

**JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCION SEGUNDA**



Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación:	11001-33-35-013-2022-00181
Proceso:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	EDWIN MAURICIO BALLÉN CRUZ
Demandada:	INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC -
Asunto:	SENTENCIA ANTICIPADA-HORAS EXTRAS Y RECARGOS- DRAGONIANTE-INPEC

*Procede el Despacho, una vez agotadas las etapas procesales pertinentes, a emitir sentencia dentro del proceso de la referencia adelantado por el señor **EDWIN MAURICIO BALLÉN CRUZ**, a través de apoderado judicial, contra el **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO** (en adelante **INPEC**), en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo siguiente:*

ANTECEDENTES

1. DECLARACIONES Y CONDENAS.

“(…)

PRIMERA: Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio referenciado como 85103-SUTAH-GABAL 2022EE0008348 de fecha 21 de enero de 2022, suscrito por la doctora LUZ MYRIAM TIERRADENTRO CACHAYA (Subdirectora de Talento Humano del INPEC), mediante el que se negó el pago de la diferencia salarial adeudada a EDWIN MAURICIO BALLEEN CRUZ.

SEGUNDA: Se CONDENE a la demandada INPEC pague al demandante EDWIN MAURICIO BALLEEN CRUZ, las sumas adeudadas por concepto de horas extras diurnas, horas extras nocturnas, recargos nocturnos y dominicales a que tiene derecho, no cubiertas por el sobresueldo devengado, sumas que deben ser liquidadas debidamente indexadas, con el correspondiente interés moratorio.

TERCERA: Se CONDENE al INPEC a realizar el ajuste correspondiente a las prestaciones sociales (cesantías, primas de servicio, vacaciones y prima de navidad) en las que tiene incidencia la liquidación que corresponda a horas extras diurnas, horas extras nocturnas, recargos nocturnos, dominicales y festivos.

CUARTA: Se CONDENE al INPEC a realizar las cotizaciones pendientes por concepto de aportes para pensión de acuerdo a la base salarial que corresponda.

QUINTA: Se condene al INPEC al pago de costas procesales en favor del demandante EDWIN MAURICIO BALLEEN CRUZ.

SEXTA: Se CONDENE al INPEC al pago en favor del demandante EDWIN MAURICIO BALLEN CRUZ las agencias en derecho.

(...)"

2. Hechos.

Los relatados en la demanda se resumen así:

- *Que el demandante desempeña en el INPEC el empleo de dragoneante, código 4114, grado 11, del nivel asistencial, y ha venido prestando sus labores en el COBOG¹, en la compañía de seguridad Bolívar, en una jornada de 24 horas de servicio por 24 horas de descanso, establecida mediante la Resolución N° 005018 del 15 de julio de 2021.*

- *Que con derecho de petición radicado el 14 de enero de 2022 el demandante solicitó el pago de las diferencias salariales entre lo reconocido por concepto de salario y sobresueldo, y lo que correspondía a las horas extras diurnas y nocturnas, y recargos nocturnos, dominicales y festivos, desde septiembre de 2018, con la incidencia correspondiente en las primas de servicio y navidad, cesantías y sus intereses, debidamente indexadas.*

- *Que con oficio N° 85103-SUTAG-GABAL-2022EE0008348 del 21 de enero de 2022, la entidad demandada negó la anterior solicitud aduciendo, en síntesis, que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC tenían un régimen salarial especial previsto en el Decreto 1302 de 1978, en virtud del cual devengaban un sobresueldo que, conforme al artículo 3° ibidem, cubría la totalidad de la remuneración de lo que correspondiera a las horas extras y recargos, aunado al hecho de que el artículo 104, literal h, del Decreto 1042 de 1978, excluía a ese personal de la aplicación de dicho decreto.*

3. Normas violadas y concepto.

En el libelo se señalan como vulneradas las siguientes:

- **De rango Constitucional:** 1, 2, 4, 5, 13, 15, 25, 29, 53, 93, 121, 122 y 125 de la Constitución Política.

¹ Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta y Mediana Seguridad de Bogotá.

