



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil once (2011).

REF: EXPEDIENTE No. 680012331000200102483-01
No. INTERNO: 1063-2010
AUTORIDADES DEPARTAMENTALES
ACTOR: JORGE ELIECER CARREÑO MANTILLA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 11 de septiembre de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander que negó las pretensiones de la demanda formuladas por Jorge Eliecer Carreño Mantilla contra el Departamento de Santander.

LA DEMANDA

JORGE ELIECER CARREÑO MANTILLA en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Contencioso Administrativo de Santander declarar la nulidad del siguiente acto:

- Oficio sin número de 7 de mayo de 2001, suscrito por el Gobernador del Departamento de Santander, por el cual se le negaron las reclamaciones efectuadas a través del escrito de 31 de enero del mismo año, relacionadas con el pago de la remuneración y recargos -diurnos y nocturnos- por trabajo



dominical y festivo; así como también el pago de horas extras - diurnas y nocturnas- por trabajo ordinario, entre otras.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte accionada a:

- Declarar que el señor Carreño Mantilla es empleado del Departamento de Santander;
- Reconocerle y pagarle la remuneración correspondiente al trabajo suplementario, nocturno y el habitual en dominicales y festivos, desde enero de 1996 y hasta el 31 de diciembre de 1999, en la cuantía que se acredite mediante la prueba pericial.
- Teniendo en cuenta los reconocimientos antes solicitados, reliquidarle las prestaciones sociales y cesantías definitivas, así como también la indemnización por supresión de cargo.
- Reconocerle y pagarle la indemnización por mora en el pago de la reliquidación de la cesantía, conforme a lo dispuesto en la Ley 244 de 1995.
- Reconocer las sumas adeudadas de manera indexada, en los términos del artículo 178 del C.C.A.
- Dar cumplimiento a la Sentencia de conformidad con lo ordenado por los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

- Laboró al servicio del Departamento de Santander, como celador, del 7 de septiembre de 1994 al 31 de diciembre de 1999.



- En atención a las funciones desempeñadas y a la naturaleza de la entidad donde laboró, la jurisdicción competente para la resolución de sus pretensiones es la contencioso administrativa.
- En atención a la naturaleza legal de su vinculación cumplió con la jornada laboral ordinaria, la cual habitualmente contempló tiempo suplementario, diurno – nocturno – dominical y festivo.
- Continuó: *"4. El demandante laboró para la Entidad demandada en forma habitual y permanente en la siguiente jornada de trabajo, El servicio de disponibilidad semanal deberá ser determinado mediante peritos:*
 - a) De enero de 1996 al 2 de marzo de 1999: en turnos de 24 horas de trabajo por dos jornadas de descanso, en horario de 7:00 a.m. a 7:00 a.m. Lo cual reporta de 48 a 72 horas semanales de trabajo.*
 - b) Del 5 de marzo de 1999 al 31 de diciembre de 1999: en turnos de 24 horas de trabajo por una jornada de descanso, en horario de 7:00 a.m. a 7:00 a.m. Lo cual reporta de 48 a 60 horas semanales de trabajo."*
- Adicionalmente, laboró en domingos y festivos en las fechas que se demostrarán dentro del proceso. Este trabajo, de manera habitual, se remunera con un valor equivalente al doble del valor de un día ordinario más el disfrute de un compensatorio; a pesar de lo anterior, la entidad remuneró este trabajo como un día ordinario.
- El ente territorial accionado no le pagó de manera legal el trabajo suplementario, el trabajo nocturno ni el trabajo en días de descanso obligatorio, aun cuando la jornada la establecía el mismo empleador superando las 44 horas.
- Para el año 1999 devengó un salario básico mensual de \$454.110,00.



- Al no habersele reconocido legalmente el pago de su jornada laboral, las prestaciones liquidadas no se encuentran ajustadas, por lo cual procede su reajuste.

- Mediante derecho de petición de 31 de enero de 2001 solicitó el reconocimiento de los valores aquí referidos, obteniendo respuesta negativa por parte del Gobernador del ente territorial mediante Oficio sin número de 7 de mayo de 2001.

NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 2º, 6º, 13, 25, 83 y 123 inciso 2º.

De la Ley 153 de 1887, el artículo 8º.

Del Decreto 1222 de 1986, los artículos 60 numeral 2º, 233 y 234,

De la Ley 171 de 1978, el artículo 12.

Del Decreto 1042 de 1978, los artículos 33, 34, 35, 36, 37, 39 y siguientes.

Del Decreto 85 de 1986, el artículo 1º.

De la Ley 244 de 1995, los artículos 1º y 2º.

Del Decreto 2712 de 1999, los artículos 1º y 2º.

El demandante consideró que el ente territorial accionado, al expedir el acto administrativo acusado, incurrió en violación de las normas en que debía fundarse, por cuanto:

- Quebrantó el artículo 233 del Decreto 1222 de 1986, por cuanto fue catalogado como trabajador oficial sin tener en cuenta que, dada la función que materialmente realizaba y la entidad en la que se desempeñaba, su condición era la de empleado público.



- Vulneró lo consagrado en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto se refiere al régimen de la jornada laboral. Al respecto, continuó la parte demandante, debe tenerse en cuenta que según lo establecido en el Decreto 85 de 1986 la jornada de los celadores es de 44 horas semanales. Las disposiciones contenidas en los referidos cuerpos normativos relacionadas con la remuneración de tiempo suplementario es aplicable en el sector territorial en atención a los criterios de interpretación de la Ley 153 de 1887. Al respecto, precisó:

"En este orden de ideas tenemos que si bien la administración puede establecer varios turnos que incluyan horas diurnas, nocturnas, dominicales y festivos, debe hacerlo dentro de la jornada ordinaria o máxima; pero cuando lo establece superando la jornada máxima semanal debe remunerarla adicionalmente, aplicando lo dispuesto para las horas extras, recargo nocturno y trabajo ordinario en días dominicales y festivos en la proporción o porcentaje predeterminado por la ley."

No es de recibo la afirmación de la Administración relacionada con el hecho de que para la procedencia del pago de horas extras se requiere de la autorización respectiva, pues el ente creó la necesidad y se benefició del trabajo que le hizo ejecutar.

- Violó lo dispuesto en el artículo 234 del Decreto 1222 de 1986, pues si el régimen de los empleados públicos es el legal, al tenor de lo ordenado por el Decreto 2712 de 1999 debió tenerse en cuenta la remuneración del trabajo suplementario para la liquidación del auxilio definitivo de cesantía.

