



República de Colombia
Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito
Sincelejo - Sucre

Carrera 18 No. 20 – 34, Tercer Piso, Edif. Guerra, Teléfono: 2825355
Sincelejo, quince (15) de julio de dos mil trece (2013)

SENTENCIA N° 030 de 2013

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: **70-001-33-33-009-2012-00018-00**
DEMANDANTE: **REMBERTO JOSÉ PÉREZ DÍAZ**
DEMANDADO: **MUNICIPIO DE SINCELEJO**

Tema: horas extras - secretario con funciones de celador

1. ASUNTO A TRATAR

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a dictar sentencia del MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO Y DEL DERECHO, interpuesta por REMBERTO JOSÉ PÉREZ DÍAZ, en contra de el MUNICIPIO DE SINCELEJO, de conformidad con el artículo 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo – CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1 BREVE RESUMEN DE LA DEMANDA.

El señor REMBERTO JOSÉ PÉREZ DÍAZ, pretende que se declare la Nulidad de los Actos Administrativos contenidos en Oficio No 1.1.3-1212-12-2011 emanado del despacho del Jefe de la Oficina Asesora Municipal comunicado el 12 de diciembre de 2011 y Oficio No 0101-10.02-105 del 15 de Marzo de 2012, el cual fue recibido el 27 de Marzo de 2012, Actos Administrativos expedidos por la Administración Municipal de Sincelejo.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del Derecho, el MUNICIPIO DE SINCELEJO, reconozca que el señor REMBERTO JOSÉ PÉREZ DÍAZ, cumplió funciones de celaduría en la Institución Educativa José Ignacio López por necesidad del servicio en el período comprendido entre el 1º de octubre de 2008 al 31 de Marzo de 2010, por autorización realizada por su Jefe Inmediato Licenciado ÁLVARO MANUEL HOYOS ROMERO, en su condición de Rector de la Institución, cumpliendo el siguiente horario de trabajo: de Lunes a Viernes de 6:00 P.M. a 6:00 A.M., y los sábados, domingos y festivos turnos de 24 Horas y le cancele los siguientes conceptos: horas extras, excedentes de las horas extras legales, recargos nocturnos, dominicales y festivos y permisos compensatorios con los intereses moratorios y los ajustes de ley.

Fundamenta lo pretendido en los siguientes hechos:

1. La parte actora sostiene que la certificación expedida por el Rector de la Institución el 29 de agosto de 2010 no se ajusta de todo a la realidad fáctica, por cuanto el verdadero horario que cumplió el actor realizando funciones de celaduría desde el 1º de octubre de 2008 hasta el 31 de marzo de 2010 fue de lunes a viernes de 6:00 P.M. a 6:00 A.M. y los sábados, domingos y festivos turnos de 24 horas.

2. El Licenciado Álvaro Manuel Hoyos Romero Rector de la Institución Educativa, le asignó funciones de celaduría desde el 1º de octubre de 2008 hasta el 31 de marzo de 2010 en el siguiente horario: de lunes a viernes de 6:00 P.M. a 6:00 A.M. y los sábados, domingos y festivos turnos de 24 horas.

3. Desde que le fueron asignadas dichas funciones, no le cancelaron las horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos y los permisos compensatorios a que tenía derecho, solo le fue cancelado el salario que normalmente percibe como empleado.

4. El rector de la institución mediante certificado de 29 de agosto de 2011, hizo constar lo siguiente: "(...) En atención a su oficio recibido el 5 de agosto de 2011, puedo informarle que su horario de trabajo atendiendo funciones de celaduría por necesidad del servicio en el periodo de noviembre de 2008 a marzo de 2010, fue: Los días lunes, miércoles y viernes de 8:00 P.M. a 6:00



A.M. y sábados, o domingos, o festivos de acuerdo a la programación de cada semana fue de 6:00 A.M. a 6: P.M.”

5. La certificación no se ajusta de todo a la realidad fáctica, por cuanto el verdadero horario que cumplió el actor realizando funciones de celaduría desde el 1° de octubre de 2008 hasta el 31 de marzo de 2010 fue de lunes a viernes de 6:00 P.M. a 6:00 A.M. y los sábados, domingos y festivos turnos de 24 horas.

6. Durante el período comprendido entre el 1° de octubre de 2008 al 31 de marzo de 2010 le fueron cancelados los salarios y factores salariales que tiene derecho por ley, pero no le fueron canceladas las horas extras legales diurnas y nocturnas ni los excedentes de las horas extras legales, ni los recargos nocturnos, dominicales, festivos y compensatorios.

7. El horario de trabajo asignado al accionante excedió las 50 horas extras legales señaladas en el Decreto 1042 de 1978.

8. A partir del 1° de enero de 2003 el demandante hace parte de la planta de personal del Municipio de Sincelejo – Secretaría de Educación y Cultura.

