



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN:	11001-33-35-026-2015-00371-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	NELSON ENRIQUE BARRERA MORALES
DEMANDADO:	INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC

1. DESCRIPCIÓN DEL CASO OBJETO DE DECISIÓN

1.1. Lo pretendido¹

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, por conducto de apoderada, el ciudadano Nelson Enrique Barrera Morales, solicita se acceda a las siguientes pretensiones:

1.1.1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 8100-DINPE-SUTAH-9124 del 27 de mayo de 2014, por medio de la cual la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, negó una reclamación laboral.

1.1.2. Declarar que, por formar parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria, además del cumplimiento de su jornada ordinaria laboral, se encuentra sujeto a la condición de disponibilidad permanente.

1.1.3. Aplicar el artículo 3° del Decreto 1302 de 1978, conforme al principio de favorabilidad, bajo el entendido de que el Sobresueldo que ha devengado, constituye la remuneración por los servicios prestados bajo el esquema de disponibilidad permanente, y en tal virtud, inaplicar el artículo 8° del referido decreto por inconstitucional.

1.1.4. Declarar que tiene derecho al reconocimiento y pago, a futuro, **(i)** del trabajo suplementario diurno o nocturno que exceda las 44 horas semanales, correspondientes a la jornada laboral, al igual que el realizado en jornada nocturna y en días dominicales y festivos, de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978; así como **(ii)** de la reliquidación, sobre la base de dicha remuneración, de las prestaciones sociales, aportes al sistema general de seguridad social y cualquier otro derecho que le corresponda como miembro del C.C.V.P.C.²

1.1.5. Condenar a la demandada a reconocer y pagar dentro de un periodo de tres años y a futuro, siempre que le resulte más favorable, el mayor valor

¹ Ver folios 107 a 111 del plenario.

² Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria.

del salario correspondiente al trabajo suplementario diurno o nocturno, que exceda la jornada máxima legal, al igual que el realizado en jornada nocturna y en días dominicales y festivos; así como las diferencias producto de la reliquidación de las prestaciones sociales, aportes al sistema general de seguridad social y cualquier otro emolumento establecido para el personal del C.C.V.P.C.

1.1.6. Condenar a la parte demandada al pago de las sumas derivadas de la condena, incorporando los respectivos ajustes de valor, así como los intereses moratorios que correspondan, las costas procesales y agencias en derecho.

1.2. Síntesis fáctica³

El demandante se encuentra vinculado con el INPEC⁴, como miembro del C.C.V.P.C., ocupando para la fecha de presentación de la demanda, el cargo de Dragoneante Código 4114 Grado 11, en virtud de lo cual, debía mantener permanente disponibilidad para suplir las necesidades del servicio, y durante los años 2010 a 2014, devengó los emolumentos de sueldo y sobresueldo.

En virtud de dicha vinculación, el actor debe laborar de manera permanente horas extras y en jornada nocturna, así como en días dominicales y festivos, que exceden las 44 horas semanales de la jornada laboral, sin que el INPEC remunere dichos servicios, bajo la equivocada premisa de que el sobresueldo que se les paga constituye la contraprestación de tal labor, y confundiendo los criterios de disponibilidad permanente y de trabajo presencial.

En vista de dicha situación, el 2 de mayo de 2014 la parte actora acudió ante el INPEC con el fin de solicitar el reconocimiento y pago de los derechos que invoca a través de esta demandada; en respuesta de lo cual la entidad emitió el Oficio 8100-DINPE-SUTAH-9124 del 27 de mayo de 2014, negando dicha reclamación y quedando así agotada la vía gubernativa

1.3. Fundamentos jurídicos de lo pedido⁵

En sus argumentos, la parte actora alega que al negarse a reconocer y pagar lo reclamado, el acto acusado está incurso en las causales de nulidad de infracción de las normas en que debía fundarse y falsa motivación.

Respecto al primero de dichos vicios, se indica que la parte demandada niega el derecho invocado al confundir los aspectos de disponibilidad permanente y trabajo presencial, bajo la premisa de que el sobresueldo reconocido a dicho personal, remunera las actividades realizadas fuera de la jornada máxima laboral de 44 horas a la semana.

Se aduce que independientemente de la restricción señalada en el artículo 8° del Decreto 1302 de 1978 en materia de jornada de trabajo, debido a la naturaleza de la actividad desempeñada por el C.C.V.P.C., que involucra el

³ Ver folios 111 a 113 del expediente.

⁴ Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

⁵ Ver folios 115 a 124 del plenario.

trabajo presencial y la disponibilidad permanente, y que sin importar la realización o no de actividades, demanda de dicho personal, el deber de acudir al llamado intempestivo para la prestación del servicio; en el presente asunto debe aplicarse el Decreto 1042 de 1978, por ser más favorable en cuanto establece la remuneración del trabajo realizado fuera de la jornada laboral máxima de 44 horas, como expresión de la garantía del derecho al descanso que le asiste a todo trabajador, representada en el reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos.

