considerado porque el 1045 sobre el que dice que descansa el valor legal de su dictamen no los incluye, o no permite o no autoriza que esas doceavas sean consideradas para liquidar esas prestaciones sociales. En consideración a esos elementos básicamente es objeto además que tampoco ha considerado que las entidades públicas tienen un tope máximo de reconocimiento de prestación, de tiempo extra en tanto el 1042 de 1978, solo prevé el pago de tiempo extra hasta un tope techo de 50 horas mensuales y lo que exceda de allí no se puede hacer reconocimiento económico salvo que ya la relación haya terminado, caso en el cual lo que se produciría era una compensación pero no se dijo que cuanto tiempo era horas extras hasta 50 y el excedente en tiempo compensatorio”. (Negritas intencionales del despacho).

Surtido el traslado de la objeción a la apoderada de la parte actora ésta indica no ser parte del objeto de la pericia que el perito haga una discriminación detallada, como quiera que la solicitud de prueba fue muy general, motivo por el cual estima que la experticia está bien fundamentada solicitando se declare ajustada a derecho.

Por su parte, la perito se pronuncia en torno a la objeción señalando que aplicó el decreto porque no conoce a detalle cómo se liquida al interior del Municipio, expresando que trató de ajustar a la norma el tiempo complementario, norma que como toda tiene de pronto vacíos, ahí es donde no se ajusta a la apreciación, siendo una de las normas más apropiadas para hacer la liquidación. Indica además, que trató de ser lo más imparcial posible, liquidando el tiempo suplementario con los recargos de normas que existen al momento.

A las pregunta efectuada por el apoderado del ente accionado en procurar de lograr una aclaración del dictamen, relacionada con las razones que tuvo para desechar la jornada especial de los servidores que ejercen en el Municipio la labor de bomberos, indicó que luego de leer las normas liquidó el tiempo suplementario no muy al detalle, explicó que por ejemplo las 44 horas semanales divididas por 6 le da 7.33, ni siquiera las 8 horas, expresando que hacerlo de otra manera implicaría mucho más tiempo, como quiera que a la semana no se estaban contemplado las 8 horas, sino que daba menos.

Ahora bien, a la pregunta formulada por el despacho en torno a si para rendir la experticia tuvo a la vista el cuadro de turnos en el cual laboró el actor, respondió que sí **y al solicitarle que precisara si los tuvo en cuenta para hacer la liquidación contestó que NO porque salía más oneroso.**

5.2 Decisión a la objeción por error grave del dictamen pericial:

El apoderado de la parte demandada puntualiza las fallas de importancia que se endilga a la experticia, entre ellas, que la perito no tuvo en cuenta al detalle los cuadros de turno del actor para efectos de presentar su respectivo trabajo. Argumentación suficiente para demostrar el error grave en que ha incurrido la auxiliar de la justicia y consecuentemente declarar prospera la objeción. La misma perito contadora afirma ante el Despacho, NO haber tenido en cuenta para hacer la liquidación, el cuadro de turnos en el cual laboró el actor.

Ahora, la pericia solicitada por la parte actora y decretada por el Despacho, se encaminaba a: "... *efectuar el cálculo de lo debido al actor, teniendo en cuenta las horas de labores, cuáles son sus reajustes salariales y prestaciones debidos, partiendo del tiempo de servicios y el salario devengado*" (folio 8 –acápito de pruebas de la demanda-) y para esta dependencia judicial, la realidad del dictamen hubiese sido otra, de haberse tenido en cuenta el cuadro de turnos, esto es, las conclusiones a que llegaría serían diferentes, de no presentarse esta omisión, es decir, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por la perito o como ella misma lo afirmó, este resultaría más oneroso de haber tenido en cuenta el cuadro de turnos.

Aunado a lo anterior, no tomar en cuenta el cuadro de turnos incluso existiendo la prueba en el expediente, es no haber tenido en consideración el tiempo efectivamente laborado por el actor, y precisamente el dictamen tenía como finalidad, efectuar el cálculo de lo debido a éste y no a cualquier otro funcionario, teniendo en cuenta las horas laboradas y así determinar los reajustes salariales y prestaciones realmente debidos. En otras palabras sin cuadro de turnos, no es posible determinar con exactitud las horas laboradas por el actor, ni los festivos, ni dominicales, ni número de horas reales extras que reclama el accionante.