➤ **De rango legal y reglamentario:** artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

Aduce el apoderado del demandante, en síntesis, que la entidad demandada desconoció que su representado ha cumplido, por muchos años, las funciones de dragoneante en jornadas de trabajo de 24 horas de labores por 24 de descanso, pues “(...) la jornada suplementaria no cubierta por el sobresueldo debe ser remunerada conforme a la ley, puesto que se trata de un derecho cierto e indiscutible por tanto irrenunciable (...)”². Que aquel empleo es del nivel asistencial, por lo que se le deben reconocer las horas extras y recargos causados conforme a lo previsto en el Decreto 1042 de 1978, máxime cuando el hecho que reciba un sobresueldo “(...) no es causa para generar un enriquecimiento sin justa causa para la demandada INPEC en detrimento de la explotación de mi poderdante que se ve sometido a laborar 360 horas mensuales (...)”³.

Estima que la entidad demandada, so pretexto de que al personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC se les paga un sobresueldo con base en lo previsto en el artículo 17 del Decreto 446 de 1994 “(...) no puede generar una recarga laboral arbitraria cada mes y no pagar lo justo, debo recordar que el demandante conforme a las órdenes de sus superiores laboró 15 turnos mensuales de 24 horas (24 horas de trabajo por 24 horas de descanso), dichos turnos representan 360 horas mensuales de trabajo, según el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 establece que la asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el mismo, corresponde a jornadas de 44 horas a la semana o sea por 190 horas mensuales, lo que arroja 170 horas extras mensuales, las cuales no han sido reconocidas ni canceladas (...)”⁴.

Cita como “fundamentos jurisprudenciales” dos sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado. La primera, proferida el 1° de febrero de 2018 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento N° 25000-23-42-000-2012-01733-01, relativa al pago de horas extras y recargos de una persona que prestaba sus servicios en la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá. La segunda, dictada el 6 de diciembre de 2018 en el proceso N° 25000-23-42-000-

² Párrafo primero, página 20 del libelo de la demanda.

³ Párrafo segundo, *idem*.

⁴ Página primera, página 24 *ibidem*.

2013-05425-01, relacionada con el pago de esos mismos emolumentos, pero de una persona que prestaba sus servicios en el Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

4. TRAMITE PROCESAL

*4.1. Mediante providencia del 23 de septiembre de 2022 el Despacho admitió la presente demanda formulada por el señor **EDWIN MAURICIO BALLÉN CRUZ** contra el **INPEC**, la cual fue notificada personalmente a través de correo electrónico a la entidad demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. A través de apoderada especial debidamente constituida, la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones.*

4.2. Contestación de la demanda.

Aclara, en primer lugar, que si bien existe durante 24 horas un funcionario del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC que se encuentra dentro del establecimiento, no se debe pasar por alto que en ese tiempo hay cuatro turnos de servicio, de seis horas cada uno, los cuales se distribuyen entre el personal, por lo que no puede considerarse que en las 24 horas se presta el servicio de forma continua.

Menciona que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC tiene un régimen laboral, salarial y prestacional especial, establecido en el Decreto 407 de 1994, pues la labor de vigilancia de los internos es permanente, lo que implica un manejo del horario particular para garantizar la permanencia de la custodia y vigilancia. En virtud de ello, ese personal percibe un sobresueldo que anualmente es ajustado por el presidente de la República, en desarrollo de lo previsto en la Ley 4ª de 1992. Ese sobresueldo, conforme a lo estipulados en los Decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984, remunera la disponibilidad de aquel personal, y cubre la jornada ordinaria nocturna, las horas extras diurnas y nocturnas y los recargos.

Considera que no es posible aplicar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC las disposiciones normativas del régimen general en cuanto a la jornada de trabajo y su remuneración, ya que para cubrir su disponibilidad se les paga el mencionado sobresueldo, mes a mes, y en caso de hacerlo, como lo pretende la parte actora, se estaría remunerando dos veces las horas extras y los recargos. Aunado a ello, el artículo 104, literal h, del Decreto 1042 de 1978, previó de forma expresa que ese régimen general no le sería aplicable al personal carcelario y penitenciario.

Formuló como la excepción denominada **“inexistencia de pruebas que desvirtúen la presunción de legalidad de que goza el acto administrativo demandado e inexistencia del derecho”**.

El Ministerio Público no conceptuó.