Así las cosas, para la parte actora, el simple hecho de estar al servicio de la entidad bajo la modalidad de disponibilidad permanente, da lugar al pago del sobresueldo que por ley actualmente se encuentra devengando, sin embargo, cuando en dicha circunstancia, se realiza trabajo presencial, el mismo debe remunerarse conforme a lo establecido en el Decreto 1042 de 1978 para el trabajo suplementario, y los recargos nocturnos, dominicales y festivos.

Así mismo, se indica que, al proceder el pago del trabajo suplementario y los recargos nocturnos, dominicales y festivos para el personal del C.C.V.P.C., por principio de favorabilidad, también deberán reliquidarse las prestaciones sociales, aportes a seguridad social y cualquier emolumento señalado en el Decreto 1042 de 1978.

En cuanto a la falsa motivación, se aduce que el acto acusado se limitó a indicar que la remuneración reconocida al personal de C.C.V.P.C., lo era conforme a la naturaleza del servicio prestado y en tal virtud, la labor realizada fuera de la jornada máxima legal, se encontraba cubierta con el emolumento denominado sobresueldo.

1.4. Los argumentos de la demandada⁶

La autoridad accionada se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas por la parte actora, alegando que, en el presente asunto, no se demostró que el acto administrativo acusado estuviera incurso en alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011; por el contrario, adujo que, para su expedición, se cumplieron todos los requisitos.

Advierte, que el personal del cuerpo de custodia y vigilancia, está sometido a un régimen prestacional especial, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio que prestan y que exige un estado de disponibilidad permanente, que se remunera, además del sueldo básico mensual, con un sobresueldo, siendo este el motivo por el cual a esta clase de personal no le resultan aplicables las normas generales del Decreto 1042 de 1978.

No obstante lo anterior, sostiene que, si dichas normas fueran aplicables, en el caso del actor, dichos reconocimientos no serían procedentes, teniendo en cuenta que, de la historia laboral del demandante, se desprende que en un periodo no prestó materialmente el servicio como quiera disfrutó de unos permisos sindicales, concretamente entre el 9 de agosto de 2012 y el 31 de

⁶ Ver folios 85 a 90 del plenario.

julio de 2016, sin que en tal virtud se pueda predicar el trabajo realizado en tiempo que excede la jornada laboral.

Se propusieron además las excepciones de caducidad del medio de control, la inexistencia de pruebas que demuestren la ilegalidad del acto acusado, la inexistencia del derecho y la genérica.

1.5. Crónica del proceso

- La demanda fue presentada el 29 de abril de 2015 y mediante auto del 14 de abril de 2015, se inadmitió por estimación inadecuada de la cuantía, y así mismo se otorgó el término legal para que fuera subsanada (ff. 131 y 133).

- Ajustada la demanda dentro del término legal, se dispuso su admisión mediante auto del 13 de noviembre de 2015, ordenándose las notificaciones, traslados y pago de gastos procesales así como el arribo de los antecedentes administrativos del acto acusado (ff. 135, 136, 139 y 140).

- Cumplidos los distintos requerimientos ordenados en el auto en mención, el 21 de julio de 2016, actuando a través de apoderado, la pasiva contestó la demanda allegando las pruebas que tenía en su poder y proponiendo excepciones (ff. 85 a 90).

- De las excepciones de carácter previo propuestas por la demandada, se corrió traslado a la parte actora entre el 1° y el 5 de septiembre de 2016; plazo dentro del cual el extremo activo de la *litis* se pronunció (ff. 255 a 260).

- En autos del 28 de abril y del 9 de junio de 2017⁷, en su orden se señaló y reprogramó la fecha para la celebración de la audiencia inicial dentro del presente proceso, la cual se realizó el 5 de julio siguiente⁸; diligencia en cuya etapa de decisión de excepciones previas se declaró no probada la caducidad del medio de control, propuesta por la pasiva, y ante lo cual, este extremo procesal interpuso recurso de apelación que fue concedido y en tal virtud, se ordenó la remisión del expediente al superior para lo pertinente.

- La decisión adoptada por este Despacho en cuanto a la no caducidad del medio de control, fue confirmada en segunda instancia⁹, y con el fin de dar cumplimiento a lo resuelto por el superior, mediante proveídos del 13 de julio de 2018 y del 5 de septiembre de 2018, respectivamente se fijó y reprogramó la fecha para reanudar la audiencia inicial.¹⁰

- El 13 de septiembre de 2018, se continuó con el desarrollo de la audiencia inicial¹¹, en cuyo marco probatorio, se decretaron pruebas que fueron recaudadas en las audiencias del 1° de noviembre de 2018¹² y del 5 de junio de 2019¹³, procediéndose en esta última a correr traslado para alegatos de

⁷ Ver folio 291 del plenario.