- Desconoció lo ordenado por el artículo 1º de la Ley 244 de 1995, pues dentro del término de 60 días de efectuado el reclamo para la inclusión del trabajo suplementario como factor de liquidación de la



prestación referida anteriormente debió acceder a lo solicitado, al no haberlo hecho así, además, incurrió en la sanción por mora allí regulada.

- Lesionó principios y derechos constitucionales, como el de la igualdad y trabajo. A su turno, la autoridad que expidió el acto incurrió en causal de responsabilidad por el desconocimiento de sus deberes. Al respecto, concluyó el actor:

"Como corolario, el derecho solicitado sólo podía negarse mediante actos administrativos ajustados a las disposiciones legales vigentes. Se trata, en consecuencia, de una gravísima conducta administrativa, que ha repercutido en notorios perjuicios para el accionante, en detrimento de sus reales derechos laborales. Huelga decir, entonces, que los derechos reclamados, reglados como mandato imperativo de la ley, fueron vulnerados con la expedición de los actos atacados, a más de la "motivación" que resultó ser abruptamente subjetiva e incongruente y por lo tanto, arbitraria, que invalida la emisión de la voluntad de la autoridad administrativa."

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Corrido el traslado ordenado por el Auto de 5 de junio de 2002 para que el Departamento de Santander interviniera en el presente asunto como parte demandada (fls. 20 y 21), el ente territorial contestó la demanda, en los siguientes términos (fs. 29 a 33):

En cuanto a los hechos.

Al respecto se admitió que el accionante se desempeñó como obrero con funciones de celador adscrito a la Secretaría General, pero se adujo que el tipo de vinculación debía demostrarse pues en todo caso su vinculación se dio a través de contrato de trabajo. En



cuanto a la reclamación del trabajo suplementario se reiteró, en síntesis, lo sostenido en el acto demandado y se resaltó que los reconocimientos solicitados se habían efectuado conforme a la Convención Colectiva de Trabajo vigente. Finalmente, afirmó que con la petición que presuntamente agotó vía gubernativa lo que realmente se hizo fue revivir términos.

En cuanto a las pretensiones.

El Municipio demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentando haberle reconocido sus derechos salariales y prestacionales conforme a la normatividad aplicable al tipo de su vinculación y dentro del término en que le fue permitido, teniendo en cuenta el manejo interno que le dio el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en lo referente a la convalidación de cuentas por parte de la Fiducia para el pago de las obligaciones del Departamento.

Por último, el Municipio formuló las siguientes excepciones:

(i) Falta de jurisdicción y competencia, pues el actor se vinculó con la administración a través de contrato de trabajo en el cargo de obrero, ejerciendo funciones de celador, actividad esta última que no tiene relación directa con el ejercicio de la función del Estado. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en condición de trabajador oficial su jornada fue de 48 horas semanales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945. A su turno, el demandante disfrutó en el año 1999 de 28 días de compensatorios por trabajo suplementario, tal como se reconoció a



través de la Resolución No. 2330 de 9 de febrero de 2000 y le fueron reconocidas las vacaciones de conformidad con lo dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo de 1991, Cláusula 38.

(ii) Caducidad de la acción, en razón a que luego de que el accionante fuera retirado del servicio el 30 de diciembre de 1999 fue notificado de las Resoluciones Nos. 2330 de 9 de febrero, 3401 y 4278 de 3 de marzo y 34021 de 2000, por las cuales se le reconocieron compensatorios, cesantías definitivas, indemnización por supresión de cargo y dotaciones, respectivamente, sin que hubiera interpuesto queja alguna contra ellas. Continuó la parte demandada: *"El demandante, pretende revivir los términos que otorga la ley para ejercitar su acción con fundamento en un derecho de petición presentado ante el Departamento después de transcurrido más de un (1) año, de la comunicación de cada uno de estos actos administrativos."*

(iii) Falta de agotamiento de vía gubernativa, en cuanto el agotamiento de dicho requisito implica que se solicite dentro del término legal un nuevo pronunciamiento de la Administración para modificar, revocar o aclarar la primera decisión, lo que no se dio en el presente asunto. Adicionalmente, se reitera lo expuesto en la excepción anterior.

(iv) Pago e inexistencia de las obligaciones salariales y prestacionales reclamadas. Al respecto, precisó:

"Durante el tiempo en que el demandante laboró al servicio del Departamento, le fueron cancelados los salarios y demás prestaciones sociales en los términos pactados convencionalmente, conforme a la denominación del empleo, y a las disposiciones legales que en materia prestacional son de aplicación a los trabajadores oficiales."



LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones formuladas por Jorge Eliécer Carreño Mantilla contra el Departamento de Santander, con los siguientes argumentos (fls. 404 a 423):

En cuanto a las excepciones:

No procede la excepción de falta de jurisdicción y competencia, pues en atención al criterio orgánico y funcional es evidente que la labor desempeñada por el accionante al ente territorial demandado fue de naturaleza legal y reglamentaria; no se configura la excepción de caducidad, en razón a que la inconformidad planteada en la presente litis solo se presentó ante el empleador el 1º de febrero de 2001 y la contestación dada a la misma fue demandada dentro del término de 4 meses ordenado por la Ley; y, finalmente, no prospera la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, en la medida en que la petición de 1º de febrero de 2001 es muestra de lo contrario y el Oficio con el que se atendió el mismo no señaló los recursos que contra él procedían, con lo cual se activó el derecho a incoar la acción.

Las demás excepciones, continuó el Tribunal, por ser argumentos que atacan la prosperidad de las pretensiones, serán resueltas con el problema jurídico.

Del fondo del asunto:



Expuso que el régimen aplicable en el sector territorial en cuanto al tópico de jornada laboral es el contenido en el Decreto No. 1042 de 1978, modificado por el Decreto 085 de 1986.

Agregó que el Consejo de Estado, mediante providencia de 5 de julio de 2001, declaró la nulidad del artículo 3º del Decreto No. 222 de 1932 que regulaba el aspecto relacionado con el trabajo suplementario en dominicales y festivos, por lo cual, la normatividad aplicable es la contenida en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

A pesar de lo anterior, del material probatorio no se evidencia con claridad las horas laboradas por el accionante como para reconocer el valor del trabajo extra.