*La **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** no intervino en esta etapa procesal.*

*4.3 Con auto del 31 de octubre de 2023 se tuvo por contestada en tiempo la demanda por la entidad demandada; se indicó que la excepción propuesta al ser de mérito se entendería resuelta con la correspondiente motivación del fallo; y en aplicación de lo previsto en el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por la Ley 2080 de 2021, se prescindió de la audiencia inicial; se fijó el litigio; se decretaron e incorporaron las pruebas solicitadas y aportadas, absteniéndose de citar a la audiencia de pruebas; asimismo, se corrió traslado para alegar de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esa providencia, con el fin de dictar **sentencia anticipada** en los términos de la norma en cita.*

*La **parte demandante**, no presentó alegatos de conclusión.*

*La **entidad demandada**, con memorial radicado de forma oportuna el 15 de noviembre de 2023, presentó sus alegatos de conclusión reiterando, en síntesis, lo expuesto en la contestación de la demanda.*

*El Ministerio Público y la **Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado** no intervinieron en esta etapa procesal.*

CONSIDERACIONES

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho procede a adoptar la decisión que en derecho corresponda.

*Conforme al litigio fijado en el auto del 31 de octubre de 2023, se estableció que el debate que se suscita en este asunto consiste en establecer si es procedente o no la declaratoria de **nulidad** del acto administrativo contenido en el **oficio No***

2022EE0008348 del 21 de enero de 2022, con el objeto de que, como restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada pagar al demandante las sumas correspondientes a las horas extras (diurnas y nocturnas) y los recargos (nocturnos y dominicales), que no fueron cubiertas con el sobresueldo que percibió, debidamente indexadas y con los intereses moratorios a que haya lugar.

1. Situación fáctica y hechos probados.

- Copia del oficio N° 113-COBOG-CODVIG-232 del 11 de mayo de 2022, con el cual el director del COBOJ certifica que el señor EDWIN MAURICIO BALLÉN CRUZ prestó sus servicios en ese establecimiento como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, en la compañía de seguridad Francisco de Paula Santander, de abril a agosto de 2019 y de marzo de 2020 a abril de 2022, en turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, y en la compañía Antonio Nariño Servicios de Seguridad Diarios, de septiembre de 2019 a febrero de 2020, de lunes a viernes, de 7 a.m. a 5 p.m., y, ocasionalmente, los días sábados y domingos, en los que laboraba el 50% de la compañía distribuidos en dos días.

- Copia de la certificación expedida el 21 de junio de 2022 por el coordinador del Grupo de Nómina del INPEC, donde consta que el señor BALLÉN CRUZ se desempeñaba en esa entidad como dragoneante, código 4114, grado 11, y que en las vigencias 2019 a 2022 se le había pagado por concepto de sueldo básico y sobre los siguientes valores:

	2019	2020	2021	2022
A. básica	\$1.298.362	\$1.364.839	\$1.400.462	\$1.502.136
Sobresueldo	\$718.504	\$755.292	\$775.006	\$831.272

- Copia del derecho de petición radicado bajo el N° 2022ER0010024, sin fecha legible, a través del cual el señor EDWIN MAURICIO BALLÉN CRUZ solicitó al INPEC el pago de las diferencias salariales entre lo reconocido por concepto de salario y sobresueldo, y lo que correspondía a las horas extras diurnas y nocturnas, y recargos nocturnos, dominicales y festivos, desde el 1° septiembre de 2018, con la incidencia correspondiente en las primas de servicio y navidad, cesantías y sus intereses, debidamente indexadas.

- Copia del oficio 2022EE0008348 del 21 de enero de 2022, con el cual el INPEC dio respuesta negativa a la anterior solicitud argumentando que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de esa entidad tenían un régimen salarial especial previsto en el Decreto 1302 de 1978, en virtud del cual devengaban un sobresueldo, que conforme al artículo 3° ibidem, cubría la totalidad de la remuneración de lo que correspondiera a las horas extras y recargos, aunado al hecho de que el artículo 104, literal h, del Decreto 1042 de 1978, excluía a ese personal de la aplicación de dicho decreto, por lo que no era viable cancelar, además del salario y el sobresueldo, los emolumentos solicitados.