⁸ Ver folios 300 a 303 del expediente.

⁹ Ver folios 308 a 312 del expediente.

¹⁰ Ver folios 316, 318 y 320 del expediente.

¹¹ Ver folios 322 a 325 del expediente.

¹² Ver folios 338 a 341 del expediente.

¹³ Ver folios 449 a 452 del expediente.

conclusión por escrito, y advirtiendo que de aproximarse pruebas adicionales con posterioridad a dicho momento procesal, las mismas serían tenidas en cuenta para la decisión de este caso.

1.6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

La **parte actora** presentó sus argumentos finales por medio de escrito visible en los folios 455 a 460, en los cuales reiteró los señalamientos que expuso en la demanda, y solicitó acceder a las súplicas planteadas en esta, luego de encontrar demostrado que el demandante ha estado vinculado laboralmente con la pasiva, mediante un estado de disponibilidad permanente que le exige laborar en periodos que exceden la jornada ordinaria laboral de 44 horas a la semana, sin recibir ninguna contraprestación por dicho condicionamiento, bajo la confesa y equivocada premisa de que el sobresueldo consagrado en el Decreto 1302 de 1978 retribuye dichos servicios al confundir el aspecto de la disponibilidad con el de trabajo presencial, desconociendo que para tal efecto debe aplicarse el Decreto 1042 de 1978, que señala la forma de remunerar el trabajo realizado en horas extras, en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, por ser más favorable.

La **parte demandada** alegó de conclusión por medio de escrito visible en los folios 461 a 463, en el cual solicitó negar las pretensiones de la demanda al advertir que no se demostró que el acto acusado estuviese incurso en causal de nulidad alguna, a diferencia de lo que sí se probó en el expediente, y es que al demandante no se le adeuda suma alguna, como quiera que se han pagado los distintos emolumentos a que tiene derecho en virtud de su cargo, entre ellos, el sobresueldo, que retribuye el servicio prestado en la modalidad de disponibilidad permanente, que agrupa el trabajo suplementario, así como el ejecutado en jornada nocturna, dominical y festiva, tal como lo consagra el régimen prestacional dedicado a dicho personal en función de la actividad especial que desempeña.

El **Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa procesal.

2. DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

Dado que en el presente asunto, se cuestiona la legalidad del oficio por medio del cual la pasiva negó el reconocimiento y pago de las sumas derivadas del desempeño de labores fuera de la jornada ordinaria laboral por quien prestó sus servicios al INPEC en el cargo de Dragoneante, cuyo último lugar de prestación de servicios a la fecha de presentación de la demanda fue la ciudad de Bogotá, y que la cuantía fue estimada en \$32'149.062, es decir un valor inferior a los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2015¹⁴; es claro que de conformidad con los artículos 104, 155 (nal. 2º), 156 (nal. 3º) y 157 (inc. final) de La Ley 1437 de 2011, se encuentran cumplidos los presupuestos de jurisdicción y competencia para conocer el presente asunto.

¹⁴ Año en que se interpuso la demanda, y en el que, según el Decreto 2731 de 2014, el salario mínimo correspondía a la suma de \$644.350.

Así mismo, revisado el proceso se determinó que encuentran acreditados los requisitos de procedibilidad del medio de control y los formales de la demanda, de modo que al no advertirse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir el fallo que en derecho se estima pertinente.

3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Nuevamente advierte el Despacho, que el problema jurídico a resolver dentro de este asunto, se concreta en establecer si, al señor Nelson Enrique Barrera Morales, como integrante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la remuneración correspondiente a horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, según lo establecido en el Decreto 1042 de 1978, así como a la reliquidación de todos los emolumentos a que tenga derecho en función de dicha actividad, incluyendo los aportes a seguridad social integral, en virtud del deber de disponibilidad permanente asignado a dicha categoría de servidores públicos; o si por el contrario, la retribución de su labor ha sido reconocida en forma correcta al amparo del Decreto 1302 de 1978, que contempla un sobresueldo dedicado a remunerar las actividades realizadas fuera de la jornada ordinaria laboral.

4. TESIS DEL DESPACHO

Se negarán las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la parte actora no logró demostrar que el acto acusado estuviese incurso en las causales de nulidad que se le atribuyen.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Análisis del caso concreto y conclusión

5.1.1. Marco jurídico

De manera preliminar, teniendo en cuenta que la discusión dentro de este asunto, se centra en establecer si el sobresueldo cancelado al actor en virtud de su investidura de miembro del C.C.V.P.C., remunera tanto el estado de disponibilidad permanente como el trabajo realizado de manera presencial, o si solo se refiere a la primera de esas circunstancias, el Despacho considera necesario referirse a los regímenes salarial y prestacional de esa categoría de servidores, y concretamente a la tradición normativa del emolumento en mención.