9. Desde el mes de febrero de 2004 hasta el 3 de septiembre de 2008, la administración municipal le reconoció las horas extras laboradas y también le reconocieron por este periodo, los excedentes de horas extras, lo cual se puede constatar con las cuentas de pago que reposan en los archivos de la entidad, tan es así que en el proceso de administrativo de homologación y nivelación salarial al actor en las diferencias de factores salariales no le tuvieron en cuenta las horas extras, la cual mediante reclamación y acto administrativo posterior fue reconocido.

10. Desde el 1° de octubre de 2008 el Municipio de Sincelejo por autorización del Ministerio de Educación, lo homologo y nivelo salarialmente respetando los derechos de carrera administrativa y el salario, por ende a partir de esa fecha el Licenciado Hoyos Romero lo siguió autorizando para que cumpliera funciones de celaduría pese que ese no era su cargo en la planta de personal.

11. Al actor no le cancelaron los derechos que se reclaman en el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2008 al 31 de marzo de 2010, sin embargo, la entidad ha reconocido a los celadores código 477 grado 01 adscritos a la Secretaria de Educación y Cultura del Municipio de Sincelejo las 50 horas extras legales mensuales más los excedentes, así como los recargos nocturnos, los dominicales y festivos.

12. Se le está violando el derecho a la igualdad y al mínimo vital habida cuenta de que no le han reconocido dichos factores salariales por ser su cargo de planta el de Secretario y no de Celador y no se explica como si le fueron cancelados esos factores en el período comprendido entre febrero de 2004 hasta septiembre de 2008.

13. El artículo 42 del Decreto 1042 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 consagran que las horas extras así como los dominicales y festivos tienen una incidencia para efectos de la liquidación de las cesantías.

14. El 25 de octubre de 2011 presentó escrito de agotamiento de la vía administrativa, recibiendo respuesta mediante oficio No.1.1.3-1212-12-2011 emanado de la Oficina Asesora Jurídica Municipal, comunicado el 12 de diciembre de 2011 y contra este presentó recurso de reposición en subsidio de apelación, resuelto mediante oficio No.0101-10.02-105 de 15 de marzo de 2012, recibido el 27 de marzo del mismo año.

15. Presentó acción de tutela contra el municipio de Sincelejo la cual fue denegada en primera y segunda instancia.

2.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte el extremo pasivo dentro del término procesal, contestó la demanda, manifestando que los hechos 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9, 10 y 16 son ciertos, negó los hechos 5, 7 y 13, señala que es parcialmente cierto el hecho 11, es cierto en cuanto la presentación de la petición su respuesta y recursos y en cuanto el reconocimiento del actor no se ha probado el mismo; parcialmente cierto el hecho 12, cierto en el sentido que se le cancelaron los sueldos como secretario y lo demás es una apreciación jurídica del actor; parcialmente cierto el hecho 14, es cierto la presentación de la petición su respuesta y recursos y



en cuanto el reconocimiento del actor no se ha probado el mismo y no constarle el hecho 15.

En ese sentido, se opone a cada una de las pretensiones solicitadas por considerar que no tienen sustento jurídico.

Manifiesta que ninguna de las normas establecidas como violadas se han infringido por el Municipio de Sincelejo, puesto que las respuestas dadas a la petición y a los recursos están basadas en la información que se posee respecto a la contratación del actor y de esa manera no se violentó ninguno de los derechos incoados, como tampoco el derecho a la igualdad, toda vez que la situación del accionante es distinta a la que él hace mención.

Lo anterior, porque cuando ocupó el cargo de celador todos sus pagos legales le fueron realizados y al momento de dejar dichas funciones es inaudito que pretendan exigir del Municipio de Sincelejo y la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo no tienen conocimiento.

3. TRÁMITE PROCESAL

3.1 AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda¹, notificadas las partes² y contestada la demanda en término, se procedió a realizar audiencia inicial el 17 de abril de 2013³, previa convocatoria mediante auto.⁴

En dicha audiencia, se realizó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio concluyéndose que el punto central de la litis es determinar si al actor se le debe reconocer las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales, festivos y complementarios o si por el contrario no se le deben cancelar, en atención a que su empleo en la planta de personal del municipio es el de secretario y no el de celador.

¹ Auto de fecha 10 de septiembre de 2012.(Fol. 45-46)

² Folio 53 a 57

³ Folios 101 a 104

⁴ Auto de 18 de marzo de 2013. (Fol. 98)

Se realizó la etapa de conciliación la cual fue declarada fallida por no existir ánimo conciliatorio entre las partes. Se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Se fijó fecha para audiencia de pruebas para el día 29 de mayo de 2013 a las 3:00 p.m.

3.2 AUDIENCIA DE PRUEBAS

Fue celebrada en el día y hora señalado⁵, dejándose constancia que la entidad demandada hizo entrega de las pruebas solicitadas en 66 folios. El apoderado de la parte actora desistió de la prueba trasladada dirigida al Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo por cuanto manifestó que las pruebas que se encuentran en el expediente son suficientes para demostrar lo pedido.

Seguidamente se escuchó la declaración de los dos testigos citados, el señor Edilberto Enrique Guerra Tamara y el señor Álvaro Romero Hoyos, por último mediante auto se fijó fecha para audiencia de alegatos.