2. Problema jurídico.

Consiste en determinar si el demandante, como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, en el cargo de dragoneante, tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague las horas extras (diurnas y nocturnas) y los recargos (nocturnos y dominicales), en los términos establecidos en el Decreto 1042 de 1978.

3. Marco normativo.

En el marco normativo se abordarán dos temas: (i) el régimen general de los empleados públicos que regula el reconocimiento de las horas extras, recargos y compensatorios, y (ii) el reconocimiento del sobresueldo a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

3.1. Del régimen general de los empleados públicos que regula el reconocimiento de las horas extras, recargos y compensatorios.

El Decreto 1042 de 1978 “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”, en sus artículos 33 a 40, estableció lo siguiente:

“(…)

Artículo 33°.- De la jornada de trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de

cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

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

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

Artículo 34°.- De la jornada ordinaria nocturna. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.

Sin perjuicio de los 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 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

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

Artículo 35°.- De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turno, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.

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

Artículo 36°.- De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

El literal a) quedó así luego de la modificación introducida por el Decreto Ley 10 de 1989:

"El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico."

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 veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

El literal d) quedó así luego de la modificación introducida por el Decreto Ley 10 de 1989:

" En ningún caso podrá pagarse más de 50 horas extras mensuales."

e. Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

Artículo 37°.- *De las horas extras nocturnas.* Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 38°.- *De las excepciones al límite para el reconocimiento de horas extras.* Las restricciones de tiempo y de monto total por concepto de horas extras de que trata el artículo 36, no se aplicarán respecto de los siguientes funcionarios:

a. Los empleados subalternos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que tengan la obligación de participar en los trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, su liquidación y las demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal, podrá devengar horas extras dominicales y festivos siempre y cuando estén comprendidos en el nivel operativo, el nivel administrativo hasta el grado 19 inclusive, el nivel técnico hasta el grado 12 inclusive, el nivel profesional hasta el grado 10 inclusive y el nivel ejecutivo hasta el grado 06 inclusive.

Modificado por el Artículo 11 del Decreto-Ley 10 de 1989. Así:

En ningún caso podrá pagarse mensualmente por el total de horas extras, dominicales y festivos, más del 40% de la remuneración de cada funcionario.

Artículo 39°.- *Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos.* 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 involucrado 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.

Artículo 40°.- *Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos.* Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.

Para efectos de la liquidación y el pago de la remuneración de los empleados públicos que ocasionalmente laboren en días dominicales y festivos, se aplicarán las siguientes reglas:

El literal a) quedó así luego de la modificación introducida por el Decreto Ley 10 de 1989:

"El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico."

b) El trabajo deberá ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien este hubiere delegado tal atribución, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las tareas que hayan de desempeñarse.

c) El reconocimiento del trabajo en dominical o festivo se hará por resolución motivada.

d) El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario.

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.

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

e) 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.

f) La remuneración por el día de descanso compensatorio se entiende incluida en la asignación mensual. (...)"

De la anterior cita normativa, se pueden extraer, a grandes rasgos, las siguientes conclusiones:

(i) la jornada de trabajo para los empleados cobijados por dicho Decreto es, por lo general, de 48 horas semanales, sin perjuicio de lo establecido para los empleos que desarrollen funciones que implique el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de vigilancia, a quienes se les podrá fijar un horario laboral hasta de 66 horas a la semana. De igual modo, se tiene que el jefe del respectivo organismo puede establecer el horario de trabajo, sin superar el reseñado límite de 48 horas.

(ii) La jornada ordinaria nocturna va de 6 p.m. a 6 a.m., y quienes trabajen de manera habitual en la misma tendrán derecho a un recargo del 35% sobre la asignación mensual, sin perjuicio de las normas especiales de quienes trabajan por turnos.