A su turno, a pesar de que al tenor de lo establecido en el artículo 3º del Decreto 1042 de 1978 el actor tendría derecho al pago de trabajo suplementario en dominicales y festivos, pues además el ente territorial admitió que no se le estaba reconociendo conforme a la Ley, lo cierto es que tampoco se allegó prueba inequívoca que determinara con veracidad los días dominicales y festivos en los que laboró. Al respecto, preció el Tribunal:

"En el presente caso la prueba aportada, no ofrece relatos concordantes en puntos tan importantes como la forma de pago de los días domingos y festivos, ni proporciona un elemento cierto para determinar aquellos días que efectivamente laboró pues obran diseminados en el expediente copias de memorandos de trabajo, solicitud y concesión por parte de la entidad demandada de compensatorios por días festivos y dominicales laborados, sin que se pueda inferir con certeza los porcentajes ni las fechas en que debió reconocérsele tales prestaciones, pues se reitera, la prueba documental allegada, tampoco arroja datos precisos e inequívocos que permitan efectuar una condena a la entidad accionada."

Por lo anterior, en consecuencia, se niegan las pretensiones de la demanda.



EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión del *a quo*, con los siguientes argumentos (fls. 434 a 441):

No es atinada la decisión del *a quo* pues a pesar de haber encontrado que efectivamente se desempeñó, en atención a los criterios orgánico y funcional, como empleado público y que excedió la jornada laboral aplicable a un celador sin obtener la contraprestación legal respectiva, no accedió a las pretensiones de la demanda, como consecuencia de la aplicación restrictiva de un parámetro probatorio que no es aplicable a este caso. Al respecto, precisó:

"En estos casos donde el ente demandado acepta que a su personal lo maneja con turnos continuos y acepta no estar pagando el TRABAJO HABITUAL en dominicales y festivos, la carga probatoria debe invertirse o por lo menos condenar en abstracto a favor del demandado pues los turnos para el celador demandante incluía horas diurnas, horas nocturnas, dominicales y festivos, luego es justo que mi poderdante reciba el pago de este trabajo."

Por otra parte, también debe resaltarse que el Oficio demandado, en atención al criterio material, es un verdadero acto administrativo, en la medida en que resolvió de fondo todos los aspectos de su petición incoada el 31 de enero de 2001.

Tampoco puede hablarse de caducidad de la acción en el presente asunto, continuó la parte recurrente, en la medida en que el Oficio cuestionado se demandó dentro del término de 4 meses siguientes a su notificación. A su turno, si procedió la prescripción de derechos, ello solo ocurrió frente a los derechos causados antes del 1º de febrero de 1998.



Es contrario a la protección del derecho laboral, dentro del cual juega un papel importante la fijación de la jornada de trabajo, negar las pretensiones de la demanda, cuando, se reitera, está acreditado que en reiteradas oportunidades la Administración le señaló el turno que debía cumplir, excediendo la jornada ordinaria. Al respecto, se afirmó:

"... de las pruebas anteriormente relacionadas y de las que obran en la hoja de vida en reiterados memorandos instructivos sobre los turnos que debía cumplir el demandante, se acredita en el expediente que en repetidas oportunidades es la entidad demandada la que instruye al demandante en el cumplimiento de las jornadas de trabajo por encima de los (sic) establecido por la ley, horas laborales cumplidas en horas extras, ordinarias, dominicales y festivos, que por la naturaleza del servicio y dada la orden impartida por la entidad demandada se infiere que es una situación de la cual está perfectamente enterada la Administración Departamental donde media su consentimiento. Existiendo constancia en el expediente del pago de algunas sumas reclamadas por concepto de horas extras, y de compensatorios, es lógico que se puede inferir el monto final de las mismas a cargo de la liquidación que el Juez ordene hacer a la entidad demandada."

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Intervino la Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado para solicitar que se modifique la Sentencia apelada y, en su lugar, se declare probada, de oficio, la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por las razones que a continuación se sintetizan (fls. 447 a 451):

Frente al tópico relacionado con la regulación de la jornada laboral de los empleados que desempeñan labores de celaduría, el Consejo de Estado ha sido claro en determinar que el marco normativo aplicable es el contenido en el Decreto 1042 de 1978 y en el Decreto 85 de 1986. También se ha sostenido que en asuntos



REF: EXPEDIENTE No. 680012331000200102483-01
No. INTERNO: 1063-2010
AUTORIDADES DEPARTAMENTALES
ACTOR: JORGE ELIECER CARREÑO MANTILLA

como el presente, le corresponde a la parte actora demostrar la existencia de los derechos reclamados. Al respecto, se precisó:

"Sin embargo, a juicio de esta Agencia del Ministerio Público a pesar de dicha falencia, no se puede concluir prima facie, que el demandante no tenga derecho al reconocimiento solicitado, como quiera que es a la entidad a quien le corresponde certificar cuales son las horas extras laboradas por el servidor público, porque es en sus archivos donde debe reposar la información laboral de sus empleados y exempleados."

Por lo anterior, precisó que el accionante tendría derecho al reconocimiento de horas extras teniendo en cuenta que la jornada ordinaria es de 44 horas semanales, sin que el reconocimiento exceda de 50 horas mensuales.

A pesar de lo anterior, no puede perderse de vista que la Entidad le reconoció al señor Carreño Mantilla una serie de beneficios salariales y prestacionales al momento del retiro del servicio y que contra dichos actos administrativos no se manifestó oposición alguna, ni fueron demandados dentro del término legal de 4 meses. Por lo anterior, puede concluirse que con la reclamación de febrero de 2001 se pretendió revivir términos vencidos y, por ende, procede la declaración de la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Cuestión Previa

Previamente a formular el problema jurídico a ser resuelto por esta Sala, se precisa determinar si se encuentran dados todos los



requisitos establecidos en el artículo 137 del C.C.A. para concluir que se presentó una demanda en debida forma, de cara, principalmente al argumento que fue esgrimido por la parte demandada en primera instancia y que fue retomado por el Ministerio público en su intervención en esta instancia, consistente en la idoneidad del Oficio sin numero de 7 de mayo de 2001 para ser demandado ante la jurisdicción.

En tal sentido se analizará, entonces, el aspecto relativo a la naturaleza del Oficio demandado.

(i) *Antecedentes.*

- De conformidad con el material probatorio allegado al expediente puede concluirse que el señor Jorge Eliecer Carreño Mantilla laboró al servicio del ente territorial demandado por el periodo comprendido entre el 7 de septiembre de 1994 y el 31 de diciembre de 1999, fecha en la que fue retirado definitivamente del servicio por supresión de cargo.
- Por la Resolución No. 3400 de 3 de marzo de 2000, suscrita por el Secretario General de la Gobernación, se le reconoció al actor intereses a las cesantías y subsidio educativo, por concepto de pasivo laboral, en condición de obrero de la Secretaría General (fl. 35).
- Con la Resolución No. 2330 de 9 de febrero de 2000, suscrita por el Secretario General de la Gobernación, se le reconocieron 28 días de compensatorios por el tiempo laborado en dominicales y festivos



durante el año 1999, teniendo en cuenta como jornal diario la suma de \$15.137,00.