3.3 AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Se realizó audiencia de juzgamiento⁶, en la cual, el apoderado del extremo activo intervino ratificando los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho expuestos en la demanda.

Agrega que se encuentra demostrado que el actor es empleado público adscrito a la Secretaria de Educación y Cultura del Municipio en el cargo de Secretario Código 440 Grado 15 en la Institución José Ignacio López. Desde el 1º de enero de 2003 fecha en la que fue incorporado al Municipio en virtud del proceso de certificación en cumplimiento de la Ley 715 de 2001 desempeña funciones de celador en la Institución José Ignacio López hasta el 31 de marzo de 2010.

Precisa que el actor nunca fue nombrado en el cargo de celador, simplemente ha cumplido funciones de celaduría por designación del Rector de la

⁵ Folio 176

⁶ Folios 179 a 181



Institución, por tanto a pesar de haber sido homologado desde el año 2008 bajo el mismo código y grado dentro del mismo nivel, se encuentra inscrito en carrera administrativa en el cargo de Secretario, no registra en la nómina como celador sino como Secretario y desde octubre de 2008 a 31 de marzo de 2010 no le han cancelado las horas extras, los excedentes de las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos sólo le han reconocido los salarios y prestaciones sociales que le corresponden por ley como Secretario.

Conforme a la declaración del señor Edilberto Guerra Tamara el actor trabajó en un horario de lunes a viernes de 6:00 P.M. a 6:00 A.M. y los sábados, domingos y festivos en turnos de 24 horas en contraposición a lo certificado y declarado por el Rector quien certificó que cumplía un horario de lunes a viernes de 8:00 P.M. a 6:00 A.M. y domingos y festivos de 6:00 A.M. a 6:00 P.M.

Atendiendo la declaración del Rector, el mismo reconoce que autorizó al actor a laborar horas extras y según las cuentas que manejaba como jefe inmediato, fueron 50 horas extras mensuales las cuales no han sido remuneradas por parte del Municipio de Sincelejo como nominador del demandante. Finalmente, expreso que se encuentra demostrado que el actor tiene derecho a que le reconozcan las horas extras, sábados, dominicales y festivos excedentes de las horas extras por el período comprendido entre octubre de 2008 a 31 de marzo de 2010 por lo que solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Por su parte la apoderada de la parte demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda, reiterando el cobro de lo no debido fundamentado en que al actor se le cancelaron los salarios a los que tubo derecho por el tiempo en que prestó sus servicios como celador por el periodo comprendido entre 2004 a septiembre de 2008. En cuento al período pretendido, la parte actora, alega que no existe autorización por parte del de la Secretaria de Educación ni del Municipio de haber autorizado el ejercicio de esas funciones por lo que el actor no se le adeuda ningún tipo de pago solicitando al Juez negar las pretensiones de la demanda.

El Ministerio Público no emitió concepto alguno.

Para el Despacho no fue posible comunicar el sentido del fallo, habida cuenta del estudio de las pruebas allegadas en la audiencia de precedente y en razón a que el asunto tratado versa sobre una relación de carácter legal y fáctica.

4. CONSIDERACIONES

4.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en decidir si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las horas durante el periodo comprendido entre octubre de 2008 a 31 de marzo de 2010 o si por el contrario no se demostró el cumplimiento de la jornada suplementaria ameritando negar las súplicas de la demanda.

4.2 TESIS DEL DESPACHO.

Para el Despacho resulta claro que debe reconocerse las horas extras solicitadas, por cuanto fueron autorizadas por el rector del Colegio el cual es su superior jerárquico.

4.3 FUNDAMENTOS NORMATIVOS.

4.3.1 JORNADA LEGAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE LOS ENTES TERRITORIALES

El Decreto 1042 de 1978, que de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1063 de 2000, es también aplicable a los empleados públicos del orden territorial, dispuso respecto a la jornada laboral de los empleados públicos lo siguiente:

ARTICULO 33º. 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 exceda un límite de 66 horas.*

(...)

Por su parte el Decreto Ley 85 de 1986 estableció puntualmente la jornada máxima legal para los empleos de celadores:



Artículo 1º. A partir de la vigencia del presente decreto, a la asignación mensual fijada por la escala de remuneración para los empleos de celadores le corresponde una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro (44) horas semanales."

4.3.2 NORMATIVIDAD APLICABLE AL TRABAJO EXTRA.

El artículo 36) literal d) del Decreto 1042 de 1978 modificado por el artículo 13 del Decreto 10 de 1989 establece que **"no podrán pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales"**, y en caso de darse dichas situaciones el literal e) ibídem, indica: **"si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un (1) día hábil por cada ocho horas extras de trabajo."**

En este sentido, cualquier hora adicional que se haya laborado en exceso de las 44 horas semanales deberá ser considerado 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.