- (iii) *Existe jornada mixta cuando las labores se desarrollan de manera habitual en jornadas que incluyen tanto horas diurnas como nocturnas, la cual, al igual que la jornada ordinaria nocturna, se remunera con un recargo del 35% calculado sobre la asignación mensual, sin perjuicio de lo que se disponga para quienes trabajan por turnos.*
- (iv) *Pueden causarse horas extras diurnas cuando se realicen trabajos en horas diferentes a la jornada ordinaria de labor siempre que se cumplan con las siguientes condiciones, a saber: (a) que el empleo pertenezca al nivel operativo, al nivel administrativo, hasta el grado 17, o al nivel técnico hasta el grado 39⁵; (b) que el trabajo suplementario sea autorizado previamente, mediante comunicación escrita que describa las actividades a realizar; (c) el reconocimiento del trabajo suplementario se realizará a través de resolución motivada, y se liquidará con un recargo del 25% de la remuneración básica; (d) no se pueden pagar más de 50 horas extras mensuales, pues el excedente se deberá reconocer en tiempo compensatorio, correspondiente a un día hábil por cada 8 horas extras, salvo que se trate de empleados subalternos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que tengan la obligación de participar en trabajos ordenados para la elaboración del presupuesto de rentas, en los términos del artículo 38 del Decreto 1042.*
- (v) *Se pueden reconocer como horas extras nocturnas las laboradas de manera excepcional, entre las 6 p.m. y 6 a.m., siempre y cuando se cumplan las condiciones reseñadas en precedencia.*
- (vi) *Los empleados que laboren de manera habitual y permanente los días dominicales o festivos, tienen derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio y la remuneración ordinaria a que tiene derecho por haber laborado el mes completo, sin perjuicio de lo que se consagre en las normas especiales para las personas que prestan sus servicios en el sistema de turnos.*
- (vii) *Se puede autorizar el trabajo ocasional en domingos y festivos, para cuya liquidación se aplicarán las reglas relacionadas en los literales (a) y (b) del*

⁵ Modificación introducida por el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989.

citado ítem iv. Asimismo, su reconocimiento se hará por resolución motivada y se compensará con un día de descanso remunerado o una retribución en dinero, a elección del funcionario, los cuales se reconocerán sin perjuicio de la retribución ordinaria por haber laborado todo el mes.

Resulta imperativo señalar que el artículo 104 del mencionado Decreto 1042 de 1978, al regular las excepciones a la aplicación de lo allí establecido, señaló en su literal h) que el mismo no cobijaba “Al personal carcelario y penitenciario de que trata el Decreto 27 de 1989”, “(...) cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones (...)”.

3.2. Del reconocimiento del sobresueldo a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

El ejecutivo nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 5ª de 1978, expidió el Decreto ley 1302 de 1978, el cual, en su artículo 1º, dispuso que “(...) Los Mayores, Capitanes, Tenientes, Sargentos, Cabos y Guardianes de los establecimientos carcelarios y penitenciarios que dependen del Ministerio de Justicia, lo mismo que los Directores y Subdirectores de dichos establecimientos deberán laborar o estar disponibles durante todo el tiempo que lo requieran las necesidades propias del servicio (...)”. Como retribución a esa disponibilidad, el artículo 2º ibidem estableció una contraprestación mensual fija denominada sobresueldo, la cual, conforme a lo previsto en el artículo 3º de ese mismo decreto, tendría la siguientes características:

“(...)

ARTÍCULO 3o. El sobresueldo constituye factor de salario y cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que hayan de prestarse, por razón de trabajo o de disponibilidad en tiempo que corresponda a cualquiera de los siguientes conceptos:

- a). Jornada ordinaria nocturna.
- b). Horas extras diurnas o nocturnas.
- c). Trabajo ordinario u ocasional diurno en días dominicales o festivos.
- d). Trabajo ordinario u ocasional nocturno en los mismos días a que se refiere la letra ordinal c).

(...)”.

Como se puede apreciar, para remunerar la disponibilidad a la que, necesariamente, debían estar sometidos los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, el gobierno nacional creó el sobresueldo como una remuneración mensual, que sería factor salarial, y cubriría, entre otras cosas, las horas extras y los recargos que se llegaren a derivar como consecuencia de aquella disponibilidad. Por lo tanto, surge claro que ese personal quedó excluido del reconocimiento de dichos emolumentos en los términos del Decreto 1042 de 1978, por cuanto el artículo 8° del mencionado Decreto 1302 de 1978 lo prohibió expresamente al señalar que “(...) Al personal a que se refiere el artículo 1o. de este Decreto no le son aplicables las reglas que sobre jornada de trabajo establecen los artículos 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40 del Decreto-ley 1042 de 1978 (...)”.