Finalmente, contrario a lo afirmado por la apoderada de la parte actora al momento de descender el traslado de la objeción por error grave, esto es, que no era parte del objeto de la pericia que el perito haga una discriminación detallada, como quiera que la solicitud de prueba fue muy general, para el Juzgado por el contrario, si era parte del experticio la discriminación detallada teniendo en cuenta el cuadro de turnos que laboró el actor, dado que la solicitud de la prueba no fue general, por el contrario fue específica; **"PRUEBA PERICIAL: Su despacho se servirá nombrar dos peritos idóneos en la materia (contadores) con el fin de que se sirvan efectuar el cálculo de lo debido al actor, teniendo en cuenta las**

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: MARIO DE JESUS URIBE YEPES
Accionado: MUNICIPIO DE MEDELLIN
Radicado: 05001 33 33 007 2012 00042 00

horas de labores, cuáles son sus reajustes salariales y prestaciones debidos, partiendo del tiempo de servicios y el salario devengado” (subrayas intencionales del despacho).

En virtud de lo anterior, prospera la objeción por error grave, lo que deja sin mérito el dictamen y en principio sin necesidad de ordenar la restitución de honorarios por parte de la perito contadora, toda vez que estos no le fueron pagados o por lo menos no obra prueba sumara dentro del expediente. Solo en caso que se hayan cubierto se dará aplicación al artículo 221 de la Ley 1437 de 2011, quedando a cargo del objetante poner en conocimiento del Despacho esta situación para proceder a comunicar a la perito tal determinación.

6. Caso Concreto.

Es un hecho probado que el señor **MARIO DE JESUS URIBE YEPES** perteneció al Cuerpo de Bomberos de Medellín, basta observar copia de la Resolución N°1661 de mayo 21 de 2002, por la cual se da respuesta a un derecho de petición (fl 19), en la que se lee en su primer considerando: “El señor URIBE YEPES MARIO DE JESUS, con la cédula de ciudadanía N° 15.500.945, labora como empleado en el Municipio de Medellín desde el 18/4/84 en el cargo de BOMBERO CONDUCTOR MECÁNICO...” y la Resolución N° 2292 (fl 155) mediante la cual se reconocen salarios y prestaciones sociales definitivas al actor, de la que se evidencia que éste, se desempeñó en dicho cargo hasta el 19/02/12 (ver igualmente hecho 1 de la contestación de la demanda, fl 105).

Adicionalmente, la entidad al dar respuesta al libelo genitor informa ser cierto que durante la vinculación del demandante con el Municipio de Medellín, la jornada laboral del cuerpo de bomberos inicialmente estuvo reglamentada por los Decretos Municipales 100 de 1965 y 1140 de 2007, los cuales fijaron jornadas especiales por turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso y luego 12 horas de labor por 24 de descanso, respectivamente.

Es igualmente un hecho establecido que la Subsecretaría del Talento Humano de la Secretaría de Servicios Administrativos del Municipio de Medellín, a través de la comunicación con Radicado 201200133086 del 27 de marzo de 2012, dio respuesta a la petición que hiciera el señor MARIO DE JESUS URIBE YEPES, consistente en insistir en el reconocimiento de las prestaciones ya indicadas, al expresar la administración en el acto acusado que mediante Resolución N° 1661 de 2002, la petición fue resuelta a través de las Resoluciones 260 y 755 del mismo año, entendiéndose agotada así la vía gubernativa (fl 42 y 154) y que por el hecho de estar en una jornada especial, la prestación de sus servicios no estaba sujeta a la jornada ordinaria laboral razón por la cual, no era procedente el reconocimiento de horas extras ni compensatorios ya que en dicha jornada especial no se generaban tales derechos, posición a la que se remitió el ente accionado en comunicación dirigida al actor el 27 de marzo de 2012, en respuesta a solicitud radicada bajo el **N° 201200093873 a través de la cual solicitó el reconocimiento de compensatorios por festivos y dominicales laborados, de horas extras y de valor hora.**

Ahora bien, las condiciones de trabajo realizadas por el señor URIBE YEPES en su calidad de BOMBERO CONDUCTOR MECANICO del MUNICIPIO DE MEDELLIN, encuentran respaldo en los siguientes elementos de prueba:

- CD aportado por el ente accionado que refleja los turnos trabajados por el actor desde el año 2006 hasta el año 2007 mes de septiembre, por las compañías A y B y a partir del mes de octubre de 2007 por las compañías A, B y C (fl 180).