El Consejo de Estado a través de la sentencia del 27 de agosto de 2009, C.P. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ, Expediente 15001-23-31-000-2000-02307-01(10230-05) consideró:

Horas Extras Laboradas en días Ordinarios

La norma aplicable para el reconocimiento de las horas extras laboradas en días ordinarios es el Decreto 1042 de 1978. Esta normatividad inicialmente era aplicable sólo a los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional, con posterioridad, se extendió a los entes del nivel territorial, como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación⁷, así:

"(...) es necesario señalar que el régimen que gobierna en este aspecto, a los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien dicho precepto, en principio rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 2º de la Ley 27 de 1992 hizo extensiva a las entidades territoriales las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal contenidos no solamente en la norma precitada, sino en los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, Ley 13 de 1984 y 61 de 1987. La extensión de la anterior normatividad fue reiterada por el artículo 87 inciso segundo de la Ley 443 de 1998.

(...).

Dentro de los empleados a que hace referencia el artículo 3º de la Ley 443 de 1998 están los que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del nivel departamental, distrital, municipal y sus entes descentralizados.

⁷ Citado: "Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No. 2317-04, 28 de julio de 2005. Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero"

A esta conclusión, según la cual el Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden territorial en materia de la jornada de trabajo, llega la Sala, pues la remisión inicial que hizo la Ley 27 de 1992 no solamente mencionó el régimen de carrera administrativa, sino también el régimen de administración de personal, el cual bien puede comprender, dentro de una interpretación amplia, el concepto de jornada de trabajo. (...)" (Negrillas del texto)

De acuerdo con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978⁸, reformado por el Decreto 85 de 1986, la asignación mensual fijada por la escala de remuneración para los empleos de celadores, corresponde a una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro (44) horas semanales. Esto quiere decir que, la jornada que exceda las cuarenta y cuatro (44) horas semanales debe considerarse como trabajo suplementario y, por tanto, debe ser remunerada o compensada. El Decreto 0085 de 10 de enero de 1986, modificó la norma anterior y señaló para los empleos de celadores pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo Nacional, una jornada de trabajo equivalente a cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

En sentencia de 3 de julio de 1997, de la Sección Segunda, Subsección "A", Consejera Ponente Dra. Clara Forero de Castro, expediente No.10251, actor Luis Azenor León Mercado, se refirió a la jornada laboral de los celadores así:

"Ese trabajo del demandante, cumplido todo en horario nocturno, debe cancelársele con el recargo del 35% de que trata la norma ya citada.

Mas como desempeñaba el cargo de celador y según el artículo 1 del decreto 85 de 1986, modificadorio del artículo 33 del decreto 1042 de 1978, su jornada laboral debía comprender máximo 44 horas en la semana, las horas extras que excedan este tope deben tomarse como trabajo extra o suplementario, por tanto deben ser remuneradas o compensadas con descanso (...)." (Resaltado original)

(...)

Del recargo nocturno

El artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 determina un recargo del treinta y cinco por ciento sobre la asignación mensual para los empleados que trabajan ordinariamente en la *jornada nocturna*, con el siguiente tenor literal:

"Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a. m. del día siguiente.

⁸ Cita de la Jurisprudencia: "ARTICULO 33. DE LA JORNADA DE TRABAJO. <Modificado en lo pertinente por los Artículos 1º a 3º del Decreto 85 de 1986; ver Nota de Vigencia. El texto original del artículo es el siguiente:> La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

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

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

Este artículo fue modificado en lo pertinente por el Decreto 85 de 1986, "Por el cual se establece la jornada de trabajo para los empleos de celadores", según lo dispuesto por el artículo 3 ibídem. El artículo 1 establece: "A partir de la vigencia del presente Decreto, a la asignación mensual fijada por la escala de remuneración para los empleos de celadores, corresponde una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro (44) horas semanales."

El artículo 2 establece: "El presente Decreto se aplica a los empleos de celadores pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional, regulados por el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de cargos contemplado en el Decreto Extraordinario 1042 de 1978 y demás disposiciones que lo modifican y adicionan."



Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.

No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6:00 p.m. completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

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."

A su vez, el artículo 35 ibídem estipula que cuando la labor se desarrolle ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante ésta última se remunerara con el recargo del 35%.

(...)

Con lo anterior se concluye que el horario de trabajo de un servidor público del orden territorial estará regulado por las normas de sus pares de carácter nacional, por lo que la misma será de 44 horas semanales. Por su parte el recargo nocturno será del 35%, si trabajan de manera ordinaria en ese horario.