Así las cosas, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 5ª de 1978, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 1302 del mismo año, con el objeto de regular la clasificación y remuneración de los empleos del personal carcelario y penitenciario.

En su artículo 1º del Decreto Ley en mención, estableció que los Directores, Subdirectores, Mayores, Capitanes, Tenientes, Sargentos y Cabos, al igual que los Guardianes de los establecimientos carcelarios y penitenciarios

dependientes del Ministerio de Justicia, deberían laborar o estar disponibles durante todo el tiempo que lo requieran las necesidades propias del servicio y para retribuir ese desempeño, el artículo 2° *ídem* creó una contraprestación mensual fija, denominado sobresueldo.

En su artículo 3°, el Decreto en mención determinó que dicho sobresueldo constituye factor salarial y cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que se presten, por razón de trabajo o de disponibilidad, en tiempo que corresponda a horas extras diurnas o nocturnas, a jornada ordinaria nocturna y al trabajo ordinario u ocasional diurno o nocturno realizado en días dominicales o festivos.

Por su parte, el artículo 6° *ibídem* fijó las cuantías del valor mensual del sobresueldo teniendo en cuenta la denominación del cargo, el código y el grado de remuneración del mismo, mientras que su artículo 8° expresamente señaló que para el personal del C.C.V.P.C. 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.

Años después, mediante la Ley 32 de 1986, se expidió el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, que en su artículo 84 contempló para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional que laborarán y estuvieran disponibles durante la totalidad del tiempo requerido conforme a las necesidades del servicio, una contraprestación mensual fija denominada sobresueldo, la cual constituía factor de salario y se pagaría de acuerdo con los Decretos Ley 1302 de 1978 y 447 de 1984, correspondiendo a este último, establecer la remuneración para dicha categoría de servidores a partir del 1° de enero de 1984.

Posteriormente, en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 65 de 1993 se expidió el Decreto Ley 407 de 1994, por medio del cual se consagró el Régimen de Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, y que en su artículo 17 definió al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional como un *“organismo que cumple un servicio esencial del Estado, armado, de carácter civil y permanente, al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”*, cuya misión consiste en mantener y garantizar el orden, la seguridad y la disciplina en los centros de reclusión, así como la custodia y vigilancia de los internos, la protección de sus derechos fundamentales y de otras garantías consagradas en la Carta Política (artículo 113).

El mencionado Decreto Ley 407 de 1994, establece en su artículo 185 que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria tienen derecho a las prestaciones sociales reconocidas por la Ley 32 de 1986 y demás normas que el Gobierno Nacional expida en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, así como al pago del sobresueldo previsto en los Decretos Ley 1302 de 1978 y 447 de 1984.

Al respecto, conviene señalar que el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 446 de 1994, por medio del cual estableció

el Régimen Prestacional de los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, subrogando de esta forma el Título Sexto de la Ley 32 de 1986, en lo que a prestaciones sociales se refiere; y creando nuevamente en su artículo 17, un sobresueldo en los mismos términos que aquel previsto desde el artículo 84 de la Ley 32 de 1986, haciéndolo extensivo, una vez más, a los Directores y Subdirectores de establecimientos carcelarios que debieran laborar y estar disponibles todo el tiempo que lo requieran las necesidades propias del servicio.

Ahora bien, en vigencia de la Constitución Política de 1991, se expidieron, entre otras normas, la Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para determinar el régimen salarial y prestacional de, entre otros servidores, el de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera fuera el sector, denominación o régimen jurídico.

Al respecto, se tiene que la Ley 4ª de 1992, estableció en su artículo 2º, que para la determinación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendría en cuenta, entre otros, los siguientes objetivos y criterios:

- El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales y en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;
- La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal;
- La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;
- El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

La Ley 4ª de 1992, en su artículo 10º, determinó que todo régimen salarial o prestacional que se estableciera contraviniendo las disposiciones contenidas en ella o, en los decretos que dictara el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecería de todo efecto y no crearía derechos adquiridos.

Ahora bien, como en la demanda se alega que la parte actora tiene derecho, además del sobresueldo percibido con fundamento en el Decreto Ley 1302 de 1078, a la remuneración contemplada en el Decreto Ley 1042 de 1978, causada por la prestación de servicios en horas extras, jornada nocturna y en días de descanso obligatorio, debe señalarse que, respecto a la jornada laboral para los trabajadores penitenciarios y carcelarios, la misma puede ser distribuida por el Jefe del Organismo, de acuerdo con las necesidades del servicio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 del último de dichos estatutos, que preceptúa que la asignación mensual fijada en las escalas de remuneración desarrolladas en dicho decreto, corresponde a jornadas de 44

horas semanales, límite dentro del cual se podrá establecer el horario de trabajo.

