



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintiseis (26) de agosto de dos mil diez (2010).

Número de Referencia: 250002325000200502343-01

No. interno: 2800-2008

Actor: CECILIA VIRVIEZCAS DE PINZÓN

**Demandado: DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE GOBIERNO-
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL.
AUTORIDADES DISTRITALES.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 17 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

1. La demanda. CECILIA VIRVIEZCAS DE PINZÓN por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la comunicación No. 2-2004-19793 de noviembre 29 de 2004 emanada del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho pretende que se condene a la entidad demandada al pago del recargo por trabajo nocturno, dominicales y festivos a que considera



189

2

No. Referencia: 250002325000200502343 01

No. interno: 2800-2008

Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

tener derecho por todo el tiempo laborado ordenando, en consecuencia, la reliquidación de todas las prestaciones sociales.

Las anteriores sumas deberán ser indexadas dando cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda los hace consistir en que viene laborando al servicio del Distrito Capital desde el 24 de mayo de 1999, ejerciendo inicialmente las funciones de Comisaria Permanente de Familia y últimamente en semipermanente, trabajando en horario nocturno, dominicales y festivos, sin que se le reconociera y pagara los recargos legales correspondientes.

Estimó que ha sido discriminada injustamente porque recibe igual remuneración que los comisarios que prestan sus servicios únicamente en el día y no se le reconocen compensatorios por laborar domingos y festivos ni tampoco se le otorga el recargo correspondiente.

Afirmó que la Corte Constitucional en sentencia C-406/97 expuso que los Comisarios de Familia no pertenecen al nivel ejecutivo o de dirección, razón por la cual tienen derecho al reconocimiento y pago de horas extras, recargo por trabajo nocturno, en dominicales y festivos y al reconocimiento del descanso compensatorio.

Invocó como normas violadas las siguientes:

Constitución Política: arts. 2, 13, 25 y 53.

Normas legales: Ley 4 de 1992; Decreto 1042 de 1978 arts. 33, 34, 35, 39; Decreto 2701 de 2001; C.S.T. arts. 1, 9, 12, 13, 21 y 130, entre otras normas.

Dentro del concepto de violación adujo que el acto acusado adolece de falsa motivación y desviación de poder porque la actora labora 48 horas semanales, excediendo el límite legal de 44 horas; así mismo, tampoco recibe el recargo nocturno equivalente al 35% sobre el valor de la asignación mensual, ni la remuneración por trabajo suplementario a que tiene derecho porque los cargos de Comisario de Familia no pertenecen a nivel ejecutivo, ya que no están caracterizados por la realización de funciones de dirección, confianza y manejo, sino que es un cargo de carrera administrativa, razón por la cual, se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad de las normas expedidas por el Concejo Distrital.

Finalmente, transcribió apartes del concepto proferido por el Departamento Administrativo de la Función Pública de 7 de mayo de 1999 en el que se señala que todo el personal que labore en horas nocturnas "tendrá derecho al recargo nocturno en un 35% independientemente del nivel al cual pertenecen, pues en relación con este beneficio no hay límites a este respecto".

2. Contestación de la demanda. El Departamento Administrativo de Bienestar Social se opuso a las pretensiones señalando que los comisarios de las Comisarías Permanentes laboran en períodos de 12 horas durante 4 días y descansan los 4 siguientes y así sucesivamente durante el mes. De las 12 horas una corresponde al almuerzo o la comida, quedando entonces la jornada de 11 horas diarias para un total de 44 semanales.

El cargo de la actora es de Jefe Local y corresponde al nivel ejecutivo, lo cual no riñe con que sea de carrera, y los recargos por trabajo dominical y festivo o los compensatorios por el mismo concepto sólo proceden cuando el empleado pertenece al nivel técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19, de conformidad con el Decreto 1042 de 1992 y el Acuerdo Distrital 03 de 1999, modificado por el Acuerdo 9 del mismo año. En consecuencia, la presunta desigualdad no existe por cuanto la diferente jornada es compensada con tiempo



191

4

No. Referencia: 250002325000200502343 01

No. interno: 2800-2008

Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

de descanso, de conformidad con las previsiones legales, situación que demuestra que no se da un trato igual a situaciones desiguales.