Con respecto al derecho al reconocimiento de los dominicales y festivos en el desempeño de las labores de celaduría, el Consejo de Estado ha dicho:

*En tales circunstancias, acoge la Sala para suplir el vacío jurídico que se presenta respecto de la normatividad rectora de esta materia, a las previsiones del Decreto 1042 de 1978, conforme lo analizó el aquo al aplicar el artículo 39, regla jurídica de cuyo tenor se infiere, que el reconocimiento del trabajo que se cumpla "**ordinariamente**" en dominicales y festivos comprende el doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo y adicionalmente, 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.*

*Se precisa que la remisión en el sub-lite, es al artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 y no al artículo 40, porque en esta última disposición, se regula el trabajo que "**ocasionalmente**" se ejecute en días dominicales y festivos, cuyo reconocimiento se efectuará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero a elección del trabajador. Dicha retribución, será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si este fuere menor. El disfrute del día de descanso compensatorio o la retribución en dinero, se reconocerán sin perjuicio de la asignación ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo. La remuneración por el día de descanso compensatorio se entiende incluida en la asignación mensual.*

*Es indudable que la labor de celaduría que cumplió el actor al servicio de la Institución Educativa José Ignacio López fue de manera habitual y permanente es decir "**ordinaria**" y no "**ocasional**", y por ende, debe recompensarse con el doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo y adicionalmente, con el disfrute de un día de descanso compensatorio.*

a) EL TRABAJO "ORDINARIO" EN DOMINICALES Y FESTIVOS NO REQUIERE AUTORIZACION

Un examen del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, conlleva a concluir que el trabajo en días dominicales y festivos que se cumpla "**ordinariamente**" no necesita autorización para el efecto, pues precisamente la habitualidad y permanencia de la función que por su naturaleza no sea susceptible de interrupción, requiere que con el fin de evitar trastornos y perjuicios que atenten contra la continuidad en la prestación del servicio, se desplace el descanso del empleado para suplirlo por días compensatorios y con una doble remuneración.

Sobre la habitualidad en la prestación del servicio en días dominicales y festivos, son válidas las razones expuestas en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del **CONSEJO DE ESTADO** que sobre el particular, indicó:⁹

"...De la norma general sobre descansos dominicales y festivos, se exceptúan también en el régimen laboral del empleado público aquellos servicios que por su naturaleza no son susceptibles de interrupción, con el fin obvio de evitar los trastornos y perjuicios a aquella ajenos y de asegurar la continuidad en la prestación de dichos servicios.

Pero no han sido especificadas, como tampoco en el régimen del trabajador particular, las actividades no susceptibles de interrupción y que por ello imponen al empleado público el deber de laborar los días dominicales o festivos.

Además de las características de servicio público propias de las actividades en cuestión, es decir su eficacia, regularidad y permanencia, la de continuidad resulta acentuada en tal forma que desplaza el descanso del empleado a otros días y torna en habitual y permanente su trabajo en dominicales y festivos.

Esta consecuencia determina que surja, a su turno el derecho del empleado a una retribución especial por su trabajo en dichos días y a un descanso compensatorio, sin perjuicio de la asignación a que tenga derecho por haber trabajado en el mes completo."

Es, pues, la naturaleza del servicio la que determinan que su prestación sea habitual y permanente y que llegue a ser "ordinario" para el empleado el servicio que preste en dominicales y festivos, como lo califica el art 39 del decreto 1042 de 1978 transcrito en la consulta". (Negrillas del Consejo de Estado)

Se precisa lo anterior, porque el artículo 40 del Decreto 1042 de 1978, establece que el trabajo "**ocasional**" en días dominicales y festivos, requiere ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien hubiere delegado tal atribución, especificando las tareas que hayan de desempeñarse y su reconocimiento se efectuará mediante resolución motivada.¹⁰

Del anterior texto se extrae que los recargos nocturnos y en días dominicales y festivos, se cancelarán de acuerdo a la normatividad contemplada para los empleados del orden nacional, que en el caso de dicha jornadas sean habituales se pagará un recargo del 35% cuando sean nocturnas y el doble del a remuneración habitual más un día compensatorio, cuando sean dominicales y festivos. Por último, la norma es clara que el caso de las jornadas habituales no es necesario de autorización del jefe, sin embargo, si son horas extras ocasionales se requieren de autorización previa.

4.4 DEL PRESENTE CASO:

⁹ Transcripción literal: "*Citada en el Texto Derecho Administrativo Laboral, Diego Younes Moreno, Editorial Temis, Octava Edición, página 122.*"

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 13 de febrero de 2003. Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado. Radicación: 63001-23-31-000-1999-0936-01(3223-01).



4.4.1 LOS DOCUMENTOS APORTADOS

En el presente proceso se encuentran aportadas las siguientes pruebas:

- Copia de oficio REC:202 de 29 de agosto de 2011, en el cual se le responde al actor por parte del rector de la Institución Educativa José Ignacio López, informándole que su horario de trabajo atendiendo funciones de celaduría por necesidad del servicio en el periodo de noviembre de 2008 a marzo de 2010 fue los días lunes, miércoles y viernes de 8:00 p.m. a 6 a.m. y sábados o domingos o festivos de acuerdo a la programación de cada semana fue de 6 a.m. a 6:00 p.m. (Fol. 24, 78)
- Oficio de 9 de noviembre de 2011, suscrito por la Jefe de Oficina Asesora Municipal de Sincelejo, en respuesta al actor, donde se le manifiesta que entre los años 2004 hasta octubre de 2008, se desempeñaba como celador, cancelándose horas extras, que a partir de ese momento debido al proceso de homologación y nivelación salarial pasó al cargo de Secretario, quedando suspendidas las horas extras y no pudiendo reconocer las horas extras debido al nuevo cargo. (Fol. 25)
- Certificación de fecha 19 de enero de 2011, expedida por la Secretaria de Educación, donde se manifiesta que el actor labora en el municipio desde el 23 de mayo de 1977, desempeñando en estos momentos el cargo de secretario. (Fol. 38)
- Copia de certificación de 15 de febrero de 2012, suscrita por la Oficina de Recursos Humanos de la Secretaría de Educación de Sincelejo, donde manifiesta que no se ha dado ninguna autorización para que ejerza funciones diferentes a las que se les notificó mediante el acto administrativo de nombramiento, si esta fueron ordenadas, no existen en la oficina de recursos humanos. (fol. 91)
- Copia de liquidación de homologación y nivelación salarial del actor, de los años 2003 a 2008. (Fol. 175)

4.4.2 ANÁLISIS PROBATORIO

El señor REMBERTO JOSÉ PÉREZ DÍAZ depreca le sean reconocidas las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales, festivos y compensatorios en el período comprendido entre noviembre de 2008 a marzo de 2010.

Tal como consta en el oficio No.1.1.3-1212-12-2011 de 9 de noviembre de 2011¹¹ suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Municipal el actor durante el período comprendido entre el año 2004 hasta octubre de 2008 desempeñó el cargo de celador y le fueron canceladas las horas extras reglamentarias.

Conforme a los comprobantes de pagos allegados por la accionada, durante el período comprendido entre el mes de febrero de 2004 hasta noviembre de 2008, al actor le fueron reconocidas las horas extras laboradas en jornada diurna, nocturna dominicales y festivos¹², contrario a ello, no se observa pago alguno por ese mismo concepto a partir mes de noviembre de 2008 en adelante¹³.

Debido al proceso de homologación y nivelación salarial el actor paso de ocupar el cargo de celador a ocupar el de Secretario Código 440 grado 15, según constancia expedida por la oficina de Recursos Humanos de la Secretaria de Educación y Cultura de Sincelejo adiada el 10 de enero de 2012¹⁴.

Se encuentra acreditado en el proceso, que el señor REMBERTO JOSÉ PÉREZ DÍAZ desarrolló funciones de celaduría en la Institución Educativa José Ignacio López por necesidad del servicio en el período comprendido entre noviembre de 2008 a marzo de 2010¹⁵, cumpliendo un horario de los días lunes, miércoles y viernes de 8:00 p.m. a 6 a.m., y sábados o domingos o festivos de acuerdo a la programación de cada semana fue de 6 a.m. a 6:00 p.m.

Esta situación es corroborada por el Rector la Institución José Ignacio López, ÁLVARO MANUEL HOYOS ROMERO, quien manifestó en su declaración jurada¹⁶ que desde cuando fue trasladado a dicha institución desde el año 2003 el actor laboraba como celador en los turnos que se asignaban, a partir del 2008 por el

¹¹ Folio 25.

¹² Año 2004: folios 173 a 174, 168; 2005: folios 161 a 172; 2006: folios 149 a 160; 2007: folios 137 a 148; 2008: folios 125 a 136.

¹³ 2009: folios 113 a 124 y; 2010: folios 110 a 112.

¹⁴ Folio 87 del proceso.

¹⁵ Folios 24 y 78.

¹⁶ Folio 178, CD de pruebas, minutos 21:10 y s.s.



proceso de homologación fue nombrado en el cargo de secretario; por necesidad del servicio y porque el colegio quedaba solo y se encontraba en alto riesgo llegaron al acuerdo que él siguiera desempeñando funciones de celaduría en un horario comprendido desde las 8:00 p.m. a 6:00 a.m. tres días hábiles a la semana y sábados, dominicales y festivos las 24 horas, reiterando que fue por la necesidad del servicio y como un acuerdo interno verbal.

Manifestó que le informó a la Secretaria de Educación la situación por cuanto el actor presentaba deficiencias para desempeñar las funciones secretariales por lo que optó por necesidad del servicio y por el bien común de la institución en delegarle las funciones.

Expresó que desde el año 2008 la Secretaria de Educación les permitió a los rectores autorizar un determinado número de horas extras semanales de máximo 50 horas. Teniendo él la disyuntiva entre si el colegio se quedaba sólo o autorizaba que el actor siguiera realizando las funciones de celador con algo que no podía sobrepasar las horas, fijó un horario de tres días intermedio lunes, miércoles y viernes un horario de 8:00 p.m. a 6:00 a.m. y los sábados, domingos y festivos turnos de 6:00 a.m. a 6:00 p.m. El Municipio dejó de cancelar las horas extras en atención a que como quiera que fue homologado a un cargo diferente y el salario del cargo de celador era menos que el de Secretario por eso en compensación y como habían unas horas extras que no se podían reportar llegaron al acuerdo, no obstante, admitió que el laboró en horas extras.