- Mediante la Resolución No. 3401 de 3 de marzo de 2000, expedida por el Secretario General de la Gobernación, se le concedió la cesantía definitiva por el tiempo de servicio laborado entre el 7 de septiembre de 1994 y el 31 de diciembre de 1999 (fl. 36 A).

- Con la Resolución No. 3402 de 3 de marzo de 2000, expedida por la misma autoridad administrativa, se le reconoció la indemnización por supresión de cargo, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones (fl. 37):

"B. Que mediante Resolución No. 10771 del 30 de diciembre de 1999 el Departamento de Santander canceló unilateralmente el contrato de trabajo a término indefinido.

C. Que de conformidad con el parágrafo único de la cláusula 7ª vigente de la Convención Colectiva de 1993 suscrita entre el Sindicato de Trabajadores y el Departamento, el trabajador tiene derecho a una indemnización de acuerdo a la tabla establecida en dicha convención."

Para el efecto se tuvieron en cuenta como factores lo siguientes: jornal, prima de alojamiento, prima de transporte y 1/12 parte de la prima vacacional, la prima de antigüedad, la prima de servicios, la prima de navidad y los compensatorios. Adicionalmente, se tuvo en cuenta 398 días a ser pagados por indemnización.

- Mediante derecho de petición con radicado del 1º de febrero de 2001 y dirigido al Gobernador del Departamento de Santander, solicitó: (i) certificación de las labores desempeñadas al momento de su retiro; (ii) la remuneración de trabajo habitual en dominicales y festivos, *"equivalentes a dos (2) salarios ordinarios por cada jornada ordinaria*



de trabajo, desde enero de 1996 a diciembre de 1999, fecha de retiro.”; (iii) la remuneración de horas nocturnas en domingos y festivos, con un recargo del 35% sobre el valor diurno; (iv) la remuneración de horas extras en domingos y festivos, con un recargo de 25% las horas diurnas y de 75% las nocturnas; (v) la remuneración de horas nocturnas y extras - diurnas y nocturnas – en días ordinarios; (vi) aplicar la jornada laboral establecida en el artículo 12 del Decreto Departamental 3439 de 1984; (vii) reliquidar, teniendo en cuenta los anteriores reconocimientos, las cesantías definitivas, la indemnización por desvinculación y los intereses a las cesantías de los años 1996 a 1999; y, (viii) el reconocimiento de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones (fls. 5 y 6)

- A través del Oficio sin número de 7 de mayo de 2001, suscrito por el Gobernador del Departamento de Santander, se atendió de fondo la petición incoada por el señor Jorge Eliécer Carreño Mantilla, en los siguientes términos (fls. 2 y 2A):

- Al momento de su desvinculación se desempeñaba como Obrero con funciones de celador, adscrito a la Secretaría General.
- En relación con el reconocimiento y cancelación de dominicales y festivos, es de precisar que dicho tópico se regulaba por lo dispuesto en la Cláusula II de la Convención Colectiva de 1988, por lo cual *“su pretensión respecto al punto de referencia no es procedente”*. Igual consideración se efectuó en el numeral 3º frente al reconocimiento y cancelación de las horas nocturnas en dominicales y festivos y en el numeral 5º frente a horas extras diurnas y nocturnas en días ordinarios.



- En cuanto al reconocimiento y cancelación de horas extras en dominicales y festivos, en atención a los requisitos establecidos por el Decreto Departamental No. 253 de 28 de junio de 1991, no es viable su reconocimiento.
- Continuó: *"6. Respecto a la aplicación de la jornada de trabajo estipulado en el artículo 12 de (sic) Decreto Departamental 3439 de 1984 (Reglamento interno de trabajo de la Gobernación) nos permitimos informarle que bajo ningún concepto puede aplicarse dicha disposición legal enumerada con anterioridad, toda vez que el alcance de dicha disposición legal solo cubre a los empleados públicos y no a los trabajadores oficiales calidad que ostentaban los Obreros. De lo cual se desprende que su pretensión (sic) respecto al punto de la referencia no es procedente."*
- Por las anteriores consideraciones, se agregó, no es procedente la reliquidación de la prima vacacional, la prima de servicios, la prima de navidad, los intereses a las cesantías, cesantías definitivas e indemnización por desvinculación.
- No hay lugar al reconocimiento de la indemnización por mora en razón a que, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, no hubo mala fe del empleador, la demora en el pago se dio por el manejo interno que otorgó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la convalidación de cuentas por parte de la Fiducia.

(ii) Análisis.

Sea lo primero advertir que el objeto de la reclamación en vía gubernativa no puede considerarse como prestación periódica, en la medida en que se trata de una reclamación de orden salarial causada durante la relación laboral que ya finalizó y, en consecuencia, dicha solicitud se materializa en un único pago



adeudado a la fecha de su retiro del servicio¹. O, en otras palabras, no puede considerarse que las reclamaciones efectuadas son periódicas pues no se han seguido causando, en atención a que el vínculo se extinguió el 31 de diciembre de 1999.

Ahora bien, no se desconoce que al momento en que se desvinculó el actor del servicio del ente territorial se le reconocieron unos conceptos salariales y prestacionales, sobre las cuales el actor pudo haber expresado su inconformidad por la presunta omisión del reconocimiento del trabajo suplementario, empero así no lo hizo y contra dichos actos, los cuales adquirieron firmeza, no interpuso recursos en vía gubernativa ni en vía judicial.

También puede aseverarse que el único pronunciamiento expreso que el Departamento de Santander efectuó sobre el derecho que le asistía al señor Carreño Mantilla de acceder al reconocimiento de trabajo suplementario fue el efectuado a través del Oficio sin número de 7 de mayo de 2001, por el cual se contestó su petición radicada el 1º de febrero de 2001.

Este acto, adicionalmente debe resaltarse, atendió de fondo las pretensiones incoadas por el actor exponiendo de manera clara los argumentos por los cuáles consideró improcedente el reconocimiento del trabajo suplementario. En este sentido, entonces, fue la misma Administración la que le dio plenos efectos a su solicitud, pues materialmente, se resalta, definió de manera definitiva la improcedencia del reconocimiento incoado por el señor Jorge Eliecer Carreño Mantilla.

¹ Por lo anterior, en este asunto, no es viable aplicar la excepción al fenómeno de la caducidad establecido en el artículo 136, numeral 2 del C.C.A.