- En las explicaciones suministradas por la parte accionada al dar respuesta al libelo genitor acepta como cierta la jornada laboral del Cuerpo de Bomberos que por decretos municipales estuvo regida por una jornada especial de turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso y luego 12 horas de labor por 24 de descanso respectivamente (fl 105), precisando que no obstante, con ocasión de la expedición de los decretos municipales **1636 de septiembre 12 de 2011 y 1644 de septiembre 13 siguiente**, los cuales no tienen efectos retroactivos, las prestaciones en materia de reconocimiento de tiempo

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: MARIO DE JESUS URIBE YEPES
Accionado: MUNICIPIO DE MEDELLIN
Radicado: 05001 33 33 007 2012 00042 00

suplementario se modificaron para algunos servidores específicamente para el caso de los bomberos, al unificar la administración la jornada laboral de 44 horas semanales sin excepción, aboliendo las jornadas laborales especiales, lo que conllevó la necesidad de reglamentar los turnos de estos servidores.

En audiencia de pruebas realizada el 22 de octubre de 2014 declararon los señores **JOSE CUSTODIO ESCUDERO y AMADO NICOLÁS ARBOLEDA**, 237 a 239, expresó el primero de los citados lo siguiente:

Sobre el horario de trabajo que manejó el cuerpo de bomberos del Municipio de Medellín *“El horario que manejó el cuerpo oficial de bomberos del Municipio de Medellín hasta el año 2007 fue turnos de 24 horas de labor por 24 por 24 horas de labores por 24 de descanso. De octubre de 2007 a octubre de 2011 fue sistemas de turnos de 12 por 24, del 2011 a la fecha tienen un sistema de turnos de 24 por 48”.*

En relación al monto del salario en la última fecha laborada, dice no recordarlo por ser diferentes los cargos y la asignación laboral. Más adelante indica, en lo que a la disponibilidad se refiere: *“que una vez finalizado el turno en caso de una llamada a una emergencia que supere el número de personas que están laborando en ese momento, tenemos la obligación de hacernos presentes a la estación más cercana y prestar el servicio la colaboración en la atención de la emergencia que se presente en ese momento”*

En torno a los días de descanso que disfrutaba el actor por cada semana laborada, manifestó: *“Hasta el año 2011 no se recibían digamos que días de descanso porque la labor de nosotros fue en el sistema de turnos tanto de 24 por 24 era la prestación del servicio todos los días, un día por decir algo el día lunes entrábamos a las 8 de la mañana y salíamos martes a las 8 de la mañana, volvíamos miércoles hasta el jueves y así sucesivamente, eso qué quiere decir, que hay una constante siempre en los turnos, era todos los días que teníamos que estar asistiendo allá a la institución; igual en el turno de 12 por 24, también teníamos que estar asistiendo todos los días; por decir algo el lunes recibíamos a las 8 de la mañana, hasta las 8 de la noche, volvíamos el martes a las 8 de la mañana hasta el miércoles a las 8 de la noche, así se estaba las 12 horas y las otras 24 posteriores al turno.... A partir del mes de octubre de 2011 a la fecha si se ve reflejado ya esos días de descanso por el sistema de turnos que tenemos, de 24 por 48 horas, si ingresó lunes a las 8 de la mañana trabajo hasta el martes a las 8 de la mañana pero ya descanso miércoles, entonces ahí si se ven reflejados los descansos dominicales pues que tiene uno derecho antes no se veían”.*

En lo que atañe a la labor de días dominicales y festivos como bombero, dijo: *“...a partir de 2011 se da un día de descanso mensual a compensar por la labor dominical (24 horas laboradas un día de descanso)”.*

Y en cuanto al cambio de jornada a partir del año 2000, expresó: *“jornadas en los bomberos no fue a partir del año 2000 sino de 2007; 12 por 24 y a partir del año 2011, 24 por 48”.*