Propuso como excepciones: inexistencia de la obligación y las demás que se encuentren probadas en el proceso.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el 17 de julio de 2008 (fls. 120-142), denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

Observó que el Distrito Capital tiene un régimen diferente al de otras entidades territoriales denominado Estatuto de Personal para el Distrito Especial de Bogotá, Decreto 991 de 1974, en el cual se estableció que la jornada laboral sería fijada mediante resoluciones. Así las cosas, fueron expedidos los Acuerdos Distritales 26 de 1995, 30 de 1996, 32 de 1997 y 03 de 1999, que limitaron el pago de las horas extras, dominicales y festivos a empleados que pertenezcan al nivel auxiliar, asistencial o técnico, sin que allí se haya hecho mención alguna sobre la remuneración de los Comisarios de Familia.

Sostuvo que de Comisarías Permanentes prestan en forma efectiva durante el mes turnos de 11 horas teniendo en cuenta que una hora es destinada para el almuerzo o la comida y durante el mes laboran en el día 88 horas al igual que en la noche y descansan mensualmente 168 horas, con lo que se compensa tanto las horas que exceden la jornada laboral de 8 horas como el recargo nocturno del 35%. Por tanto, las normas resultan ser armónicas con la Constitución Política y, de este modo, los empleados de las entidades territoriales quedan sujetos a esas disposiciones.



No. Referencia: 250002325000200502343 01

No. interno: 2800-2008

Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

Señaló que en razón de la situación legal y reglamentaria de la demandante no se le pueden aplicar las normas del Código Sustantivo del Trabajo, ya que éstas regulan situaciones concretas de particulares que son vinculados a través de contratos individuales de trabajo según las modalidades allí previstas, aun cuando en dichas normas se contempla la compensación del trabajo suplementario no es el que rige para los funcionarios que presten sus servicios para el Distrito Capital.

Por último, estimó que la interpretación de la sentencia C-406/97 no es otra que entender que los Comisarios de Familia cumplen funciones administrativas de carácter policivo circunscritas al ámbito de la protección del menor y la familia, con la posibilidad del acceso a dichos cargos a través del concurso de méritos convocado por la respectiva entidad y la consecuente inscripción en el escalafón de carrera y que su nivel jerárquico no puede ser el que corresponda a los auxiliares, técnico o asistenciales, dada las calidades que ostenta el profesional que se desempeña en el cargo.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

En memorial visible a folios 153 y siguientes del plenario, obra la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, de cuyas razones de inconformidad se destacan las siguientes:

Advirtió que el Consejo de Estado en oportunidad anterior aceptó que todos los servidores públicos, excepto los del nivel directivo y de confianza, tienen derecho a ser tratados de igual manera respecto de las condiciones laborales y específicamente la retribución en dominicales, festivos y horas extras. Por tanto, se presenta una vulneración de los principios de favorabilidad laboral e igualdad establecidos la Carta por el trato discriminatorio y desigual hacía los Comisarios Permanentes de Familia en relación con los demás servidores públicos.



193

Por otra parte, expresó que la sentencia recurrida se equivocó al confundir la jornada mixta prevista en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978 con el trabajo por turnos cumplido por la actora y al cual se le aplican las normas sobre recargos nocturnos y horas extras, sin que opere la prescripción porque ha sido la propia negligencia de la administración la que ha dado lugar a su no reconocimiento y pago.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **La entidad demandada** estimó que el acto demandado no vulnera en forma alguna la Constitución ni los tratados internacionales en materia de derecho al trabajo, ni las demás disposiciones nacionales señaladas por la actora sino que, por el contrario, han sido tomadas atendiendo a las normas constitucionales y legales que rigen el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del Distrito Capital.

En su sentir, no se puede predicar igualdad entre desiguales, como es el caso de las Comisarías de Familia Permanentes, con horarios de atención de veinticuatro horas y aquellas con jornadas de trabajo diferentes, diferencia que se justifica por la necesidad de ofrecer el servicio público en zonas donde los conflictos o la densidad poblacional haría insuficiente una jornada laboral de ocho horas. En virtud de lo anterior, se crearon en el Distrito las Comisarías Permanentes de Familia cuya jornada es de cuatro turnos para cuatro grupos de funcionarios, que descansan cuatro días a la semana y al reintegrarse a sus labores toman el contrario, es decir, un turno será diurno y el siguiente nocturno.

Si bien es cierto que el empleo de Comisario de Familia no comporta un alto grado de confianza que amerite considerarlo de libre nombramiento y remoción, no se debe olvidar que el nivel no sólo proviene de esta consideración sino que se encuentra ligado al tipo de responsabilidades que comporta el ejercicio del cargo



No. Referencia: 250002325000200502343 01

No. interno: 2800-2008

Actor: Cecilia Virviezcas de Pinzón

- **El Ministerio Público** solicitó confirmar la sentencia del Tribunal y destacó que la actora se desempeña como Comisaria de Familia Semipermanente y labora en el turno de 7 a.m. a 3 p.m. y de 3 p.m. a 11 p.m., según corresponda y, por tanto, el régimen aplicable es el previsto en el Decreto 1042 de 1978.

En relación con el recargo nocturno, se evidencia que el ente enjuiciado canceló este factor como se aprecia en el acervo probatorio. Respecto a los dominicales y festivos la actora no probó que hubiera laborado en esos días. Su deber era demostrar mediante prueba idónea el fundamento fáctico de sus pretensiones, tal y como lo dispone el artículo 177 del C.P.C. Además el artículo 40 del decreto en cita exige que para tener derecho a tales emolumentos, el empleo debe pertenecer al nivel operativo o hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico y el cargo que desempeñaba la demandante no pertenece a los niveles señalados en la ley para tener derecho a dicha contraprestación (fls. 180-186).

CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala debe definir si a los Comisarios de Familia se les debe efectuar el reconocimiento y pago del trabajo realizado en jornada nocturna, dominicales y festivos por ser empleados públicos de carrera administrativa.

2. RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL ORDEN TERRITORIAL

A partir de la Reforma Constitucional que se introdujo mediante Acto Legislativo No. 01 de 11 de diciembre de 1968, la competencia para fijar tanto las escalas de



195

No. Referencia: 250002325000200502343 01
No. interno: 2800-2008
Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del orden nacional como el régimen prestacional de todos los empleados públicos, se radicó exclusivamente en el Congreso de la República, tal como quedó establecido en el artículo 76-9 de la Constitución de 1886.

En la Carta Política de 1991, el artículo 150, literales e) y f) del numeral 19, dispuso que corresponde al Congreso mediante la expedición de leyes marco, señalar las normas generales, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, lo cual se efectuó a través de la Ley 4ª de 1992 y a su vez, en el orden territorial, se expidió el Decreto 1919 de 2002.

El régimen que gobierna la clasificación de los empleos y las escalas de remuneración de los empleados públicos del orden territorial es el Decreto 1042 de 1978, pues si bien el mismo, en principio, rigió únicamente para los trabajadores de la rama ejecutiva del nivel nacional, el artículo 3 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 y en las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987. Lo anterior fue reiterado en el inciso 2º del artículo 87 de la Ley 443 de 1998¹, al señalar:

"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 1978 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".

Dentro de los empleados a que hacía referencia el artículo 3o de la Ley 443 de 1998 están los que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del nivel

¹ Ley 443 de 1998. Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones. Esta ley fue derogada, salvo los artículos 24, 58, 81 y 82, por la Ley 909 de 2004.



No. Referencia: 250002325000200502343 01

No. interno: 2800-2008

Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

departamental, distrital, municipal y sus entes descentralizados. Adicionalmente, el artículo 3° de la Ley 909 de 2004 incluye de manera expresa en su numeral 1° literal a) a los Comisarios de Familia dentro de su ámbito de aplicación.

3. JORNADA LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS TERRITORIALES

El Decreto 1042 de 1978 se aplica igualmente para los empleados públicos de la rama ejecutiva del nivel territorial en materia de la jornada de trabajo y del trabajo en días de descanso obligatorio. A dicha conclusión llegó la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de 17 de agosto de 2006 Radicación número 05001-23-31-000-1998-01941-01(5622-05), con ponencia de la Consejera Ana Margarita Olaya Forero, aclarando que "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".

En cuanto al límite de la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos, el artículo 33 del referido Decreto Ley 1042 de 1978, lo fijó en 44 horas semanales en los siguientes términos:

"ARTICULO 33. 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".



197

No. Referencia: 250002325000200502343 01
No. interno: 2800-2008
Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

De acuerdo con la norma transcrita, salvo las excepciones previstas en la ley, las labores desarrolladas por encima de las cuarenta y cuatro horas semanales constituyen trabajo suplementario que da lugar al pago de horas extras diurnas o nocturnas, según corresponda.

Por ello el reconocimiento y pago de horas extras o el descanso compensatorio, según los artículos 36 y 37 de la misma norma, se sujeta a los siguientes requisitos:

a) El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 09 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 25% o del 75 % sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, según se trate de horas extras diurnas o nocturnas.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del citado Decreto 1042 se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d) En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales.

e) Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada 8 horas extras de trabajo”.

4. NATURALEZA DEL CARGO DE COMISARIO DE FAMILIA

La Corte Constitucional en sentencia C-406 de 1997 con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró inexecutable la expresión que los comisarios de familia tuvieran el carácter de “empleados de libre nombramiento y remoción”, tal como lo había previsto el artículo 297 del Código del Menor. En esa providencia dicho Tribunal señaló que las funciones de recibir quejas y denuncias, imponer sanciones policivas, no tienen ninguna incidencia frente al nominador, en el sentido de que no existe el “altísimo grado de confianza objetiva o subjetiva que



No. Referencia: 250002325000200502343 01

No. interno: 2800-2008

Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

justifique que los comisarios de familia deban ser de libre nombramiento y remoción". Para ilustrar lo anterior, se traen a colación los siguientes apartes:

"Se pregunta la Corte si los comisarios de familia, a quienes corresponde cumplir funciones administrativas de carácter policivo, tendentes a la protección del menor y la familia, pueden ser funcionarios de libre nombramiento y remoción a la luz de las reglas constitucionales fijadas por esta Corporación en materia de carrera administrativa y sus excepciones y, en particular, si el empleo mencionado exige el cumplimiento de funciones de gobierno o dirección o requiere de un nivel superlativo de confianza objetiva o subjetiva entre el nominador y el servidor público.

"6. La Corte considera, a la luz de las funciones de los comisarios de familia establecidas en los artículos 296 y 299 del Decreto-Ley 2737 de 1989, que estos funcionarios no desempeñan tareas de gobierno o dirección que ameriten que el respectivo cargo pueda ser considerado como de libre nombramiento y remoción. En efecto, las funciones de los comisarios se contraen, básicamente, a la recepción de quejas y denuncias, a la imposición de las sanciones policivas que establezcan los concejos municipales o distritales y a la práctica de medidas policivas tendentes, en forma exclusiva, a conjurar la situación o situaciones de peligro en que se encuentre un menor (Decreto-Ley 2737 de 1989, artículos 31 y 299). A juicio de esta Corporación, las funciones señaladas dejan claro el hecho de que los comisarios de familia son ejecutores de una serie de normas dirigidas a la protección del menor y la familia frente a cuyo diseño no tienen ninguna incidencia y, por ende, sus tareas no pueden ser calificadas como de dirección o gobierno.

"De otro lado, la Corte estima que entre los alcaldes municipales - en su calidad de nominadores - y los comisarios de familia no se presenta el grado superlativo de confianza objetiva o subjetiva que justifique que los cargos ocupados por los segundos sean de libre nombramiento y remoción. Un análisis de las funciones de los comisarios de policía, consideradas en sí mismas, sin referencia alguna a las circunstancias en que deben ser desempeñadas por el funcionario, determina que éstas no entrañan ningún riesgo social particularmente gravoso o alguna otra consecuencia que determine que entre el nominador y el servidor público deba existir un grado superlativo de confianza.

"(...)

"Por los motivos antes expuestos, se concluye que la calificación de los comisarios de familia como funcionarios de libre nombramiento y remoción, efectuada por el artículo 297 del Decreto-Ley 2737 de 1989, no tiene asidero constitucional alguno. Por lo tanto, se hace indispensable declarar inexecutable el aparte de esa norma que efectúa la anotada calificación. Si bien el actor demandó las expresiones "un Comisario de Familia" y "con el carácter de empleado de libre nombramiento y remoción", contenidas en el artículo 297 del Decreto-Ley 2737 de 1989, la decisión de inconstitucionalidad de la Corte sólo cobijará a la segunda de esas expresiones, toda vez que la efectividad de la decisión que ahora se adopta no se ve afectada con la subsistencia de la primera de las expresiones acusadas.



199

No. Referencia: 250002325000200502343 01
No. interno: 2800-2008
Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

Es por ello, que con posterioridad a dicho pronunciamiento se expidió la Ley 575 de 2000 la cual estableció en el párrafo de su artículo 13 que *"A partir de la vigencia de esta ley los Comisarios de Familia serán funcionarios de Carrera Administrativa"*. Este precepto igualmente fue objeto de demanda de inconstitucionalidad y la Corte en sentencia C-1267 de 2000 declaró exequible la norma acusada, concluyendo que *"como quedó demostrado, los Comisarios de Familia existentes antes de la expedición de la Ley 575 del 2000, eran ya de carrera administrativa, lo que significa que el párrafo del artículo 13 de dicha Ley, sólo se refiere a quienes con posterioridad a la vigencia de la misma sean nombrados en tales cargos"*.

5. RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DOMINICALES Y FESTIVOS Y DEL RECARGO NOCTURNO A LOS COMISARIOS DE FAMILIA

Los artículos 39 y 40 del Decreto Ley 1042 de 1978 regularon el trabajo en días de descanso obligatorio, en los siguientes términos:

"ARTICULO 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 involucrada en la asignación mensual.
Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos" (se subraya).

"ARTICULO 40. DEL TRABAJO OCASIONAL EN DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS.
<Artículo modificado por los Decretos anuales salariales> 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:
a) **<Modificado por los Decretos anuales salariales. Artículo modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:>** Para que



No. Referencia: 250002325000200502343 01

No. interno: 2800-2008

Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19 (...).

Es por ello que si bien los Comisarios de Familia son empleados públicos de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción, esa sola circunstancia no permite concluir válidamente que no tengan derecho al pago por el trabajo en dominicales y festivos, por no *"pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19"*, ya que la norma solamente incluye a estos servidores cuando el trabajo en tales días sea **ocasional**.

El cumplimiento de la jornada laboral a través de turnos de trabajo por parte de los funcionarios que prestan sus servicios en las Comisarías de Familia difiere de la jornada mixta que está concebida en el artículo 35 del multicitado Decreto Ley 1042/78 y cuyo tenor literal es el siguiente:

"ARTICULO 35. DE LAS JORNADAS MIXTAS. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y 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".

De la norma se derivan los siguientes presupuestos:

- La jornada se considera mixta porque se desarrolla ordinaria y permanentemente dentro de horas diurnas y a la vez nocturnas;
- Las horas nocturnas trabajadas dentro de la jornada mixta, son remunerables con el recargo del 35%, pero podrá compensarse con tiempo de descanso.

Es por ello que la jornada mixta difiere del sistema por turnos, como claramente se desprende de la norma y de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, porque el trabajo por turnos supone que el mismo pueda ser diurno o nocturno. No



201

No. Referencia: 250002325000200502343 01
No. interno: 2800-2008
Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

obstante, es necesario precisar que si bien los conceptos son distintos, no son excluyentes. El legislador dejó abierta la posibilidad de regulación especial para los trabajadores por el sistema de turnos, con la frase "Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos", que se lee en los artículos 34, 35 y 39, la cual debe interpretarse en concordancia con el artículo 53 de la Carta y el principio pro homine, para entender que la regulación que contienen los artículos mencionados en sus beneficios, es aplicable con el cumplimiento de los requisitos que tal individualidad supone, a los funcionarios que cumplen jornadas por turnos.²

Lo propio ocurre con la estipulación referente a que las horas nocturnas se remuneran con el recargo del treinta y cinco por ciento (35%), en los términos del artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, que en todo caso no limita dicho pago a determinados cargos o niveles.

5. EL CASO EN ESTUDIO

5.1 De lo probado en el proceso:

- A través de la Resolución No. 1133 de octubre 1º de 1999 se nombró en provisionalidad a la señora Cecilia Virviegas de Pinzón en el cargo de Jefe Local Código 212 Grado 18 con asignación mensual de \$1.368.025,00 (fl. 30 c.2).
- Reposa igualmente el acta de posesión de la actora al cargo de Jefe Local 21218 con carácter de incorporación mediante Resolución 1147 de octubre 29 de 2009, suscrita por la Directora Administrativa de Bienestar Social, el Secretario y la Posesionada (fl. 79 c.2).
- A folios 98 a 161 del c.2 del expediente aparecen los comprobantes de pago de la actora durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2003 al 30 de

² Consejo de Estado, Sección 2ª Subsección "A". Sent. del 18 de marzo de 2010. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-02342-01(1856-08). C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



No. Referencia: 250002325000200502343 01

No. interno: 2800-2008

Actor: Cecilia Virviescas de Pinzón

agosto de 2007, discriminándose cada uno de los conceptos devengados tales como: asignación básica, prima técnica, prima de antigüedad y recargo nocturno del 35%, éste último a partir de abril de 2005.

- En comunicación suscrita por la Asesora de la Subdirección Administrativa y Financiera de la Alcaldía Mayor de Bogotá se le informa a la actora que mediante Decreto No. 015 de 2006 se ajusta la planta de personal del Departamento Administrativo de Bienestar Social y que "[e]n consecuencia, la nueva denominación del empleo del que usted es titular en esta entidad corresponde a COMISARIO DE FAMILIA código 202 grado 26 con asignación básica de \$ 2184580, aclarando que la modificación surtida en razón al presente ajuste de planta, no conlleva modificación salarial ni prestacional alguna" (fl. 90 c.2).

- La señora Cecilia Virviescas, mediante apoderado, presentó ante la entidad demandada derecho de petición con el propósito de que se le reconozca el "pago de lo correspondiente al recargo por trabajo nocturno, dominical y festivo por todo el tiempo laborado" (fls. 4-8).

- Mediante Oficio 2-2004-19793 del 29 de diciembre de 2004, suscrito por la Asesora de la Subdirección Administrativa de la Alcaldía Mayor de Bogotá, acto ahora demandado, se señaló:

"En conclusión la Doctora VIRVIESCAS tendrá derecho a percibir el 35% enunciado cuando se encuentre ejecutando el segundo turno de labores que compromete horas nocturnas, situación esta que asumirá la Administración del Departamento una vez se realicen los correspondientes ajustes presupuestales.

En cuanto al pago de horas extras, dominicales y festivos, no es procedente en el caso de su defendida, pues como lo ha señalado el Decreto 3535 de 2003, para que proceda el pago de horas extras y trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento cuando a ello hubiera lugar de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al nivel técnico, hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19. Los Comisarios de Familia se encuentran ubicados en el nivel Ejecutivo (...)" (fls. 9-10).



203

No. Referencia: 250002325000200502343 01
No. interno: 2800-2008
Actor: Cecilia Virviezcas de Pinzón

5.2 Del fondo del asunto

El Decreto 550 de 2002, que entre otros modificó la planta global del Departamento Administrativo de Bienestar Social, incluyó en el nivel ejecutivo el cargo de Jefe Local, Código 212 Grado 18, cargo ocupado por la actora como Comisaria de Familia, a diferencia de lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-483 de 2003 que al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 298 del Decreto 2737 de 1989 -por el cual se expide el Código del Menor- determinó que los Comisarios de Familia están en el nivel profesional, por cuanto en su estudio tuvo en cuenta la norma anterior, esto es, el Decreto 1569 de 1998 que establecía el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos en las entidades territoriales.

Alega la recurrente que la diferenciación en la forma de remuneración respecto de los demás funcionarios que cumplen la misma jornada laboral resulta discriminatoria y, por tanto, inconstitucional. No obstante, la Sala considera que dicha diferenciación no vulnera el principio de igualdad previsto en el artículo 13 Superior, por cuanto los servidores que pertenecen a los niveles auxiliar, técnico y asistencial no se encuentran en iguales circunstancias profesionales ni mucho menos salariales que los Comisarios de Familia. Estos últimos funcionarios que deben ostentar título profesional de abogado y tener especialización en derecho de familia (art. 298 Código del Menor) reciben, por tanto, beneficios salariales superiores al de los otros niveles que no requieren formación especializada. Por tanto, dicha situación, como lo previó la Corte Constitucional *"lejos de vulnerar la Constitución Política se encuentra acorde con ella, pues se trata nada más y nada menos de un funcionario que tiene como función específica colaborar con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y demás autoridades competentes, en la protección de los derechos de los menores que se encuentren en situaciones irregulares y en los casos de conflictos familiares"*³.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-493 de 11 de junio de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



No. Referencia: 250002325000200502343 01

No. interno: 2800-2008

Actor: Cecilia Virviezcas de Pinzón

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que la demandante se encuentra laborando en una comisaría de carácter semipermanente y que su jornada de trabajo no es mixta como expuso el *A quo*, sino que presta sus servicios por el sistema de turnos, nociones que son distintas, como ya se explicó en el numeral anterior, apareciendo demostrado que debía trabajar de 7 a.m. a 3 p.m. o de 3 p.m. a 11 p.m. (fl. 9).

En ese orden y dado que la entidad demandada no probó que existiera alguna norma que regulara el recargo nocturno para dicha clase de comisarías y para los comisarios, la señora Cecilia Virviezcas tiene derecho a que se le hubiera reconocido el recargo en mención equivalente al 35%, ya que en principio dicho pago debe efectuarse a todos los servidores conforme con lo previsto en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 y teniendo en cuenta, además, que conforme con el concepto proferido el 18 de noviembre de 2004 por el Departamento Administrativo de la Función Pública, cuya copia obra a folios 11 a 13 del expediente, los empleados públicos de las Comisarías que ordinaria y permanentemente deban trabajar la jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del 35% sobre el valor de la asignación mensual.

Teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 3 de marzo de 2005 se debe verificar si la parte demandada pagó a la actora el recargo nocturno dentro de los tres años anteriores por efectos de la prescripción porque por tratarse de un derecho cuyo reconocimiento y pago no está sometido exclusivamente a la voluntad de la entidad obligada toda vez que, en la medida en que es exigible, puede ser solicitado por el interesado.

Efectivamente reposa en el plenario copia de los comprobantes de pago mensuales de la señora Virviezcas de Pinzón a partir del 1º de enero de 2003, encontrándose que el recargo nocturno empezó a pagarse a partir del mes de abril del año 2005, razón por la cual se revocará la decisión del Tribunal y se ordenará la nulidad parcial del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento



205

No. Referencia: 250002325000200502343 01
No. interno: 2800-2008
Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

del derecho, el pago de dicho recargo desde el 3 de marzo de 2002 hasta marzo del año 2005, por la operancia de la prescripción trienal y sin perjuicio de las sumas que se hayan pagado en el mes de abril de 2005 por dicho concepto y correspondientes a períodos anteriores (fl. 130 c.2). Así mismo, se ordenará la reliquidación de las prestaciones sociales de la demandante incluyendo las sumas adeudadas por concepto de recargo nocturno durante el mismo período (marzo de 2002 a marzo de 2005).

Respecto a la remuneración en dominicales y festivos, se encuentra que las Comisarias Permanentes y Semipermanentes, dada la naturaleza de las funciones que deben desempeñar, tal y como se evidencia en el Decreto 2737 de 1989 – Código del Menor-, principalmente prestando colaboración al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las demás autoridades competentes, deben estar abiertas por lo menos hasta altas horas de la noche todos los días, según el lugar donde estén ubicadas, razón por la cual, a los servidores públicos que presten sus servicios allí les resulta aplicable es el artículo 39 del Decreto 1042/78 y no el artículo 40 que dispone que “[p]or razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales y festivos”, y señalando, a diferencia del artículo 39, los niveles y grados que resultan favorecidos con la remuneración en tales días.

En conclusión, los Comisarios que prestan sus servicios por turnos de trabajo en Comisarias de Familia que requieran atención **permanente o semipermanente**, según se haya dispuesto, tendrán derecho al reconocimiento y pago de dominicales y festivos porque en atención a la jornada laboral que cumplen, el trabajo en dichos días no es esporádico ni excepcional sino, por el contrario, deben laborar tales días de manera permanente según el turno que les corresponda, vale decir, no es ocasional y, por tanto, les resulta aplicable el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.



No. Referencia: 250002325000200502343 01

No. interno: 2800-2008

Actor: Cecilia Virvieczcas de Pinzón

Sin embargo, en el caso *sub lite* no es posible ordenar el pago por trabajo en dominicales y festivos porque la parte actora no dio cumplimiento al artículo 177 del C.P.C. que le impone la carga de probar los supuesto de hecho alegados, puesto que no demostró cuándo trabajó en domingos y días de fiesta y en qué horarios, situación que le impide a la Sala efectuar un pronunciamiento de fondo en contra de la entidad demandada, razón por la cual, se desestimaré el cargo propuesto en este sentido.

Finalmente, la Sala no estudiará la solicitud de pago de horas extras a que se hace mención en el recurso de apelación dado el carácter de rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, teniendo en cuenta que sobre tal requerimiento no se agotó previamente la vía gubernativa al tenor del artículo 135 del C.C.A., ni tampoco aparece incluida dentro de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 17 de julio de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual denegó las súplicas de la demanda, dentro del proceso promovido por CECILIA VIRVIEZCAS DE PINZÓN, y en su lugar:

PRIMERO: Declárase la nulidad parcial de la comunicación No. 2-2004-19793 de noviembre 29 de 2004 proferida por el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital.



205

20

No. Referencia: 250002325000200502343 01

No. interno: 2800-2008

Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

SEGUNDO: Condénase a la entidad demandada a pagar a la actora a título de restablecimiento del derecho el recargo nocturno por las horas que legalmente corresponda desde el 2 de marzo de 2002 al 2 de marzo de 2005 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y sin perjuicio de los pagos efectuados por dicho concepto en tales períodos. Las sumas reconocidas serán reajustadas con siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

TERCERO: Ordénase la reliquidación de las prestaciones sociales de la demandante incluyendo las sumas que corresponda por concepto de recargo nocturno, conforme lo previsto en el numeral anterior.

CUARTO: Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Ejecutoriada, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.



21

No. Referencia: 250002325000200502343 01

No. interno: 2800-2008

Actor: Cecilia Virviegas de Pinzón

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.



VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA



GERARDO ARENAS MONSALVE



BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

COPIAS TOMO

1195 300



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

En Bogotá, a 15 SET. 2010 notifico al señor (a)

Procurador (a) 2 Delegado (a) ante
el Consejo de Estado, la anterior providencia

Firma Megodano

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SECCIÓN SEGUNDA

SE FUE EN EDICTO el presente auto dentro del término legal

tres días hoy 17 SET. 2010 a las 8am

U. P.