REF: EXPEDIENTE No. 680012331000200102483-01
No. INTERNO: 1063-2010
AUTORIDADES DEPARTAMENTALES
ACTOR: JORGE ELIECER CARREÑO MANTILLA

En estas condiciones, pues, no puede la Sala excusarse de su deber de efectuar un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones incoadas, teniendo presente, eso sí, la extinción de derechos que pudo haberse generado con el paso del tiempo, esto es, la ocurrencia del fenómeno prescriptivo.

En este último sentido cabe resaltar que la petición incoada por el actor ante el ente territorial data del 1º de febrero de 2001, por lo cual para dicho momento puede concluirse que no había operado el fenómeno extintivo a partir del 1º de febrero de 1998.

Por último, teniendo en cuenta que el acto demandado fue proferido el 7 de mayo de 2001 y que la demanda se incoó el 7 de septiembre del mismo año, esto es, dentro del término de caducidad establecido en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A., procede efectuar un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad.

Del fondo del asunto

Con base en las anteriores precisiones, entonces, el problema jurídico por resolver se contrae a determinar la legalidad de la negativa del Departamento de Santander a reconocerle al señor Jorge Eliecer Carreño Mantilla horas extras, diurnas y nocturnas, recargo por trabajo en domingos y festivos, compensatorios y, en general, el trabajo suplementario.

Con tal objeto se analizará la legalidad del Oficio sin número de 7 de mayo de 2001, suscrito por el Gobernador del Departamento de Santander.



Antecedentes.

(a) De la vinculación del actor.

- A folio 34 del expediente reposa copia del contrato de trabajo indefinido para obreros de la Gobernación del Departamento de Santander, suscrito el 7 de septiembre de 1994 entre el referido ente territorial y el actor, para el ejercicio del cargo de Obrero – Distrito I – Sede Municipio de Bucaramanga de la Secretaría de Obras Públicas. En su cláusula segunda, es de resaltar, se dispuso que la jornada de trabajo sería de 8 horas diarias y 48 semanales.

- Por la Resolución No. 2307 de 8 de mayo de 1996 fue trasladado como obrero en el Distrito I con sede en Bucaramanga, dependiente de la Secretaría de Obras Públicas a la Sección de Construcción y mantenimiento de Edificios Públicos (fls. 232 y 233).

- Por comunicación de 28 de febrero de 1997 se le informó al actor que era reubicado como Obrero de la Oficina de infraestructura Social y de Edificios Públicos adscrita el Despacho del Gobernador (fl. 215). Dicha decisión, se adoptó mediante la Resolución No. 990 de 27 de febrero de 1997, teniendo en cuenta que por el Decreto No. 324 de 20 de noviembre de 1996 se suprimió la Secretaría de Obras Públicas y se creó la Secretaría de Transporte e Infraestructura Vial. Al respecto, se agregó (fls. 216 a 218):

"5. Que de conformidad con el Artículo 25 de la Constitución Nacional, la Administración Departamental brinda la oportunidad a los trabajadores oficiales que venían laborando en la Secretaría de Obras Públicas, para que continúen desempeñando sus labores sin detrimento alguno."



- Mediante comunicación de 30 de diciembre de 1999, expedida por el Gerente del Proceso de Reestructuración, se le informó al accionante que mediante el Decreto No. 407 de la misma fecha se le había suprimido el cargo de obrero que venía desempeñando y que por la Resolución No. 10771 de la misma fecha se le había dado por terminado, de manera unilateral, su vinculación contractual con el Departamento.

Análisis de la naturaleza de la vinculación laboral.-

Al respecto, y a pesar de que en esta instancia dicha situación no fue discutida por la parte interesada, es de resaltar que, de conformidad con el contenido del mismo acto administrativo demandado, al finalizar la vinculación laboral el actor se desempeñaba como Obrero con funciones de Celador, adscrito a la Secretaría General.

Así entonces, a pesar de que el señor Jorge Eliecer Carreño Mantilla se vinculó al servicio del ente territorial a través de Contrato Laboral, lo cierto es que tanto orgánicamente como funcionalmente, a la fecha de su retiro, no desempeñó funciones propias de la construcción o el mantenimiento de obras, por lo cual, es indudable que, por lo menos, al finalizar su vinculación, y ello es lo que determina – en principio – la jurisdicción competente para el conocimiento de litigios como el presente, era empleado público.

De conformidad con el anterior acervo probatorio, procede la Sala a abordar el fondo del asunto en el siguiente orden: (i) De la jornada de trabajo – horas extras; (ii) Del trabajo suplementario en domingos y festivos; y, (iii) Del caso concreto.



(i) De la jornada de trabajo – Horas extras

Con tal objeto, se efectúa el siguiente recuento normativo y jurisprudencial:

El artículo 3º de la Ley 6ª de 1945, establecía:

"Las horas de trabajo no podrán exceder de ocho (8) al día, ni de cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las excepciones legales². Sin embargo, la duración máxima de las labores agrícolas, ganaderas o forestales, será de nueve (9) horas diarias o de cincuenta y cuatro (54) en la semana. Las actividades discontinuas o intermitentes, así como las de simple vigilancia, no podrán exceder de doce (12) horas diarias, a menos que el trabajador resida en el sitio del trabajo³. El Gobierno podrá ordenar la reducción de las jornadas de trabajo en las labores que sean especialmente peligrosas o insalubres, de acuerdo con dictámenes técnicos al respecto, y previa audiencia de comisiones paritarias de patronos y trabajadores."

Por su parte, en 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", aplicable por regla general a los empleados públicos en la rama ejecutiva del orden nacional⁴, dispone en su artículo 33 que:

"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

² Este aparte resaltado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1063 de 2000.

³ El aparte en negrilla fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la providencia antes referida.

⁴ "Artículo 1o.- Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente decreto regirá para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante."



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." Negrilla fuera de texto.

Posteriormente, el artículo 1º del Decreto No. 085 de 1986 modificó la anterior disposición en el aspecto relativo a la jornada laboral de los empleados que desempeñan funciones de vigilancia, así:

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

A su turno el artículo 2º de la Ley 27 de 1992, por la cual se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, estableció que las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios a la Rama Ejecutiva, contenidas en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987, así como sus Decretos reglamentarios y los demás que los modifiquen o adicionen, son aplicables a los empleados del Estado que le prestan sus servicios a las entidades u organismos del nivel Nacional, Departamental, Distrital, Municipal, entre otras.

Finalmente, de cara a las normas vigentes para el momento en que se reclaman los derechos laborales por el actor, el inciso 2º de la Ley 443 de 1998, dispuso:



"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 3º de la presente ley."