Ahora bien en lo que corresponde al cambio de número de horas laboradas, señaló: *“una semana trabajamos el turno de 24 por 24, 168 horas y una semana trabajamos 80 y otra semana 88. En el sistema de turno 12 por 24 se trabajó un promedio de 112 horas en la catorcena variando somos 3 turnos, una catorcena se trabajaría 108 horas, en la otra 112 y en la otra 11, parta el promedio de 112 horas. A partir del año 2007 se implementó un turno adicional, o sea 3 compañías”.*

Finalmente, informa que para liquidar las prestaciones sociales se toman 360 días al año, que el factor salarial se determina, tomando la asignación básica por 12 meses, dividido por 2920 horas al año, porque toman un promedio de horas días de 8 y la multiplican por 365 días al año, esto da 2920 horas; y en cuanto al pago de horas extras indicó: que hasta el 2011 pagaban los recargos dominicales y festivos y los recargos nocturnos el 35% y el 200% este último, cuando era feriado; luego del 2011 se pagan otros recargos adicionales que corresponden a horas extras después de pasar 44 horas de la semana, el resto de horas no las reconocen como horas extras.

Por su parte, el señor **AMADO NICOLÁS ARBOLEDA** se pronunció en términos similares pero su informe se efectuó con menor detalle que el expuesto por el testigo anteriormente indicado.

Tanto el acto acusado como los demás medios de prueba arrimados al proceso dan cuenta que el actor, se desempeñaba al servicio del Municipio de Medellín, cumpliendo labores de Bombero conductor en jornada especial y posteriormente (año 2011) en ordinaria, en los

turnos señalados para cada una de ellas, tal como se ha venido indicando a lo largo de ésta decisión.

Es un hecho cierto que el ente accionado implementó una jornada especial en atención a la naturaleza de la labor llevada a cabo por los bomberos del Municipio de Medellín- superior a la jornada ordinaria de 44 horas para los empleados públicos, situación que es aceptada por la misma entidad demandada en la contestación que hizo al libelo introductor, pese a que argumente las razones de tal proceder.

También se evidenció que al actor no se le efectuó el pago de tiempo extra o suplementario, frente a lo que supera la jornada ordinaria laboral regulada en el Decreto 1042 de 1978, pues tanto los testigos en su deponencia como el mismo ente territorial, al contestar la demanda hacen tal afirmación exponiendo el municipio como razón, que por lo especial de la jornada de trabajo del cuerpo de bomberos del ente territorial, a estos trabajadores no se les reconoce horas extras y trabajo suplementario de las horas que exceden las 44 semanales.

Situaciones que llevan a concluir que el Municipio demandado infringió normas de carácter nacional, al imponer horarios superiores a la jornada laboral al señor MARIO DE JESUS URIBE YEPES, sin reconocer el pago de horas extras, ni del trabajo suplementario que se ha desarrollado por el actor durante los días domingos y festivos.

Teniendo en cuenta los supuestos fácticos, las pruebas recaudadas y el **marco normativo y jurisprudencial** que regula la jornada laboral de los empleados públicos, bomberos en este caso, horas extras, recargos y nocturnos, dominicales y festivos, expuesta en acápite precedentes, es criterio de este despacho que debe declararse la nulidad del acto ficto acusado, comunicación N° **2012200133086 de marzo 27 de 2012**, por medio del cual se omitió dar respuesta de fondo por parte de la administración a la solicitud del actor referente al reconocimiento deprecado: compensatorios, festivos, dominicales, horas extras y valor hora y en consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, impartir las siguientes determinaciones:

6.1. De la jornada de trabajo, la asignación mensual fijada en las escalas de remuneración debía corresponder a las cuarenta y cuatro (44) horas semanales, y así las cosas, cualquier liquidación que se le hiciera al actor, debía tener en cuenta el factor hora para una jornada laboral de 44 horas semanales, liquidándose el salario básico con el factor hora que arroje dicha operación (salvo factores extralegales como se verá más adelante), y así identificar los valores dejados de pagar por éste concepto por parte de la entidad, a fin de ser reajustados, durante el tiempo que aquí se defina sin sobrepasar el **12 de septiembre de 2011**, en virtud que a partir del día 13 del mismo mes y año entran en vigencia los Decretos **1636 y 1644 del 2011**, momento a partir del cual cesó la vulneración de los derechos y se corrigió por parte del Municipio de Medellín la forma en que venía reconociendo el factor del valor hora para liquidar.