4. Caso Concreto.

En el presente caso, corresponde al Despacho a decidir si hay o no lugar a ordenar a la entidad demandada el reconocimiento y pago de las horas extras y recargos en favor del demandante, en su calidad de miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, en el cargo de dragoneante.

De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que el señor EDWIN MAURICIO BALLÉN CRUZ, en efecto, hace parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, pues presta sus servicios en el INPEC en el cargo de dragoneante, código 4114, grado 11. En desarrollo de esas labores, laboró en la compañía de seguridad Francisco de Paula Santander, de abril a agosto de 2019 y de marzo de 2020 a abril de 2022, cumpliendo turnos de 24 horas de trabajo por 24 horas de descanso, mientras que, cuando estuvo asignado a la compañía Antonio Nariño Servicios de Seguridad Diarios, de septiembre de 2019 a febrero de 2020, su horario de trabajo fue de lunes a viernes, de 7 a.m. a 5 p.m. y, ocasionalmente, los días sábados y domingos, en los que laboraba el 50% de la compañía, distribuidos en dos días.

Se demostró, asimismo, que el señor BALLÉN CRUZ, de 2019 a 2022, devengó, de forma mensual e ininterrumpida, un sobresueldo, independientemente de que prestara sus servicios en turnos de 24 por 24, o de lunes a viernes, de 7 a.m. a 5 p.m.

Cotejada la situación fáctica del demandante con las normas que regulan su régimen salarial, se advierte, que tal como se indicó en el acto administrativo acusado, a aquel no le asiste derecho a que le sean reconocidas las horas extras (diurnas y nocturnas) y los recargos (nocturnos y dominicales), conforme a lo previsto en el Decreto 1042 de 1978, pues el señor BALLÉN CRUZ hace parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, personal a quienes, por expresa disposición tanto del literal h), artículo 104 ibidem, como del artículo 8° del Decreto 1302 de 1978, no es procedente reconocerles dichos conceptos de acuerdo con el régimen general, por percibir un sobresueldo mensual que cubre esos emolumentos, tal como lo estableció el artículo 3° de este último decreto (supra, numeral 3.2).

La imposibilidad de aplicar el régimen general de las horas extras y recargos previsto en el Decreto 1042 de 1978 a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, no solo tiene origen en la especial regulación de orden legal ya reseñada, sino también en diferentes decisiones adoptadas en la jurisdicción contenciosa administrativa, en las que ha sido ratificado tal criterio, no solo por el Consejo de Estado, al negar una acción de cumplimiento que buscaba que se regulara la jornada laboral de ese personal, según lo previsto en ese decreto, el cual no les resultaba aplicable⁶, sino por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que, en sentencia del 22 de septiembre de 2022⁷, señaló:

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

⁶ Sección Quinta, sentencia del 2 de noviembre de 2023, rad. N° 20001-23-33-000-2023-00175, Cp. Omar Joaquín Barreto.

“(…)”

De acuerdo con lo anterior, no se evidencia que las normas invocadas sean aplicables a los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, toda vez que el Decreto 1042 de 1978 no incluye en su campo de aplicación al INPEC, máxime que en el artículo 104, dispuso que estarían exceptuados «los empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados, salvo lo previsto en el artículo 72».

Por otra parte, el Decreto 1302 de 1978¹⁶, indicó en el artículo 8.º que al personal penitenciario y carcelario «no le son aplicables las reglas que sobre jornada de trabajo establecen los artículos 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40 del Decreto-Ley 1042 de 1978».

Adicionalmente en la contestación de la demanda se precisó que conforme con el artículo 8.º del Decreto 407 de 1994, quienes prestan servicios en el INPEC, son empleados públicos con régimen especial.

Con fundamento en lo anterior, las normas invocadas por la parte actora están dirigidas a la rama ejecutiva tanto para su nivel nacional y territorial y del contenido de los artículos 33, 36 literal e) y 39 del Decreto 1042 de 1978 no se vislumbra que dentro de sus destinatarios este el INPEC. (...)”