En interrogatorio que le formuló el apoderado de la parte demandante si le constaba lo manifestado por el actor en el líbello de la demanda que si había laborado de lunes a viernes en turnos de 6:00 p.m. a 6:00 a.m. y sábados, domingos y festivos turnos de 24 horas. Respecto a ello, el rector manifestó, especialmente que le constaba que el actor si había cumplido ese horario pero hasta septiembre de 2008 y de octubre de 2008 en adelante por el acuerdo al que habían pactado laboraba lunes, miércoles y viernes de 8:00 p.m. a 6:00 a.m. y sábados, domingos y festivos de acuerdo a la rotación del turno que tenía, 24 horas.

Manifestó no tener conocimiento de si la administración había reconocido las 50 horas extras por el período comprendido entre noviembre de 2008 a marzo

de 2010, pero en atención al reclamo y la demanda presentada infiere que no le han sido reconocidos.

Por último, expresó que el actor si laboró las 50 horas extras legales autorizadas.

Por otro lado el señor Edilberto Enrique Guerra Tamara expresó que es celador de la Institución José Ignacio López quien conoce al actor por trabajar en la misma institución, quien tiene el cargo de secretario pero por falta de personal el Rector de la institución le delegó funciones de celador, tenía un horario de trabajo de 6:00 P.M. a 6:00 A.M. días de semana y domingos y festivos un horario de 24 horas. Trabajaban en sedes diferentes el actor en la sede 1 y él en la tercera. No le consta si al actor le reconocían horas extras, le pagaron algunos tiempos por horas extras cuando trabajaba como celador y firmaba planillas, desde cuando fue nombrado como secretario dejo de firmarlas. En cuanto si conocía un acto administrativo o autorización para desempeñar la función de celador, manifestó el testigo que él por tener ese cargo estaba autorizado para realizarlo, en el caso del actor como su cargo es de secretario debió contar con la autorización del Rector. (Fol. 178, CD pruebas minutos 12:55 y s.s.)

Si bien este testimonio indicó que el actor trabajaba en horarios nocturno, durante los días de semanas y los días domingos y festivos, este no determina de manera clara como era el horario del actor, atendiendo que trabajaba en sedes diferentes, por lo que la prueba para determinar el horario de las horas causadas es el certificado expedido por el Rector, refrendado por el mismo en su testimonio.

Con los testimonios recepcionados en la audiencia de pruebas¹⁷, se deja probado que el actor pese a estar nombrado en el cargo de Secretario cumplía funciones de celador, autorizado por el rector de la institución, dada la necesidad del servicio, laborando horas extras.

En el caso en estudio, como se puede apreciar con varios documentos arrimados al proceso , la entidad demandada deja por visto que la Secretaria de Educación no había autorizado el ejercicio de dichas funciones, con lo cual

¹⁷ Folios 176 a 177 y audio y video de la audiencia de pruebas a folio 178 del proceso.



pretende prescindir el reconocimiento laboral deprecado, en atención a ello es de precisar, que las actuaciones del Rector le son imputables al ente territorial en razón de las funciones de administración de personal que ejercen en sus establecimientos lo cual no implica que a título personal asuman responsabilidades.

Conforme a la prueba documental aportada y testimonial se concluye que el actor laboró lunes, miércoles y viernes un horario de 8:00 p.m. a 6:00 a.m. y los sábados, domingos y festivos turnos de 6:00 a.m. a 6:00 p.m.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que acto acusado se encuentra viciado de nulidad, por lo expuesto en anteriormente por lo que se condenará al Municipio demandado a efectuar la liquidación por concepto de horas extras ordinarias nocturnas, por un monto del 35% y las horas extras laboradas los dominicales y festivos por el lapso transcurrido entre noviembre de 2008 a marzo de 2010.

Para efectos de su pago, se tendrá en cuenta el límite de reconocimiento que estatuye el artículo 36) literal d) del Decreto 1042 de 1978 modificado por el artículo 13 del Decreto 10 de 1989 en tanto estableció que no podrán pagarse más de cincuenta (50) horas extras mensuales. Además, se atenderá la previsión contemplada en el literal e) ibídem, el cual indica que si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un (1) día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

Ahora en relación en relación con el pago del trabajo realizado en dominicales y festivos el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, establece que el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles. Se remunera en el equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado.

También contempla la norma en mención 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 remuneración debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

Por consiguiente se ordenará al demandado, pagar el doble del valor de un (1) día de trabajo por cada dominical o festivo laborado por el período comprendido entre noviembre 2008 a marzo de 2010. En cuanto a la retribución por el no disfrute del descanso compensatorio, se deberá reconocer un día de salario adicional.

Las sumas que se cancelen por concepto de horas extras, atendiendo que son factores salariales, se deberán tener en cuenta para efectos prestacionales, por lo se deberán reliquidar las prestaciones causadas, así como, hacer los respectivos aportes, previo los descuentos del porcentaje que le corresponde al empleado, al fondo pensional donde se encuentre afiliado éste.