Ahora, la jornada laboral del actor debió ser retribuida de manera proporcional y justa, en caso de superar, la jornada máxima laboral de cuarenta y cuatro horas semanales como consecuencia de sus servicios prestados, siendo deber de la entidad demandada, en este caso del Municipio de Medellín, reconocer y pagar los reajustes correspondientes.

6.2. El reconocimiento de los valores a cancelar (reajuste correspondiente), teniendo en cuenta los términos de prescripción en el caso *sub judice*, ha de **ser del primero (1) de marzo del año 2009 hasta el 12 de septiembre del año 2011** (esta última fecha en virtud de lo dicho en el numeral anterior), en razón a que la fecha de radicación de la solicitud, lo fue el **01 de marzo del año 2012**, radicada por la entidad bajo el número 201200093873 interrumpiéndose allí el término de prescripción teniendo la posibilidad de ser exigidos los derechos laborales causados hasta 3 años atrás de esa fecha, es decir, hasta el 01 de marzo de 2009, siendo este el lapso que debe ser reliquidado conforme al valor hora correspondiente, tomando como factor multiplicador el que resulte del factor hora para una

jornada de 44 horas semanales, y así obtener el valor hora, con el cual se liquidarán y pagarán los reajustes correspondientes.

6.2.1. Cotización especial del 8.5% y respectivo retroactivo:

Respecto a esta pretensión, el Despacho advierte que en la petición del 01 de marzo de 2012 no fue incluida dicha solicitud de cotización especial del 8.5% y su respectivo retroactivo, privando así al Municipio de Medellín de pronunciarse al respecto en sede administrativa de esa petición, cobrado aquí relevancia, el principio de congruencia que debe existir entre lo solicitado a la administración como requisito para acudir a la vía judicial y el contenido de las pretensiones de la demanda, lo que no se observa cumplido en el presente evento. La falencia de haber invocado la pretensión previamente a la entidad se observa en el documento obrante a folio 38 y ss y 150 y ss, esto es, copia de la petición elevada el 01 de marzo de 2012 de la que se desprende que no se solicitó a la entidad reajuste o reconocimiento alguno de cotización pensional especial. El actor no acudió a la administración en virtud del principio de la decisión previa con la finalidad de obtener un pronunciamiento sobre el reconocimiento y pago de la cotización especial del 8.5% y el respectivo retroactivo y por ende, no se accederá al reconocimiento de la pretensión reclamada.

6.2.2. Reajuste en el pago de los dominicales y festivos laborados.

Sobre el "reajuste en el pago de los dominicales y festivos laborados teniendo en cuenta la jornada laboral y el salario hora que corresponde a la categoría del cargo", como ya ha dicho, estos no fueron liquidados al actor conforme al factor hora correspondiente considerando una jornada de 44 horas semanales, entre el **01 de marzo de 2009 hasta el 12 de septiembre de 2011**, por lo que debe ser reliquidado y reajustado el pago de los dominicales y festivos que haya laborado efectivamente el demandante, conforme al artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, es decir, reconociendo una "remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado", sin que esté obligado a reconocer el día compensatorio en tanto el demandante se encuentra bajo el régimen especial de turnos (esto es, el actor conocía previamente la programación de su jornada laboral mensual, es decir los domingos del mes que le tocaba laborar, lo que conlleva a la habitualidad en la labro de esos días), motivo por el cual no hay lugar al reconocimiento del descanso remuneratorio y así se ha entendido por la jurisprudencia del Consejo de Estado³.

³ C.E, S2A, 17 abr 2008, e66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06). E. Gómez Aranguren.

Sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección B, con ponencia del Consejero de Estado **VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**, con fecha del 2 de abril de 2009, en el cual sentó en asunto similar al que ahora decide la Sala, que:

... "cuando la norma define que el trabajo realizado en días domingos y festivos se remunera con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, se debe entender que se remunera con un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado.

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

Dentro del expediente probatorio se certifica (órdenes del día anexos 1, 3 y 4 al folio 119 cuaderno No 1) que la labor era desarrollada por turnos de 24 horas que incluían domingos y festivos.

El artículo 39 del Decreto No. 1042 de 1978 señala que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos corresponde a los empleados públicos que en razón de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los dominicales o festivos.