Ahora, si bien se ha reconocido que no existe norma específica que regule para los empleados públicos la jornada laboral por el sistema de turnos¹⁵, atendiendo a la naturaleza del servicio público prestado por los miembros del C.C.V.P.C. y la necesidad de la continuidad en el mismo, es posible adecuar la jornada laboral de 44 horas semanales para el personal que se requiera, con el objeto de que se cumplan de manera ininterrumpida en jornadas diurnas, nocturnas o mixtas, como también distribuir esta jornada de 44 horas en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y la disponibilidad presupuestal.

Ello constituye **(i)** trabajo suplementario, **(ii)** realizado en jornada nocturnas o **(iii)** en días dominicales y festivos, conforme a los artículos 34 a 36 del Decreto Ley 1042 de 1978, esto es el adicional a la jornada ordinaria de trabajo de 44 horas a la semana; que en principio habría de remunerarse a través del pago de horas extras y según el caso, e igualmente de los recargos porcentuales señalados en dicho articulado, siempre y cuando se respete el derecho al descanso que además se encuentra estrechamente ligado a la dignidad de los trabajadores y es indispensable para la recuperación de la fuerza física y la destinación de un tiempo para el campo personal del servidor.

No obstante, indistintamente de que la jornada laboral para el personal del C.C.V.P.C. esté limitada a 44 horas semanales, lo cierto es que, conforme al criterio de disponibilidad propio de estos servidores para el desempeño de sus funciones, la forma de remunerar el trabajo complementario y la norma a la luz de la cual debe hacerse, es aquella que de carácter especial, tal como lo señala el artículo 3° de la Ley 153 de 1887 y que, en este caso, corresponde al Decreto Ley 1302 de 1978 y las demás normas concordantes, y que como se señaló, en contraprestación del servicio implica el pago de una asignación mensual fija que recibo el nombre de sobresueldo, que no solo constituye factor de salario, sino que además, cubre la totalidad de la remuneración de las labores que hayan de realizarse por razón de trabajo o de disponibilidad, en tiempo que corresponda a trabajo complementario, es decir, horas extras diurnas y nocturnas; trabajo ordinario y ocasional diurno, en días dominicales o festivos, y trabajo ordinario u ocasional nocturno, en días dominicales o festivos.

Precisamente, como dicho sobresueldo desde su consagración en el Decreto Ley 1302 de 1978 y aún en vigencia del Decreto 446 de 1994, fue creado bajo las características anotadas, en consonancia con la prohibición del artículo 10 de la Ley 4ª de 1992, cualquier régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en ella o, en los decretos que dicte el Gobierno Nacional, en desarrollo de la misma, carecerán de todo efecto y no crearán derechos adquiridos; restricción que a su vez, ha sido refrendada en los Decretos que se expiden anualmente para fijar las escalas de remuneración de estos servidores públicos.

¹⁵ C.Co., S.2ª., sentencia de septiembre 16/2015, Rad. Int. 2538-14, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, entre otras,

5.1.2. Hechos probados

5.1.2.1. El señor Nelson Enrique Barrera Morales se encuentra vinculado con el INPEC; entidad a la cual ingresó desde el 14 de agosto de 1997 en el cargo de Dragoneante Código 5260 Grado 6, que para el momento de expedición del acto acusado¹⁶, se denominaba Dragoneante Código 4114 Grado 11, y que desempeñó hasta el 31 de agosto de 2016, cuando fue designado como Inspector (ff. 24 a 28, 67, 188 y 190).

5.1.2.2. Entre mayo de 2011 y mayo de 2014¹⁷, el señor Nelson Enrique Barrera Morales venía prestando sus servicios en turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso, y para dichos interregnos presentó las siguientes novedades en la prestación del servicio¹⁸:

AÑO	MES	DÍAS	NOVEDAD
2011	May	4 a 6, 16 a 18 y 26 a 28	Permiso sindical e inasistencia
	Jun	3 al 27	Permiso sindical
	Jul	3 al 13 y 21	Permiso sindical y compensatorio
	Ago	20 al 28	Permiso sindical y compensatorio
	Sep	5 al 9, 17 y 27	Permiso sindical
	Oct	7 y 21 al 25	Permiso sindical
	Nov	10 al 14, 18 a 20 y 26 a 30	Permiso sindical y compensatorio
	Dic	2 al 30	Vacaciones
2012	Ene	3 al 9 y 17 a 29	Permiso sindical y compensatorio
	Feb	4 al 28	Permiso sindical
	Mar	1 al 31	Permiso sindical y actividad sin especificar
	Abr	2 a 10, 14 a 16 y 22 a 30	Permiso sindical y actividad sin especificar
	May	2 al 20 y 28 al 30	Permiso sindical y actividad sin especificar
	Jul	1 al 31	Permiso sindical
	Ago	9 a 12 y 29 al 31	Permiso sindical
	Sep	1 al 10	Permiso sindical
	Oct	9 al 18	Permiso sindical
	Nov	22 al 30	Permiso sindical
	Dic	14 al 16, 20 a 22 y 26 a 28	Permiso sindical
2013	Ene	22 al 30	Permiso sindical
	Feb	22 al 28	Permiso sindical
	Mar	4 al 12 y 15	Permiso sindical
	Abr	1 a 10 y 16 al 30	Permiso sindical
	May	1 al 31	Permiso sindical
	Jun	4 al 30	Permiso sindical
	Jul	5 al 5 y 29 al 31	Permiso sindical
	Ago	1 al 9 y 12 al 31	Permiso sindical
	Sep	2 al 20 y 23 al 30	Permiso sindical
	Oct	1 al 25 y 28 al 31	Permiso sindical
	Nov	5 al 27	Permiso sindical
	Dic	5 al 20	Permiso sindical
2014	Feb	5 al 28	Permiso sindical
	Mar	1, 2, 5 al 21 y 25 al 31	Permiso sindical
	Abr	1 al 29	Permiso sindical
	May	1 al 13	Permiso sindical

¹⁶ 27 de mayo de 2014 (f. 66).

¹⁷ Periodo de retrospectividad trienal durante el cual se causaron los reconocimientos a los que la parte actora considera tener derecho.

¹⁸ Según certificación visible en el folio 206 del expediente, y las planillas de turnos allegadas en medios digitales visibles en los folios 432 y 433, que reposan dentro de los distintos archivos correspondientes a cada periodo.

5.1.2.3. El 2 de mayo de 2014, la parte actora elevó una petición ante el INPEC, solicitando que se accediera a las mismas pretensiones planteadas en el escrito de esta demanda, y concretamente, el reconocimiento y pago del mayor valor del salario correspondiente al trabajo suplementario diurno o nocturno que exceda la jornada máxima legal, al igual que el realizado en jornada nocturna y en días dominicales y festivos; así como las diferencias producto de la reliquidación de las prestaciones sociales, aportes al sistema general de seguridad social y cualquier otro emolumento establecido para el personal del C.C.V.P.C. (ff. 44 a 64).

5.1.2.4. En respuesta a dicho requerimiento, el Director General del INPEC expidió el oficio 8100-DINPE-SUTAH-9124 del 27 de mayo de 2014, por medio de la cual se negó el objeto de la reclamación, considerando que el demandante no tenía derecho al reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos conforme al Decreto Ley 1042 de 1978, teniendo en cuenta que el actor, como Dragoneante del C.C.V.P.C., se encuentra sometido a los regímenes señalados en el Decreto 1302 de 1978 y 446 de 1994, que establecen un emolumento denominado sobresueldo para remunerar el trabajo complementario, en virtud de las actividades laborales realizadas de manera presencial y por disponibilidad permanente (ff. 66 a 69).

5.1.3. Solución del asunto concreto

Recapitulando, se tiene que la parte actora afirma que el acto acusado está incurso en causal de nulidad por infracción de las normas en que debía fundarse, como quiera que negó el derecho reclamado al confundir los aspectos de disponibilidad permanente y trabajo presencial, bajo la premisa de que el sobresueldo reconocido a dicho personal, remunera las actividades realizadas fuera de la jornada máxima laboral de 44 horas a la semana.

Por lo anterior, considera que la remuneración de la actividad desempeñada por el personal del C.C.V.P.C., involucra la realización de trabajo presencial y disponibilidad permanente, que sin importar la realización o no de labores, impone a dicho personal el deber de acudir al llamado a la prestación del servicio en cualquier momento; en cuyo caso, debe aplicarse el Decreto 1042 de 1978, por ser más favorable en cuanto establece la remuneración del trabajo realizado fuera de la jornada laboral máxima de 44 horas, como expresión de la garantía del derecho fundamental al descanso que le asiste a todo trabajador.

Aclara que el solo hecho de estar al servicio de la entidad bajo la modalidad de disponibilidad permanente, da lugar al pago del sobresueldo al que se refiere el Decreto Ley 1302 de 1978, no obstante, cuando en dicho estado de disponibilidad se realiza trabajo presencial, el mismo debe remunerarse conforme a lo establecido en el Decreto Ley 1042 de 1978.