4.4.3 NO EXISTE PRESCRIPCIÓN DE LAS SUMAS PEDIDAS

En atención a que la petición en sede administrativa se presentó el 25 de octubre de 2011¹⁸ y conforme lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1848 de 1969 no se encuentra prescrito el derecho.

4.5 DECISIÓN

De acuerdo a lo probado por la parte actora y los fundamentos jurídicos relacionados, se accederá a las pretensiones del actor declarando la nulidad del acto administrativo acusado y en su lugar se condenará al Municipio demandado a efectuar la liquidación por concepto de horas extras ordinarias nocturnas, las horas extras en días sábados, dominicales, festivos y compensatorios por el lapso transcurrido entre noviembre de 2008 a marzo de 2010 de la siguiente forma.

- **DOMINICALES Y FESTIVOS:** Los días de trabajo realizados en domingos y festivos, al servicio de la Institución Educativa José Ignacio López en su condición de Secretario con funciones de Celador Diurno,

¹⁸ Folios 18 a 23



atendiendo lo dispuesto en el artículo 39 del decreto 1042 de 1978, liquidación que comprenderá los siguientes conceptos:

El 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. A razón de doce (12) horas por cada semana, atendiendo el turno, durante el término probado, es decir, setenta y cuatro (74) semanas para un total de novecientos (888) horas entre dominicales y festivos, lo que da un total de ciento doce once (111) días, teniendo en cuenta el valor de la asignación básica de cada año en que se laboraron.

- **RECARGO NOCTURNO:** Las horas de trabajo laboradas en horario nocturno los días lunes, miércoles y viernes, en su condición de Secretario con funciones de Celador, atendiendo lo dispuesto en el artículo 39 del decreto 1042 de 1978, conforme a la siguiente liquidación que comprenderá los siguientes conceptos:

A razón de diez (10) horas diarias contadas de 8:00 p.m. a 6 a.m., durante el lapso probado, es decir, doscientos veinticuatro (224) días, para un total de dos mil doscientas cuarenta (2.240) horas por recargo nocturno en un porcentaje del 35% de la asignación básica de cada año en que se laboraron.

- Las sumas que se cancelen por concepto de horas extras, atendiendo que son factores salariales, se deberán tener en cuenta para efectos prestacionales, por lo se deberán reliquidar las prestaciones causadas, así como, hacer los respectivos aportes, previo los descuentos del porcentaje que le corresponde al empleado, al fondo pensional donde se encuentre afiliado éste.

La pretensión concedida, deberá ser resuelta con aplicación de lo dispuesto en los artículos 187 y 192 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

F A L L A

PRIMERO: Declare la nulidad de los Actos Administrativos contenidos en Oficio No 1.1.3-1212-12-2011 emanado del despacho del Jefe de la Oficina Asesora Municipal y el Oficio No 0101-10.02-105 del 15 de marzo de 2012, expedidos por la Administración Municipal de Sincelejo.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, condenar al MUNICIPIO DE SINCELEJO a reconocer y pagar al señor REMBERTO JOSÉ PÉREZ DÍAZ las horas extras ordinarias nocturnas, las horas extras laboradas los sábados, domingos y festivos y compensatorios, por el lapso transcurrido entre noviembre de 2008 a marzo de 2010 de la siguiente forma.

- **DOMINICALES Y FESTIVOS:** Los días de trabajo realizado en domingos y festivos, al servicio de la Institución Educativa José Ignacio López en su condición de Secretario con funciones de Celador Diurno, durante el término comprendido entre noviembre de 2008 a marzo de 2010, en un total de ciento doce once (111) días, liquidación que comprenderá el doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, teniendo en cuenta el valor de la asignación básica de cada año en que se laboraron.
- **RECARGO NOCTURNO:** Las horas de trabajo laboradas en horario nocturno los días lunes, miércoles y viernes, en su condición de Secretario con funciones de Celador, durante el término comprendido entre noviembre de 2008 a marzo de 2010, en un total de dos mil doscientas cuarenta (2.240) horas por recargo nocturno en un porcentaje del 35% de la asignación básica de cada año en que se laboraron.
- Las sumas que se cancelen por concepto de horas extras, atendiendo que son factores salariales, se deberán tener en cuenta para efectos



prestacionales, por lo se deberán reliquidar las prestaciones causadas, durante el término comprendido entre noviembre de 2008 a marzo de 2010, así como, hacer los respectivos aportes, previo los descuentos del porcentaje que le corresponde al empleado, al fondo pensional donde se encuentre afiliado éste.

TERCERO: La suma de dinero que resulte de la condena anterior se ajustará de acuerdo al índice de precios al consumidor tal como lo manifiesta el artículo 192 del CPACA.

CUARTO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA.

QUINTO: Niéguese las demás suplicas de la demanda.

SEXTO: Condénese en costas a la parte demandada.

SÉPTIMO: Por Secretaría, hágase entrega al demandante, del saldo de gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

OCTAVO: Ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ DAVID DÍAZ VERGARA
Juez