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

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

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

6.2.3. Con relación a la pretensión del “*reajuste en el pago sobre remuneración por trabajo nocturno, jornada laboral de 48 horas para bomberos, teniendo en cuenta las horas laboradas dentro de cada jornada y el factor hora aplicable a la categoría del cargo*”, Teniendo en cuenta parágrafos precedentes, se ordena el reajuste y pago del recargo nocturno (Artículo 35 del Decreto 1041 de 1978) de acuerdo con el expediente administrativo del actor, **entre el 01 de marzo de 2009 al 12 de septiembre de 2011**, liquidándose conforme al valor hora correspondiente, considerando una jornada de 44 horas semanales.

6.2.4. Las horas extras se reconocerán y pagaran conforme al Decreto 1042 de 1978, en lo que supere la jornada de 44 horas teniendo como factor hora aquel que corresponda de una jornada de 44 horas semanales. Precizando que la liquidación y pago deberá hacerse sobre las horas efectivamente laboradas mes a mes por el actor, teniendo en cuenta, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, que el tope máximo de horas extras a liquidar mensualmente es de cincuenta (50) horas, es decir sin que este sea superado.

6.2.5. Sobre el reajuste en el pago de las diferentes prestaciones, como prima de navidad, prima de vida cara o costo de vida, prima de vacaciones, prima de antigüedad y aguinaldo, advierte el Despacho que no obstante no haber sido incluidas en la solicitud radicada el 01 de marzo de 2012 a la entidad, al accederse al reconocimiento de las horas extras, reliquidación y pago, deviene de forma automática el reajuste en todas aquellas prestaciones sociales en las que las horas extras se tienen en cuenta como factor salarial para su liquidación, como se verá a continuación.

Pese a ello, solo decidirá respecto a aquellas prestaciones sociales enunciadas en el artículo 5º Decreto 1045 de 1978 (a) Asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria; b) Servicio odontológico; c) Vacaciones; d) Prima de vacaciones; e) Prima de navidad; f) Auxilio por enfermedad; g) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional; h) Auxilio de maternidad; i) Auxilio de cesantía; j) Pensión vitalicia de jubilación; l) Pensión de retiro por vejez; m) Auxilio funerario; n) Seguro por muerte) **y que efectivamente hayan sido reconocidas y pagadas al demandante**, por lo que las demás enunciadas en la demanda (pretensión b, numeral 4), de haber sido devengadas por el actor, corresponden a primas extralegales, que al margen de si procede o no su reconocimiento, en el expediente no obra prueba de su creación y los factores salariales que componen su liquidación, normatividad que por no ser de carácter nacional debía ser aportadas como anexo a la demanda o manifestarse por la parte actora que se encuentran en el sitio web de la entidad e indicando la dirección, conforme al artículo 167 de la Ley 1437 de 2011, lo que no se llevó a efecto por la parte interesada.

Ahora, se precisa que las horas extras solo constituyen factor salarial (artículo 45 del Decreto 1045 de 1978) para la liquidación de cesantías y mesada pensional, en consecuencia solo procede la reliquidación con inclusión de horas extras para las cesantías y pensiones durante el lapso en esta providencia señalado, esto es, **marzo 1 de 2009 al 12 de septiembre de 2011**, por lo que la entidad deberá reliquidar las cesantías y en consecuencia los intereses de las cesantías por dicho periodo, de ser el caso, según el régimen (ultractiva o anual) y proceder con la respectiva indexación y pago directo y no al correspondiente fondo pensional, por no encontrarse laborando actualmente el demandante.

Los valores determinados con fundamento en los anteriores parámetros deberán ser actualizados, dando aplicación a la siguiente fórmula;

En efecto, la jornada laboral de los actores se desarrollaba bajo el sistema de turnos, lo que de suyo implica una previa programación de su jornada laboral mensual. Siendo ello así, como irrefutablemente lo es, los actores conocían de antemano qué domingos del mes les tocaba prestar sus servicios, convirtiéndose en un hábito laborar uno, dos o más domingos de determinado mes, según la rotación de turnos prevista, lo que hace que su labor en días de descanso se convirtiera en algo habitual". (Negrillas por fuera del texto original).