Bajo dichas premisas, la parte demandante elevó una petición el 2 de mayo de 2014 con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la remuneración por el trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria, en respuesta de lo cual

el 27 de mayo siguiente se expidió el acto acusado, que negó lo pretendido argumentando que el actor se encuentra sometido a los regímenes señalados en el Decreto 1302 de 1978 y 446 de 1994, que establecen un sobresueldo para remunerar el trabajo complementario, en virtud del servicio prestado de manera presencial y por disponibilidad permanente.

Ahora bien, tal como se anticipó, sin perjuicio de lo que señala el Decreto Ley 1042 de 1978, en materia de jornada laboral y en materia de remuneración del trabajo complementario, los miembros del C.C.V.P.C., están sometidos a un régimen especial, que se encuentra contemplado en el Decreto 446 de 1994, y que a su vez se remitió a lo que al respecto señalaron la Ley 32 de 1986 y el Decreto Ley 1302 de 1978; al determinar que dicha categoría de servidores públicos deberían laborar o estar disponibles durante todo el tiempo que lo requiriesen las necesidades del servicio, y en contraprestación devengarían un sobresueldo que no solo constituye factor salarial, sino que además cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que se presten, por razón de trabajo o de disponibilidad permanente, en tiempo que corresponda a horas extras diurnas o nocturnas, a jornada ordinaria nocturna y al trabajo ordinario u ocasional diurno o nocturno realizado en días dominicales o festivos.

Así las cosas, como la parte actora solicita que, en virtud del principio de favorabilidad, se aplique el Decreto Ley 1042 de 1978, con la finalidad de compensar el sacrificio que deben hacer los miembros del C.C.V.P.C., en el marco del deber de disponibilidad permanente, que condiciona el disfrute del derecho fundamental al descanso cuando se debe laborar fuera de la jornada ordinaria laboral, considera el Despacho que tal argumento no es de recibo.

En primer lugar, la favorabilidad en materia laboral, en el catálogo de los principios mínimos que la Carta Política de 1991 encomendó observar al legislador al momento de expedir el Estatuto del Trabajo, está consagrada como aquella garantía que tiene los ciudadanos a que, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, se acuda a aquella que resulte más favorable al trabajador.

De acuerdo con estas premisas, en el presente asunto no tiene cabida la observancia del principio de favorabilidad invocado, pues contrario a lo que plantea la parte actora, el régimen de remuneración de las labores realizadas por los servidores públicos del personal del C.C.V.P.C., excediendo la jornada ordinaria laboral, se encuentra claramente definido desde el Decreto Ley 1302 de 1978 y hasta la expedición del Decreto 446 de 1994, este último al amparo tanto de la Constitución Política de 1991, como de la Ley 4ª de 1992.

Precisamente, cuando el Decreto 1302 de 1978, creó la figura del sobresueldo para remunerar los servicios del personal del C.C.V.P.C., al determinar en sus artículos 1º y 3º, que estos servidores deberán laborar o estar disponibles durante todo el tiempo que lo requieran las necesidades propias del servicio y que el sobresueldo cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que hayan de prestarse, por razón de trabajo o de disponibilidad fuera de la jornada ordinaria laboral; claramente integró

estos dos últimos aspectos, sin que, en modo alguno, se sugiera que el mencionado emolumento únicamente constituye la contraprestación de la condición de disponibilidad permanente.

En ese orden de ideas, proceder al reconocimiento de horas extras y recargos nocturnos, dominicales y festivos, a un personal que en las situaciones que ordinariamente darían lugar a esos pagos, se encuentran gobernados por un régimen especial, implicaría no solo desconocerlo, sino además, vulnerar el criterio de especialidad de la norma e incurrir en la prohibición señalada en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992, y establecer, sin competencia para ello, un régimen que destacara a favor del trabajador, los aspectos más favorables de una y otra norma, lo que precisamente, contraría el principio de seguridad jurídica que corresponde el deber que asignado al Estado de garantizar la vigencia de un orden justo (art. 2º superior), tal como lo ha venido reconociendo reiteradamente la jurisprudencia del Consejo de Estado.¹⁹

De ahí que la jurisprudencia que la parte actora cita como respaldo de sus afirmaciones, no resulte aplicable a este asunto en particular, pues las controversias allí definidas, lo fueron respecto del personal del Cuerpo Oficial de Bomberos del Distrito Capital de Bogotá, sector al que si bien le compete la ejecución de una actividad considerada de alto riesgo²⁰, difiere de la situación de los integrantes del C.C.V.P.C., que en materia de remuneración del servicio prestado fuera de la jornada ordinaria laboral, tiene contemplado un régimen especial.