El artículo 3º ibídem, en similares términos a los establecidos en el artículo 2º de la Ley 27 de 1992, dispuso que sus normas serían aplicables a los empleados que presten sus servicios a la rama ejecutiva del sector municipal, entre otros.

Al amparo de las disposiciones previamente referidas, mediante Sentencia de esta Corporación, Sección Segunda; de 14 de diciembre de 1995; C.P. doctora Clara Forero de Castro; radicación No. 7655, se consideró en un caso referido a la jornada laboral de un celador del orden territorial que ella no podía estar regulada por el Decreto 1042 de 1978 en la medida en que dicha norma era aplicable, exclusivamente, al orden Nacional. Al respecto, se precisó:

"Aunque la realidad laboral del accionante frente a las normas citadas sea la anteriormente descrita, la verdad es que los Decretos leyes 1042 de 1978 y 85 de 1986, señalados como infringidos, regulan lo concerniente a la duración máxima de la jornada laboral de los empleados públicos del orden nacional y de los que en tal calidad y a ese nivel desempeñan el cargo de celadores. Habida consideración de que el demandante es un empleado público perteneciente a la Administración Municipal de Calarcá y no se citaron como infringidas las disposiciones que a nivel municipal reglamentan este tema, no es posible declarar contraria a derecho la negativa de las Empresas demandadas de reconocerle al señor Saúl David Puentes el pago de las horas que como extras dice haber trabajado."

Empero, posteriormente, en atención a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 27 de 1992 se consideró que dentro de las normas de administración de personal debía incluirse aquellas que regulan el tópico de la jornada laboral, por lo cual en el sector territorial era



perfectamente predicable lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, modificado por el Decreto 085 de 1986⁵.

Sin embargo, mediante providencia de 22 de abril de 2004, con ponencia del Doctor Tarsicio Cáceres Toro, radicación No. 1996-16455-01, se sostuvo que el artículo 1º del Decreto 085 de 1986 debía ser inaplicable, por exceso de potestad reglamentaria, y que, en consecuencia, debía darse vigencia al contenido inicial del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, el cual reguló para el caso de quienes desempeñaran funciones de mera vigilancia una jornada especial de 12 horas diarias, sin que a la semana excedan un límite de 66 horas. Al respecto, se consideró:

*"Inicialmente, se observa que el D.L. 85 de enero 10 de 1986, dictado en desarrollo de las facultades de la Ley 1ª de 1986, en su introducción señala que **"...establece la jornada de trabajo para los empleos de celadores"** y por eso se entiende que en su art. 3º determine que **"modifica en lo pertinente el artículo 33 del Decreto extraordinario 1042 de 1978"**, dado que en ese artículo se determina que para el personal de Vigilancia y otros allí mencionados se puede establecer una jornada diaria de trabajo de 12 horas, sin que pase de 66 semanales.*

*Pero, se observa que la Ley 1ª de enero 02 de 1986 en ninguna parte facultó extraordinariamente al Presidente de la República para que **"modificara" la jornada de trabajo de los celadores del orden nacional**. En esas condiciones, está claro que el Decreto Ley 85 de 1986 **"excedió" claramente la ley de facultades** en cuanto en su art. 3º modifica la jornada de trabajo de los celadores del orden nacional (con una falla adicional por no determinar igual modificación para el personal de vigilancia del orden territorial que quedaba bajo el anterior régimen).*

*Por ello, en ejercicio de las potestades del art. 4º de la Constitución Política actual **se dejará de aplicar por inconstitucional** (exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias) el aparte del art. 3º precitado en cuanto manda: "y modifica en lo pertinente el artículo 33 del Decreto extraordinario 1042 de 1978.", más cuando las facultades eran*

⁵ En este sentido, en Sentencia de 20 de junio de 2002, proferida por la Subsección A, C.P. doctor Nicolás pájaro Peñaranda, radicado interno No. 804-01, demandado: Fondo Educativo Departamental "FED" Caldas, se aplicó lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 1042 de 1978. Esta tesis, también ha de advertirse, fue sostenida por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1063 de 2000, en la que se consideró que la disposición establecida en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1945 se encontraba vigente, exclusivamente, para los trabajadores oficiales, pues los empleados públicos de todo orden se regulaban por lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978. Posteriormente se profirió el Auto No. 001 de 2001, en el que se aclaró que la jornada para vigilantes, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 085 de 1986, es de 44 horas semanales.



"parciales o limitadas" al AMBITO O NIVEL NACIONAL, mientras que lo dispuesto en el art. 33 del 1042 se está aplicando en los AMBITOS O NIVELES NACIONAL Y LOCAL. Por lo tanto, mientras no se expida otra norma que modifique el aparte pertinente seguirá vigente la que manda: "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."

Esta tesis fue retomada en la Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, de 2 de noviembre de 2006, radicado interno 4369-2005, con ponencia del Doctor Jesús María Lemos Bustamante, en la que se afirmó que una discriminación en tal sentido para quienes desempeñan funciones de vigilancia no es compatible con el contenido de la Constitución Política de 1991, por lo cual, para el caso de los celadores la jornada laboral, tal como lo dispone la regla general del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, es de 44 horas semanales.

Esta posición ha venido siendo reiterada en diversas oportunidades por la Corporación, tal como se constata en la providencia de 5 de julio de 2007, Subsección B, con ponencia del Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado No. 5327-2005, en un asunto relativo a un empleado público que ejercía el cargo de celador en el sector territorial; y, en la providencia de la Sección Segunda, de 2 de abril de 2009, con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto, radicado interno No. 9258-2005, en un caso relacionado con la jornada de los bomberos en el sector territorial.

Conforme a lo expuesto, entonces, cualquier hora adicional que se haya laborado en exceso de las 44 horas semanales debe ser considerada como trabajo extra y, en consecuencia, se impone su remuneración conforme a las reglas de los artículos 36 a 38 del



Decreto 1042 de 1978 depende de si se trata de trabajo en diurno o en dominical.

(ii) Del trabajo suplementario en domingos y festivos.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, la normatividad aplicable al pago del trabajo realizado en dominicales y festivos es la establecida en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que dispone:

"Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo. La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos."

Conforme a la disposición transcrita, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles. Se remunera en el equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, sin perjuicio de la remuneración habitual.