⁷ Sala sexta de decisión, rad. N° 150013333010 20150012702, Mp. Félix Alberto Rodríguez Riveros.

sobresueldo, el constituye factor salarial, y se paga conforme lo establecen los decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984.

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

(...)"

Llama la atención del despacho que el demandante considere que existe un enriquecimiento sin causa por parte del INPEC al no pagarle las horas extras y los recargos mientras prestaba sus servicios en el sistema de turnos 24x24, pasando por alto no solo que esos conceptos estaban cubiertos con el sobresueldo que percibía mensualmente, sino que, incluso, devengó ese sobresueldo de septiembre de 2019 a febrero de 2020, cuando su horario de trabajo era de lunes a viernes, de 7 a.m. a 5 p.m., y, por ende, no generaba horas extras ni recargos.

Finalmente, debe señalarse que las sentencias del Consejo de Estado que el actor cita en el libelo de la demanda como "fundamentos jurisprudenciales", no resultan aplicables al presente caso, pues la proferida el 1° de febrero de 2018 tiene que ver con los recargos y horas extras de una persona que prestaba sus servicios en la Cárcel Distrital de Varones y Anexo de Mujeres de Bogotá, la cual es una dependencia de la Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia, por lo que quienes prestan sus servicios allí tienen la calidad de empleados territoriales, y, por consiguiente, conforme a lo previsto artículo 2° de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998⁸, estos quedan sujetos por extensión lo previsto en el Decreto 1042 de 1978. Por la misma razón, tampoco se le puede aplicar las subreglas establecidas en la sentencia del 6 de diciembre de 2018, ya que en esta

⁸ Artículo 87°.- (...)

Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal, contempladas en la presente Ley y las contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que prestan sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley.

(...)

Artículo 3°.- *Campo de aplicación.* Las disposiciones contenidas en la presente Ley son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles Nacional, Departamental, Distrital, Municipal y sus entes descentralizados; en las Corporaciones Autónomas Regionales; en las Personerías; en las Entidades Públicas que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud; al personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera; al personal administrativo de las instituciones de educación Primaria, Secundaria y Media vocacional de todos los niveles; a los empleados no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas militares y de la Policía Nacional, así como a los de las Entidades Descentralizadas adscritas o vinculadas a los anteriores.

se debatía el pago de esos mismos conceptos de una persona que laboraba en el Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, que es una unidad administrativa especial del orden territorial.

Así las cosas, teniendo en cuenta que al señor EDWIN MAURICIO BALLÉN CRUZ, como miembro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, en el cargo de dragoneante, no tiene derecho a que se le aplique lo previsto en el Decreto 1042 de 1978 para el reconocimiento de horas extras y recargos, debido a que, por una parte, devengaba un sobresueldo que cubría esos emolumentos, y por otra, existen expresas disposiciones normativas que prohíben hacerle extensivo dicho decreto (literal h, artículo 104 del Dto.1042/78 y artículo 8° del Dto. 1302 de 1978), se concluye que el acto administrativo acusado, que negó el reconocimiento de dichos emolumentos al demandante, se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que amparaba el acto administrativo demandado, se denegarán las pretensiones de la demanda.

5. Costas y agencias en derecho.

Sobre la condena en costas y agencias en derecho, el Despacho considera que, de acuerdo a la evaluación realizada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el numeral 9° del artículo 365 del Código General del Proceso, en el presente caso resulta improcedente, en razón a que no se evidenció su causación ni comprobación dentro la actuación surtida en este proceso que amerite la imposición de la misma.

*En mérito de lo expuesto, **JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,*

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

TERCERO: NOTIFICAR la presente providencia, conforme a lo expuesto en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

CUARTO: ejecutoriada la presente providencia, por secretaría del Juzgado, procédase a **DEVOLVER** a la parte demandante el remanente de la suma consignada para gastos ordinarios del proceso si lo hubiese; **EXPEDIR** las copias respectivas, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 Código General del Proceso; **DEJAR** las constancias de rigor y; **ARCHIVAR** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**YANIRA PERDOMO OSUNA
JUEZA**

Firmado Por:
Yanira Perdomo Osuna
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
013
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 86eea913aed84af217d730a55994c0dc9ccf57235eb0ed5b127b678447ff9341

Documento generado en 30/04/2024 09:45:44 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>