Cuestión distinta sería, que este régimen especial pudiera calificarse como inconstitucional, por lo menos, en lo que respecta a la restricción señalada en el artículo 8º del Decreto Ley 1302 de 1978, bajo la premisa de que este Decreto remunera las labores realizadas fuera de la jornada ordinaria, con una cuantía fija significativamente inferior a la que correspondería a quienes sí se encuentran cobijados bajo el Decreto Ley 1042 de 1978, que consagra el sistema de horas extras y recargos.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que éstas normas de alcance general se encuentran vigentes y se presumen legales, dado que no se tiene constancia de algún medio de control jurisdiccional promovido en contra de las mismas; dicho planteamiento necesariamente habría de realizarse de cara a la evidencia que corresponda a cada caso particular, con el fin de definir si es viable inaplicar las restricciones que eventualmente provocan la vigencia de dicho régimen.

Así las cosas, de admitirse que al amparo del control de constitucionalidad por vía de excepción, se puede gestar la aplicación de un tercer régimen más favorable a favor del trabajador, y como quiera que la parte actora reclama el reconocimiento y pago del trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, con retrospectividad a los 3 años anteriores a la reclamación que originó el acto administrativo acusado, el Despacho considera que tal planteamiento no es de recibo según la evidencia

¹⁹ C.E., S.2ª, sentencia de agosto 15/2019, Rad. Int. 1190-14, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²⁰ Artículo 2º del Decreto Ley 2090 de 2003.

allegada al expediente. En efecto, si bien al expediente se allegaron las minutas de servicio de las compañías a las que estuvo adscrito el actor durante los años 2011, 2012, 2013 y 2014, así como las certificaciones de las funciones correspondientes a los cargos desempeñados por el actor al servicio del INPEC²¹ y los pagos realizados durante dicha trayectoria, no se tiene evidencia de que, de manera habitual y permanente, el actor desempeñara una labor efectiva en tiempo que excediera la jornada ordinaria laboral, o en disponibilidad permanente, que necesariamente comprometieran el disfrute de su derecho al descanso.

Por el contrario, tal como lo destacó la parte demandada, lo que sí se probó es que, entre mayo de 2011 y mayo de 2014, e inclusive con posterioridad y hasta el momento en que el actor fue ascendido al cargo de inspector²², se le autorizaban de manera reiterada unos permisos sindicales, compensatorios e inclusive vacaciones, además de existir fechas en las que no se especificaron las labores efectivamente realizadas o que se debían efectuar durante los distintos turnos programados.

Así las cosas, queda claro que durante el periodo en que se presentaron estas novedades, no habría lugar a reconocimiento alguno, como quiera que tales contraprestaciones no dimanaran de la naturaleza del servicio o actividad, del cargo en que el servidor se encuentra designado o de la programación de los turnos en los que ha de desempeñarse, sino que requieren de la prestación efectiva y real del servicio, que como se mencionó, en este caso no quedó demostrada. En tal virtud, no resulta viable inaplicar el artículo 8° del Decreto Ley 1302 de 1978, que prohíbe aplicar al personal del C.C.V.P.C. los artículos 33 a 40 del Decreto Ley 1042 de 1978.

De acuerdo con todo lo anterior, considera el Despacho que el acto acusado no está incurso en infracción de las normas en que debía fundarse, como tampoco adolece de falsa motivación, pues contrario a lo pretendido por la parte actora, lo cierto es que para este caso, las labores realizadas por el personal del C.C.V.P.C. dentro y fuera de la jornada laboral, e inclusive la condición de disponibilidad permanente, se remuneran con fundamento en el régimen especial que consagra un emolumento denominado sobresueldo para tales fines, y en tal virtud, las excepciones de inexistencia del derecho y de pruebas que demuestren la ilegalidad del acto acusado, están llamadas a salir adelante.

En síntesis, al quedar demostrado que la demandada actuó ajustada a la Ley y como no fue probada la existencia de causales de anulación del acto acusado, el Despacho no encuentra motivos para declarar la ilegalidad del mismo y por ello debe mantener la presunción de legalidad que lo ampara, razón por la cual, se negarán las súplicas de la demanda.

5.2. Condena en costas

El Despacho se abstendrá de condenar en costas, habida consideración que

²¹ Ver folios 187 a 194 del expediente.

²² Ver folios 206 y 207 del expediente.

para que dicha condena sea procedente en materia laboral, debe probarse una conducta reprochable por parte del sujeto procesal vencido, lo que no sucedió en este caso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintiséis (26) Administrativo de Oralidad de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte pasiva, de conformidad con la motivación expuesta.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: NO CONDENAR en costas procesales en esta instancia.

CUARTO: En firme esta providencia, liquídese el proceso, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos procesales si lo hubiere y archívese el expediente por la Oficina de Apoyo, dejándose las constancias a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ANDRÉS JOSÉ QUINTERO GNECCO
Juez