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: MARIO DE JESUS URIBE YEPES
Accionado: MUNICIPIO DE MEDELLIN
Radicado: 05001 33 33 007 2012 00042 00

$$R = \frac{RH \times \text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

El valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística-DANE-, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente en la fecha en que debió hacerse el pago, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, comenzando por la que correspondía devengar a la parte actora desde el **01 de marzo de 2009** y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La entidad accionada, **deberá** realizar los descuentos de ley por las sumas pagadas al actor.

7. Costas.

Se impondrá costas en el presente asunto a cargo de la parte demandada en aplicación de los artículos 188 del CPACA, 392 del CPC y los Acuerdos 1887 y 2222 de 2003, emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que señala que dicha condena debe ser impuesta en los términos previstos en el CPACA, las cuales serán liquidadas a través de la secretaría.

Así mismo, como agencias en derecho, se fija la suma de NOVECIENTOS MIL PESOS M.L. (\$900.000,00), equivalentes al 5% de la suma discutida, según estimación razonada de la cuantía realizada por la parte actora en el libelo genitor (folio 9).

Lo anterior, en aplicación del numeral quinto del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del CPACA, que dispone que en caso de prosperar parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de proferir condena en costas o condenar de manera parcial. En el caso que nos ocupa no se accederá a todo lo pretendido en la demanda, como obedece con la cotización especial del 8.5% y su respectivo retroactivo, reajuste por todo el tiempo solicitado en virtud del fenómeno jurídico de la prescripción, entre otros; razón por la que si bien este Despacho ha venido considerando que la suma a reconocer como agencias en derecho corresponde al 10% de lo pretendido, para el caso concreto dicha suma se limitará al 5% de dicho valor.

En mérito de lo expuesto, **EI JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO. Declarar probada parcialmente la excepción de **PRESCRIPCIÓN** del derecho formulada por el **MUNICIPIO DE MEDELLÍN** en los términos indicados en la parte motiva de esta decisión, denegando las excepciones de mérito formuladas por no encontrarse probadas.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del acto administrativo radicado **201200133086 del 27 de marzo de 2012**, emitido por la Subsecretaría de Talento Humano del Municipio de Medellín, por las razones consignadas en la parte motiva.

TERCERO. Como restablecimiento del derecho **ORDENAR** al Municipio de Medellín reconocer y pagar al señor **MARIO DE JESUS URIBE YEPES**, con cédula N° 15.500.945 el reajuste y pago de los salarios, las horas extras, jornada nocturna, los domingos y

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: MARIO DE JESUS URIBE YEPES
Accionado: MUNICIPIO DE MEDELLIN
Radicado: 05001 33 33 007 2012 00042 00

festivos efectivamente laborados tomando como factor hora correspondiente, el resultante de considerar la jornada de 44 horas semanales, del lapso comprendido entre el **01 de marzo de 2009 al 12 de septiembre de 2011**, actualizado conforme a la formula expuesta en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. ORDENAR al Municipio de Medellín, reconocer y pagar al señor **MARIO DE JESUS URIBE YEPES**, el reajuste de las cesantías y la mesada pensional para el año **2009 a 2011** teniendo en cuenta los valores reconocidos por horas extras entre el **01 de marzo de 2009 al 12 de septiembre de 2011**, conforme a la parte motiva de esta decisión.

QUINTO. DENEGAR la pretensión relativa al reconocimiento y pago de la cotización especial del 8.5% y el respectivo retroactivo, como se expresó en la parte motiva de la providencia.

SEXTO. DENEGAR el reajuste de las prestaciones sociales pretendidas en los precisos términos contemplados en las consideraciones de esta sentencia.

SEPTIMO. Se condena en costas a la **PARTE ACTORA**, que serán liquidadas a través de la secretaría del Despacho.

Como agencias en derecho, se fija la suma de **NOVECIENTOS MIL PESOS M.L. (\$900.000,00)**, equivalentes al 5% de la suma discutida, según estimación razonada de la cuantía realizada por la parte actora en el libelo genitor, como se señaló en la parte motiva.

OCTAVO. La presente providencia será notificada de conformidad con lo previsto en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DECIMO. ARCHIVAR el expediente una vez en firme la presente decisión.

NOTIFIQUESE

BEATRIZ STELLA GAVIRIA CARDONA
Juez

D.Z.