Contempla igualmente la norma el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en



dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 17 de agosto de 2006 expediente No. 5622-05, actora Silvia Elena Arango Castañeda, con ponencia de la Magistrada Dra. Ana Margarita Olaya Forero, expresó:

"De lo anterior se tiene que el valor de la retribución total por un día festivo laborado se compone de tres factores, si se concede el descanso compensatorio; y de cuatro factores, si no se otorga tal descanso compensatorio así:

- a) El valor del trabajo efectivamente realizado en día festivo, que se remunera según el tiempo servido (número de horas).*
- b) Un recargo del 100% sobre el valor del trabajo realizado.*
- c) El valor de un día ordinario de trabajo en el que el servidor descansará. (este valor se entiende incluido en la remuneración mensual o quincenal del servidor).*
- d) Dependiendo del caso, el valor de un día ordinario de trabajo si no se otorgó el descanso compensatorio a que hace referencia el literal anterior.*

De acuerdo con ello y habida cuenta de que la demandante laboraba de forma habitual en días de descanso obligatorio, - hecho que no ha sido discutido por las partes-, tendría derecho a la retribución de tal trabajo en días festivos, adicionando al valor de su mesada o quincena salarial (que debió incluir la retribución del descanso dominical), el valor del trabajo realizado durante cada día festivo servido, con un recargo del 100% sobre dicho valor, y concediendo un día de descanso compensatorio, o si éste no se otorga, adicionando además el valor de un día ordinario de trabajo."

A su turno, el artículo 40 del Decreto 1042 de 1978, reguló el trabajo ocasional en días domingos y festivos de la siguiente manera:

"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. Sus empleos deberán tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.*
- 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."

(iii) Del caso concreto.

Al amparo de los parámetros probatorios establecidos en los artículos 174 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del cual toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y 177 ibídem, según el que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, a continuación se procede a analizar el asunto concreto sometido a consideración de la Sala, previo recuento de la prueba documental allegada:

Folio	Condición	Lugar	Fecha	Turno
Fl. 183	Obrero de la Secretaría General	Sótano de la Gobernación	23/11/1999 a 24/11/1999	7:00 am a 7:00 am
			25/11/1999 a 26/11/1999	7:00 am a 7:00 am
			28/11/1999	7:00 am a 7:00 pm
			12/12/1999	7:00 am a 7:00 pm
Fl. 184		Celador - Estadio	16,18,20,22,24,26,28 y 30/07/1999	7:00 am a 7:00 am



			1,3,5,7,9,11,13,15,17,19,21,23,25,27,29 y 31/08/1999	7:00 am a 7:00 am
			2,4,6,8,10,12,14,16,18,20,22 y 24/09/1999	7:00 am a 7:00 am
			26, 27, 29 y 30/09/1999	7:00 am a 7:00 pm
			2, 3, 5, 6, 8, 9, 11, 12, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 23 y 24/10/1999	7:00 am a 7:00 pm
Fl. 194	Obrero de la Secretaría General	Celador - Colegio	(ilegible)	Sujeto a acuerdo
Fl. 195	Obrero de la Secretaría General	Celador - Coldeportes	A partir del 13/11/1998	Sujeto a acuerdo
Fl. 196	Obrero de la Secretaría General	Celador - Colegio	A partir del 27/01/1999	Sujeto a acuerdo - mientras termina licencia
Fl. 197	Obrero de la Secretaría General	Celador - Sótano Gobernación	A partir del 18/11/1999	Horario de 12x24
Fl. 198	Obrero de la Secretaría General	Celador - Estadio	A partir del 15/07/1999	Mientras duran compensatorios del titular
Fl. 205	Obrero	Aseo	A partir del 19/12/1997	
Fl. 211	Obrero de Infraestructura Social	Servicios en la sección de aseo - Edificio Gobernación	A partir del 24/07/1997	
Fl. 239		Celador	5 y 26/02/1995	Para reconocimiento de compensatorios
			19/03/1995	
			4, 19 y 25/06/1995	
Fl. 257		Celador	02/04/1995	Para reconocimiento de compensatorios

A folio 185 del expediente reposa certificación de la Jefe de División de Personal, de 22 de junio de 1999, en la que consta el reconocimiento de compensatorios por el trabajo en domingos y festivos, durante los mes de diciembre de 1998 y enero de 1999, como celador.



A folio 189 reposa solicitud de reconocimiento de compensatorios correspondientes a los siguientes días: 6/12/1998, 27/12/1998, 11/01/1999 y 17/01/1999.

A folio 214 reposa una relación de trabajo para el reconocimiento de horas extras , en el año 1996.

A folio 220 certificación ilegible, de sus funciones como celador durante un tiempo adicional.

Mediante documento suscrito el 16 de julio de 1996 le solicitó al Director Administrativo el reconocimiento de compensatorios, por los dominicales y festivos trabajados como celador en el Estadio Alfonso López. Idéntica petición se efectuó el 17 de enero de 1995, por el tiempo trabajado como Celador.

Conclusiones

- De la prueba antes relacionada lo primero que se evidencia es que durante la vinculación del señor Carreño Mantilla con el ente territorial desempeñó además de la función de celador labores de aseo durante algunos períodos (certificaciones obrantes a folios 205 y 211 del expediente); por lo anterior, a pesar de que la entidad admitió que a la fecha de su retiro cumplía labores propias de celador, no es viable considerar que durante toda su vinculación efectivamente ejecutó dicha función. Lo anterior, implica, entonces, que no está cumplida su carga probatoria de acreditar el cumplimiento de las funciones de celador durante, se reitera, todo el período de vinculación al servicio del ente territorial.



- A su turno, se evidencia que al actor le fueron reconocidas sus prestaciones sociales definitivas teniendo en cuenta la normatividad convencional y, en buena parte, sus pretensiones en vía gubernativa le fueron negadas acudiendo al mismo instrumento negocial.

Al respecto, es bastante ilustrativo el acto administrativo No. 3402 de 3 de marzo de 2000, en cuanto reconoció la indemnización por supresión de cargo de acuerdo a la tabla indemnizatoria contenida en la cláusula 7ª vigente de la Convención Colectiva de 1993. Por lo anterior, le concedió al señor Carreño Mantilla 398 días de indemnización, cuando, de conformidad con lo establecido en la normatividad que regula la carrera administrativa en el sector público dicha indemnización solo es viable a quienes ejerzan sus cargos **en carrera administrativa** [artículo 39 de la Ley 443 de 1998, aplicable al momento de retiro del demandante por supresión de cargo].

- A su turno, atendiendo a la carga probatoria que le corresponde a la parte interesada en el presente asunto, cabe resaltar que acreditó que en varias oportunidades reclamó el reconocimiento de compensatorios al ente territorial, sin embargo de dicha prueba no puede extraerse el horario extra laborado, ni mucho menos si lo fue en horario diurno, nocturno, ordinario o dominical y festivo.

- A pesar de lo anterior, de conformidad con los certificados allegados a folios 183 y 184 del expediente, si se evidencia un lapso – el comprendido entre los meses de julio y noviembre de 1999 – que el actor acreditó haber laborado como Celador y, además,



haber cumplido sus labores en una jornada superior a la legal, esto es, a la de 44 horas semanales; y que, a su turno, ello ocurrió por orden de su empleador, pues específicamente se determinó la jornada en la cual prestaría sus servicios.

Por lo anterior, en virtud de la garantía del derecho al trabajo y a la remuneración del mismo de manera proporcional a la cantidad de éste, se impone condenar a la entidad demandada al pago de trabajo suplementario durante dicho lapso, atendiendo además, que por las pruebas allegadas, el trabajo en domingos y festivos era habitual. Adicionalmente, dicho pago se hará teniendo en cuenta los parámetros legales analizados a lo largo de esta providencia.

Frente a esta última precisión cabe resaltar que el reconocimiento que aquí se ordena se efectuará con base en la **normatividad legal aplicable**, en la medida en que, como se resaltó, el actor finalizó su relación como empleado público en el cargo de Celador y, dada la naturaleza de su vinculación, no puede regularse por el régimen convencional vigente, por lo menos en relación con el supuesto del reconocimiento y pago de trabajo suplementario.

También debe aclararse que del período referido, esto es, el comprendido entre los meses de julio y noviembre de 1999, la entidad demandada debe calcular las horas extras que de acuerdo con la información aquí relacionada se extrae semanalmente.

A su turno se ordenará que de las sumas adeudadas se descuenten aquellas que por el mismo concepto e idéntico lapso se hayan ya reconocido y pagado al señor Carreño Mantilla.



- En cuanto a la reliquidación de prestaciones y demás conceptos caben las siguientes precisiones:

- Se ordenará la reliquidación del auxilio definitivo de cesantías y de sus intereses del año 1999, teniendo para el efecto el trabajo suplementario aquí reconocido, conceptos que en todo caso, de conformidad con la prueba obrante dentro del expediente, fueron reconocidos en virtud de la Ley.
- No se ordenará la reliquidación de la indemnización por supresión de cargo, pues este reconocimiento derivó de la Convención Colectiva de Trabajo y, como ha sido ampliamente abordado tanto por esta Corporación⁶ como por la Corte Constitucional⁷, los empleados públicos no son beneficiarios e dichos instrumentos.
- Tampoco se ordenará la reliquidación de prestación adicional, en la medida en que dentro del expediente no obra prueba de la fuente de la que provino en el caso concreto del accionante, si se tiene en cuenta, además, que fue tratado por el ente territorial en varios aspectos como trabajador oficial.

Frente a este tópico, adicionalmente, no pasa por alto la Sala que el actor en su escrito de agotamiento en vía gubernativa sólo incluyó la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías e indemnización por supresión de cargo, lo cual determinaría la imposibilidad de esta Sala de pronunciarse sobre la reliquidación de prestaciones adicionales. Empero, atendiendo a que el ente accionado al momento de atender

⁶ Al respecto ver, entre otras, la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de 7 de octubre de 2010, radicado interno No. 1225-2009; con ponencia de quien ahora loase en el presente asunto.

⁷ Al respecto ver, entre otras, la providencia C-314 de 2004.



dicha petición se refirió también a las primas vacacional, de servicios y de navidad, no se declara de oficio la excepción de falta de agotamiento en vía gubernativa.

En todo caso, se reitera, la pretensión reliquidatoria de estos conceptos no tiene vocación de prosperidad, en atención a que dentro del expediente no se demostró si ellos se reconocieron en condición de trabajador oficial con fundamento en una Convención Colectiva de Trabajo.

- Tampoco hay lugar al reconocimiento de la indemnización por mora en el pago de la cesantía definitiva, pues no obra prueba de que la suma que consideró deber la parte accionante y que fue reconocida en la Resolución No. 3401 de 3 de marzo de 2000 haya sido pagada fuera del término legal.
- El pago de las sumas que resulten a favor del actor se ajustará en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor por concepto de trabajo suplementario⁸ y de la reliquidación ordenada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a

⁸ Incluidas horas extras en días ordinarios -diurnas y nocturnas-, horas extras en días dominicales y festivos -diurnas y nocturnas- y compensatorios.



la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial (por trabajo suplementario) teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Por el motivo expuesto, entonces, no hay lugar a acceder parcialmente a las súplicas de la demanda y, en consecuencia, se impone revocar parcialmente la Sentencia recurrida.

DECISIÓN

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 PARCIALMENTE la Sentencia de 11 de septiembre de 2009, en cuanto el Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda formuladas por Jorge Eliecer Carreño Mantilla contra el Departamento de Santander, relacionadas con el pago de las horas extras en días ordinarios -diurnas y nocturnas-, las horas extras en días domingos y festivos -diurnas y nocturnas- y los compensatorios por trabajo habitual en domingos y festivos durante el tiempo comprendido entre los meses de julio y noviembre de 1999, así como también el reajuste del auxilio de cesantía y de los



intereses a la cesantía por el año 1999, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar,

DECLÁRASE la nulidad parcial del Oficio sin número de 7 de mayo de 2001, suscrito por el Gobernador del Departamento de Santander, en cuanto no le reconoció las horas extras en días ordinarios, diurnas y nocturnas-, las horas extras en días domingos y festivos –diurnas y nocturnas- y los compensatorios por trabajo habitual en domingos y festivos durante el tiempo comprendido entre los meses de julio y noviembre de 1999, así como también el reajuste del auxilio de cesantía y de los intereses a la cesantía por el año 1999, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia,

CONDENAR al Departamento de Santander a reconocer al señor Jorge Eliecer Carreño Mantilla las horas extras en días ordinarios .diurnas y nocturnas-, las horas extras en días domingos y festivos – diurnas y nocturnas- y los compensatorios por trabajo habitual en domingos y festivos durante el tiempo comprendido entre los meses de julio y noviembre de 1999, atendiendo para el efecto de manera concreta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Dichas sumas, de conformidad con lo referido en la parte considerativa, deben reconocerse de manera indexada, y previo descuento de lo que por el mismo concepto ya se hubiera reconocido.

CONDENAR al Departamento de Santander a reliquidar al señor Jorge Eliecer Carreño Mantilla el auxilio de cesantía definitivo y los



intereses a la cesantía del año 1999, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en los términos legales aplicables.

CONFÍRMASE en lo demás la providencia cuestionada, esto es, en cuanto negó las pretensiones restantes de la demanda, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

DÉSE cumplimiento a la presente providencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ


GERARDO ARENAS MONSALVE


VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA