



COMISARIAS DE FAMILIA PERMANENTES DEL DISTRITO CAPITAL - Jornada laboral. Regulación legal / JORNADA LABORAL - Comisarias de Familia Permanentes del Distrito Capital. Regulación legal / JORNADA LABORAL – Concepto. Jornada laboral ordinaria 44 horas semanales / JORNADA LABORAL - Trabajo nocturno. Dominicales y festivos. Trabajo suplementario. Trabajo ordinario. Trabajo ocasional

La jornada laboral íntimamente ligada al salario se entiende, como el lapso durante el cual los empleados deben desarrollar las funciones asignadas al cargo para el cual fueron nombrados que consulta la naturaleza de las funciones impuestas y las condiciones en que deben ejecutarlas. La regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales y por excepción la ley 909 de 2004¹, crea empleos de medio tiempo o de tiempo parcial. Ahora bien, el salario puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en que debe ejercerlas. Se encuentra por ejemplo el trabajo nocturno comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m, que tiene una sobre remuneración del 35%, o el trabajo suplementario por dominicales y festivos, así como el ordinario o habitual y el ocasional, que tiene una regulación específica.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 23 DE 1990 / ACUERDO 10 DE 1995 / ACUERDO 54 DE 2001 / ACUERDO 22 DE 2006 / LEY 909 DE 2004

JORNADA MIXTA - Regulación legal / JORNADA MIXTA - Es diferente al sistema de turnos, pero no excluyentes / SISTEMA DE TURNOS - Regulación legal / SISTEMA DE TURNOS – Es diferente a la jornada mixta, pero no excluyente / JORNADAS MIXTAS DE LOS COMISARIOS DE FAMILIA PERMANENTES DEL DISTRITO CAPITAL – Reconocimiento de recargo nocturno / RECARGO NOCTURNO – Reconocimiento a los Comisarios de Familia Permanentes del Distrito Capital / TRABAJO NOCTURNO – Carga de la prueba

Del artículo 35 del Decreto 1042 de 1078 se pueden derivar los siguientes presupuestos: La jornada se considera mixta porque se desarrolla ordinaria y permanentemente en jornadas que incluyen horas día y horas noche; vale decir, en la misma jornada se combina trabajo diurno y nocturno. Las horas nocturnas trabajadas dentro de la jornada mixta, son remunerables con el recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso. De estos postulados se deduce el alcance de la jornada mixta que sin duda difiere del sistema por turnos, como claramente se examina de la norma y de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, porque este concepto debe entenderse cumplido, cuando las labores se efectúan de manera ordinaria y permanente en horas diurnas y nocturnas combinadas, vale decir, cuando la jornada laboral se inicia de día y termina de noche y no cuando se cumple por turnos que pueden ser diurnos o nocturnos. No 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

¹ Art. 22

por turnos. Ahora bien, los Comisarios Permanentes que cumplen su trabajo en jornadas mixtas, son sujetos activos de la norma cuando su jornada toca en el mismo turno horas diurnas y nocturnas, por ende, puede pagarse el 35% de recargo o compensarse con el descanso, conforme al artículo 39 del pluricitado decreto. Por el contrario, si la labor se desarrollo en horas nocturnas, deberá reconocerse un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual (art. 34 del D L 1042/78)

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1042 DE 1978 – ARTICULO 35 / DECRETO LEY 1042 DE 1978 - ARTICULO 34 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 39

NOTA DE RELATORIA: Sobre que el sistema de turnos es regulado por normas especiales diferente a lo que puede entenderse por jornada mixta, Corte Constitucional, sentencia de 2002, Rad C- 1106

COMISARIOS DE FAMILIA PERMANENTES DEL DISTRITO CAPITAL – Funcionarios de Carrera Administrativa

Los comisarios de familia son funcionarios de carrera administrativa según lo dispone la Ley 443 de 1998, que los clasificó en ese estatus (Art. 5°, parágrafo 2°) y, el Decreto 1569 de 1988 reglamentario de la citada ley, que los ubicó en el nivel profesional (art. 4) -y no en el ejecutivo como lo señaló la primera instancia colegiada-, en el cual se agrupan aquellos empleos a los cuales corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 5 PARAGRAFO 2 / DECRETO 1569 DE 1988 – ARTICULO 4

COMISARIOS DE FAMILIA PERMANENTES DEL DISTRITO CAPITAL – Reconocimiento de dominicales y festivos por trabajo habitual y permanente

Conforme al Decreto Ley 1042 de 1978 – artículo 39 , 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, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, 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. No duda la Sala que tal preceptiva es la aplicable a los Comisarios Permanentes, **por la naturaleza del trabajo** que deben desempeñar habitual y permanentemente

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1042 DE 1978 – ARTICULO 39

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá D. C., marzo dieciocho (18) de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-02342-01(1856-08)

Actor: GLORIA ISABEL VECINO GALLEGO

**Demandado: DISTRITO CAPITAL – SECRETARIA DE GOBIERNO -
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL**

AUTORIDADES DISTRITALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 15 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

LA DEMANDA

GLORIA ISABEL VECINO GALLEGO, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del acto administrativo No.2-2004-19791 de 29 de diciembre de 2004 expedido por el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito Capital, que respondió el derecho de petición con radicación interna No.1-2004-15372, relativo al reconocimiento del recargo por trabajo nocturno, dominical y festivo y la reliquidación de todas las prestaciones legales.

Como restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada al pago correspondiente al recargo por trabajo nocturno, dominical y festivo a que considera tener derecho por el tiempo laborado en la entidad; a la reliquidación de todas las prestaciones sociales debidamente indexadas y al pago de los intereses moratorios con la tasa mas amplia permitida por la ley; que se le de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.; y que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

Los **hechos** en que se fundamentan las pretensiones son los siguientes:

Desde el 29 de marzo de 1999 a la fecha de presentación de la demanda, labora para el Distrito Capital ejerciendo funciones de Comisaria de Familia de manera permanente, en horario nocturno, dominicales y festivos, sin que hasta el momento se le haya reconocido ni pagado los recargos legales correspondientes.

Considera que lo anterior constituye una discriminación injusta, por cuanto a pesar de que ejerce funciones de Comisaria de día y de noche, se le reconoce igual remuneración a la devengada por los Comisarios de Familia que únicamente laboran en el día.

Agrega que también son actos discriminatorios el tener que trabajar 48 horas semanales, en comparación con las Comisarías diurnas que solamente trabajan 44; el no reconocimiento de compensatorios ni recargos por laborales los días domingos y festivos; la contabilización del día sábado para efectos de las vacaciones, situación que no ocurre en las Comisarías que trabajan de día, lo cual disminuye el término de descanso.

Afirma que como sus condiciones laborales y de desgaste personal no son iguales a las del personal que labora en las Comisarías de Familia de jornada diurna, se hace obligatorio un tratamiento desigual en materia salarial, aseveración que apoya en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, según los cuales no es posible ni admisible jurídicamente tratar igual casos desiguales. Señala que la circunstancia antes descrita, da lugar a la existencia de una inequidad manifiesta.

Agrega que también se refleja la desigualdad cuando la entidad le reconoce a los funcionarios subalternos de las Comisarías, excepto a los Comisarios, lo correspondiente a horas extras diurnas y nocturnas, recargos dominicales y festivos y demás derechos laborales, ordenando reliquidar todas las prestaciones sociales; situación que no ocurre con la demandante, pese a que también labora horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, motivo por el cual considera vulnerado su derecho a la igualdad ante condiciones laborales iguales.

Menciona el concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública de 07 de mayo de 1999, en el que se afirma el derecho al recargo nocturno para aquellas personas que laboran en horas nocturnas dentro de su jornada ordinaria laboral, independientemente del nivel al cual pertenezcan. Así mismo, cita la sentencia C-406 de 1997 en la cual se dice que los cargos de Comisarios de Familia son cargos de carrera y que no existe grado superlativo de confianza con el nominador, de lo que concluye que no pertenecen al nivel ejecutivo o de dirección.

Narra que en vista de la situación descrita, elevó derecho de petición ante la entidad accionada, reclamando los pagos correspondientes a trabajo nocturno, dominical y festivo, en las condiciones de que trata el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, así como la reliquidación de prestaciones sociales. Que la petición fue negada a través del memorando No.2-2004-19791 S de diciembre 29 de 2004, del cual considera equivocado su contenido, en especial, porque ubica a los Comisarios de Familia en el nivel ejecutivo, lo que en su parecer es contrario a lo plasmado en la sentencia C-406 de 1997 ya mencionada.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señaló como normas vulneradas las siguientes:

Constitución Política artículos 2º, 13, 25, y 53; Ley 4ª de 1992; Decreto-Ley 1042 de 1978 artículos 33, 34, 35 y 39; Decreto 2701 de 2001; artículos 1º, 9º, 12, 13, 21 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo; Código Civil artículos 1494, 1602, 1603, 1613, 1614, 1615 y concordantes; Código Contencioso Administrativo artículos 36, 62, 83, 84, 85, 132, 135, 136, 149, 168, 176, 177, 178, 179, 206 y 267.

Dentro del acápite de normas violadas, solicitó la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de los Acuerdos Nos.1 y 26 de 1995, 30 de 1996, 32 de 1997, 03 y 09 de 1999, expedidos por el Concejo Distrital de Bogotá D.C. por considerar que vulneran las normas legales aducidas.

Expresó que al no haberle sido reconocidos por la entidad empleadora sus derechos a un salario y jornada laboral justa y las prestaciones sociales, han sido violadas las normas anotadas, así como su derecho al trabajo.

Adujo que el acto acusado adolece de falsa motivación y desviación del poder. La anterior afirmación la basó en los siguientes supuestos:

Que de acuerdo con la Sentencia C-406 de 1997, la cual es de obligatorio acatamiento, los Comisarios de Familia desempeñan funciones de carácter policivo, que es un cargo de carrera en el que no existe grado superlativo de confianza con el nominador. Concluye que de acuerdo a la providencia citada, estos cargos no pertenecen al nivel ejecutivo o de dirección, razón por la que considera que sí tienen derecho al reconocimiento y pago de horas extras, recargo por trabajo nocturno, dominical y festivo, y reconocimiento de descanso compensatorio.

Así mismo, expresó que la administración se basó en Decretos del Concejo Distrital, normas de inferior jerarquía a la Constitución y a las normas citadas como transgredidas, para negar el reconocimiento de sus derechos laborales, resultando errónea o falsa la motivación de los actos acusados y palpable la desviación de poder del Alcalde Mayor de Bogotá, por lo cual solicita inaplicar las normas distritales mediante la excepción de inconstitucionalidad.

Manifestó que fue discriminada injustamente y que fue conculcado su derecho a la igualdad, por haber recibido el mismo salario que el de los Comisarios que laboran en jornada diurna únicamente, y por no haber obtenido el reconocimiento de los derechos que sí se le reconocen a sus subalternos. Adujo que tiene derecho a que las autoridades distritales le brinden la misma protección y trato, y a que le permitan gozar de los mismo derechos laborales y salariales que se le reconocen a quienes laboran en igualdad de condiciones ella, y a una mejor remuneración de la que devengan quienes solo trabajan en el día.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Del Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito:

Mediante apoderado judicial la entidad contestó la demanda por fuera del término procesal previsto (folios 61 a 69).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de fallo de 15 de mayo de 2008 (folios 141 a 158), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

Analizó la naturaleza jurídica de las Comisarías de Familia a la luz del Decreto 2737 de 1989, como entes creados con el propósito de cumplir funciones administrativas de carácter policivo y trabajar mancomunadamente con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF – para la protección de los menores que se encuentren en situación irregular y la resolución de conflictos familiares. Así mismo, concluyó que por las tareas encomendadas a los Comisarios de Familia y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional², éstos no tienen ninguna connotación que permita calificarlos como de dirección y gobierno, dado el carácter policivo que ellas comportan.

Examinó igualmente las normas pertinentes del Decreto 1042 de 1978, que regularon el límite máximo de las jornadas laborales y el reconocimiento y pago de los recargos nocturnos, horas extras, dominicales y festivos, así como la posición de la Corte Constitucional con respecto a las jornadas mixtas³ consideradas como aquellas en la que algunos funcionarios cumplen una jornada laboral diurna y nocturna, como es el caso de los Comisarios de Familia quienes por expresa disposición legal deben prestar sus servicios durante las 24 horas del día; de igual forma, mencionó el artículo 12 del Decreto 3535 de 2003 que establece la procedencia del pago de horas extras, dominicales y festivos y descanso compensatorio para empleados que pertenezcan al nivel técnico hasta el grado 09 y al nivel asistencial hasta el grado 19.

Por otro lado, desestimó la solicitud de inaplicación por inconstitucionalidad de los Acuerdos Nos.01 y 26 de 1995, 30 de 1996, 32 de 1997 y 09 de 1999 expedidos por el Concejo de Bogotá, por no constatarse a simple vista una ruptura de la armonía normativa con la norma Superior.

² Sentencia C-406 de 1997.

³ Sentencia C-1106 de 2001

Sobre el caso concreto y con base en las pruebas recaudadas, señaló que el cargo desempeñado por la demandante en la comisaría permanente de Jefe Local Código 212 Grado 18, lleva implícita la obligación de prestar el servicio las 24 horas del día a través del sistema de turnos – jornadas mixtas – consistente en una jornada de 12 horas, 4 días a la semana y un descanso compensatorio por un periodo igual.

Dijo que la administración optó por acudir a la figura de jornadas mixtas establecida en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, la que ofrece la posibilidad de remunerar el tiempo laborado con un recargo del 35% o de compensatorio con periodos de descanso; que según el oficio de 27 de septiembre de 2006, la entidad demandada optó por acudir a la compensación, circunstancia que excluye el reconocimiento del recargo pretendido.

En cuanto a las horas extras, dominicales y festivos, manifestó que la actora no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 y 12 del Decreto 3535 de 2003, relativos a la necesidad de pertenecer a los niveles técnico o asistencial para que dicho reconocimiento se lleve a cabo, razón por la cual negó la petición.

Finalmente, consideró que no resulta ilógico que el Distrito le otorgue al libelista un tratamiento salarial igual al de los comisarios con jornada diurna, pues si bien las comisarías permanentes y las comisarías de familia comparten las mismas funciones, éstas son cumplidas en jornadas laborales disímiles por lo que no resulta vulnerado el derecho a la igualdad.

LA APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, la parte actora presenta en tiempo recurso de apelación solicitando revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones del libelo.

Reitera que en su parecer no es lógico ni justo que se remunere igual a los Comisarios Permanentes de Familia y a los Comisarios de Familia, ante condiciones laborales diferentes y más exigentes por parte de los primeros, que justificarían un trato salarial diferente.

Considera que no fue acertado el Tribunal al afirmar que los Comisarios de Familia pertenecen al nivel ejecutivo, de dirección y coordinación, cuando de acuerdo con las sentencias C-406 de 1997 y C-483 de 2003, es claro que éstos son del nivel profesional.

Cita y transcribe material jurisprudencial del Consejo de Estado⁴, y partiendo del mismo concluye que todos los servidores públicos, excepto los del nivel directivo y de confianza (al cual afirma que no pertenecen los Comisarios de Familia), tienen derecho a ser tratados en condiciones de igualdad en el ámbito laboral, específicamente en cuanto a la retribución por laborar horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, pues de lo contrario, se convertiría en un factor inconstitucional de discriminación.

Manifiesta que no existe sustento jurídico que permita afirmar que como los Comisarios de Familia trabajan por turnos, no tienen derecho a remuneración por dominicales, festivos y horas extras. Que la conclusión a que llegó al a quo en este sentido, es abiertamente inconstitucional y contraria a la protección especial al trabajo y al trabajador consagrada en la Carta. Así mismo, afirma que esa no es la lectura que debe hacerse al artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 en cuanto éste dice que “Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos...”, puesto que lo que ésta norma quiere significar es que sin perjuicio de los beneficios normativos conferidos al trabajador por normas especiales por el hecho de laborar por turnos, igualmente tiene y tendrá derecho al doble valor de un día de trabajo por laborar un domingo o festivo, mas un día de descanso compensatorio. Todo lo anterior, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la constitución Política⁵.

Asevera que el descanso compensatorio otorgado a la actora no exime a la demandada del deber de cancelar las demás retribuciones a que tiene derecho por laborar en festivos y dominicales, afirmación que apoya en la sentencia 5622-05 de agosto 17 de 2006 del Consejo de Estado, según la cual, además del descanso compensatorio, también tiene derecho a los factores restantes tales como: una remuneración equivalente al doble del valor de un día

⁴ Sentencia No.1895 de julio 05 de 2001 y sentencia de 23 de octubre de 1997 proceso No.14304 M.P. Dolly Pedraza de Arenas.

⁵ Al respecto, la accionante cita las sentencias C-168 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-808 de 1999 y T-827 de 1999.

de trabajo por cada dominical o festivo laborado, mas 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.

De igual forma, expresa que como resultado de la contundencia de los argumentos esbozados en la demanda, la entidad empezó a reconocerle a la actora de manera extraprocesal, las horas extras diurnas y nocturnas laboradas. Acerca del recargo nocturno, menciona el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 que lo establece, sin excluir a ningún funcionario ni a los que laboran por turnos; cita también el artículo 37 ibídem que habla del 75% sobre la asignación básica mensual por cada hora extra nocturna.

Con respecto a la jornada laboral de las Comisarías Permanentes, arguye que ésta excede en 4 horas la jornada máxima legal semanal de 44 horas, por lo cual tendría derecho a una mayor remuneración por este concepto.

Insiste en la primacía de las normas con fuerza de ley y de la Constitución Política sobre las normas distritales que disponen que los Comisarios Permanentes de Familia no tienen derecho a las acreencias laborales solicitadas, y por consiguiente solicita nuevamente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Por otro lado, manifiesta que se equivocó la sentencia de primera instancia al considerar que las Comisarías Permanentes de Familia desempeñan su labor en jornadas mixtas por laborar cuatro días y descansar cuatro y volver a trabajar otros cuatro de noche, pues confundió la jornada mixta con laborar por turnos. Expresa que de acuerdo con el artículo 35 del pluricitado Decreto, la jornada mixta es aquella de quien desempeña labores en forma ordinaria y permanente durante horas diurnas y nocturnas, caso en el cual, las horas nocturnas se remuneran con el 35%, o se compensan con tiempo de descanso, mientras que el sistema de turnos es regulado por normas especiales, equivocación que llevó al a quo a denegar las pretensiones del libelo.

Por último, solicita tener en cuenta el concepto de la Dirección de Gestión Humana de la Alcaldía Mayor de Bogotá, pues considera que puede ofrecer claridad acerca del tema debatido, en especial acerca de las obligaciones que atañen al empleador.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la parte demandada:

Manifiesta el apoderado de la entidad demandada que los actos acusados no vulneran las normas constitucionales ni las demás disposiciones que el actor considera transgredidas, y que la discriminación aludida parte de una equivocada apreciación en relación con las Comisarías de Familia Permanentes, ya que no puede predicarse la igualdad entre desiguales.

Cita las normas del Código del Menor que disponen la creación de las Comisarías Permanentes de Familia con funcionamiento las 24 horas del día, y afirma que de la lectura de éstas, se establece una diferenciación con las Comisarías de Familia que no son permanentes. Comparte la afirmación de que esta divergencia supone un tratamiento especial para los funcionarios y empleados que laboran en ella, razón por la que justifica que mediante los Acuerdos Nos.23 de 1990, 10 de 1995 y 54 de 2001 y el Decreto 198 de 1998 se hayan creado las Comisarías Permanentes de Familia en el Distrito, estableciendo cuatro turnos para cuatro grupos de funcionarios que descansan cuatro días a la semana y al reintegrarse a sus labores toman el turno contrario. Añade que este trato disímil se estableció para tratar situaciones diferentes, en aras de garantizar el servicio público que se presta a través de estas dependencias distritales.

Que de acuerdo con lo indicado en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, legalmente son admisibles las regulaciones que determinen trabajo por turnos y la correspondiente consecuencia en el ámbito salarial y prestacional; y que los cargos de Comisarios de Familia a pesar de ser de carrera, pertenecen al nivel ejecutivo de la administración, razón por la que no resultan aplicables los recargos por horas extras o trabajo nocturno o dominical.

Añade que si bien el empleo de Comisario de Familia no comporta un alto grado de confianza que amerite considerarlo como de libre nombramiento, no debe olvidarse que el nivel no solo proviene de esta consideración, sino que se encuentra directamente relacionado con el tipo de responsabilidades que comporta el ejercicio del cargo.

Reitera el análisis dado a la última parte del artículo 35 del Decreto en cuanto a que el tiempo de recargo o compensación es solo para el trabajo nocturno. Reafirma el cumplimiento de la jornada laboral de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 del antecitado Decreto 1042, así como lo relativo a que en las Comisarías Permanentes de Familia trabajan en jornada mixta y que el tiempo laborado en jornadas nocturnas se encuentra debidamente compensado.

No hubo pronunciamiento del demandante ni del agente del Ministerio Público en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Se centra en definir si es viable el reconocimiento y pago de recargo nocturno, dominicales y festivos, a la señora Gloria Isabel Vecino Gallego, en su calidad de Comisaria de Familia permanente en el Distrito Capital.

Para resolverlo deben revisarse las normas aplicables a los conceptos solicitados, en el sistema de turnos, el cual como se verá es el pertinente al sub lite, para definir las pretensiones.

De lo probado en el proceso:

1. Gloria Isabel vecino Gallego, es nombrada mediante la resolución No. 0163 de marzo 11 de 1999, en el cargo de Jefe Local, código 212, grado 18, de la Comisaría de Familia de Kennedy (fls. 88-90 cdno #2)
2. Luego fue nombrada en periodo de prueba en el mismo código y grado (fls. 261-264 cdno #2)
3. Por medio de resolución No. 0841 de 30 de junio de 2005, fue asignada a la Comisaría de Santafé (fl. 255 cdno #2).
4. El acto demandado 2-2004-19791, que señala la fecha de vinculación de la actora y manifiesta que los horarios laborales han sido los señalados en los

Acuerdos del Concejo y han sido de carácter rotativo (fl 9-10).

5. Acuerdos 1, 26, de 1995; 30 de 1996, 32 de 1997, 3 de 1999, 9 de 1999; que señalan entre otros aspectos los diferentes incrementos salariales de los empleos de la Administración Central del Distrito Capital y de otras dependencias (fls. 1-10).
6. Hoja de vida de la actora (fls. 11-353)

El Concejo Distrital de Bogotá con base en el Decreto Extraordinario 2737 de 1989, creó mediante Acuerdo 23 de 1990, seis comisarías de familia de carácter policivo adscritas a la Secretaría de Gobierno, con el fin de cumplir con los objetivos y finalidades previstos en el Código del Menor.

Luego mediante Acuerdo 10 de 1995, amplía el número de comisarías y les señala diferentes jornadas laborales: A. Jornada continua de 7 a.m. a 4 p.m de lunes a viernes. B. jornada permanente de lunes a domingo durante 24 horas.

Posteriormente el Acuerdo 054 de 2001, incrementa el número de comisarías y les asigna nuevas jornadas de acuerdo a las localidades.

En el año 2006, por medio del Acuerdo 229, establece nuevas oficinas, clasificándolas de conformidad a las jornadas de prestación de servicios en: Comisarías permanentes: 24 horas de lunes a domingo; Comisarías semi-permanentes: de 7 a.m. a 11 p.m., de lunes a viernes en dos turnos; Comisarías Diurnas Urbanas: de 7 a.m. a 4 p.m. de lunes a viernes y Comisarías Diurnas Rurales: de 7 a.m. a 4 p.m.

Jornada laboral

La jornada laboral íntimamente ligada al salario se entiende, como el lapso durante el cual los empleados deben desarrollar las funciones asignadas al cargo para el cual fueron nombrados que consulta la naturaleza de las funciones impuestas y las condiciones en que deben ejecutarlas. La regla general para

empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales⁶ y por excepción la ley 909 de 2004⁷, creo empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.

Ahora bien, el salario puede tener variables según la naturaleza de las funciones y las condiciones en que debe ejercerlas. Se encuentra por ejemplo el trabajo nocturno comprendido entre las 6 p.m. y las 6 a.m, que tiene una sobre remuneración del 35%, o el trabajo suplementario por dominicales y festivos, así como el ordinario o habitual y el ocasional, que tiene una regulación específica.

El Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá por medio del decreto 198 de 12 de febrero de 1998, estableció turnos para los Comisarios de Familia permanentes de Usaquén, Kennedy, Teusaquillo y Engativá, así: Comisario turno 1 y mecanógrafo turno 1, lunes a viernes de 7 a.m. a 3 p.m.; Comisario turno 2 y mecanógrafo turno 2, de Lunes a viernes de 3 p.m a 11 p.m; Comisario turno 3 y mecanógrafo turno 3, sábado y domingo de 7 a.m a 4 p.m.; Comisario turno 4 lunes a viernes de 7 a.m. a 4 p.m. etc. Posteriormente el Acuerdo No. 054 de 2001, reguló diferentes jornadas de acuerdo a las localidades y respecto de las Comisarias permanentes dispuso que trabajarían turnos de 24 horas en jornada permanente de lunes a viernes, jornada ratificada en el Acuerdo 229 de 2006. No hay un acto administrativo o al menos no se allegó al proceso, que haya modificado los turnos allí señalados.

Dentro de este marco, considera la actora que al desempeñar sus funciones en un horario nocturno el Distrito debe reconocerle el 35% como recargo, de acuerdo a los artículos 34 y 35 del decreto 1042/78.

La entidad demandada niega tal solicitud porque la Comisaría permanente de familia se maneja por turnos, lo cual está permitido en el artículo 39 del Decreto 1042/78, que permite la compensación en tiempo. Por otra parte señala, que el reconocimiento de recargos nocturno y dominical esta regulado para los funcionarios de nivel técnico y asistencial y por más que el cargo es de carrera, pertenece al nivel ejecutivo de la administración y por ende no le son aplicables estos reconocimientos.

⁶ Decreto 1042/78, art. 33

⁷ Art. 22

Agrega también que la jornada laboral de los comisarios permanentes es de 12 horas, con una hora para comidas, para un total de 44 horas semanales, una semana de día y una de noche. De ese total trabajan 4 días y descansan los siguientes 4. Afirma que la jornada es mixta y el tiempo laborado en horas nocturnas se encuentra debidamente compensado.

En este contexto veamos el **caso concreto y las normas aplicables a cada uno de los ítems solicitados.**

Los temas a analizar y que hacen parte de las pretensiones de la demanda, son el recargo nocturno, dominicales y festivos, no así de las horas extras tal y como se observa de los numerales 1.2 y 1.2.1 del libelo.

Señaló el a quo que no hay lugar al reconocimiento de recargo nocturno porque la actora trabajó en jornadas mixtas y de acuerdo al artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, corresponde a aquellos funcionarios que cumplen una jornada laboral diurna y nocturna, esto es, que sus labores se cumplen en horas del día y de la noche como los comisarios de familia; por tanto la administración podía reconocer y pagar el 35% de recargo nocturno o compensar el descanso como lo ha hecho. Esta calificación la discute el apelante, habida cuenta que el juez confundió la jornada mixta, con el sistema de turnos.

Lo primero que debe definirse es si la jornada mixta y el sistema de turnos son incompatibles y excluyentes.

La jornada mixta esta concebida en el artículo 35 del decreto ley 1042/78 así:

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 pueden derivar los siguientes presupuestos:

- La jornada se considera mixta porque se desarrolla ordinaria y permanentemente en jornadas que

incluyen horas día y horas noche; vale decir, en la misma jornada se combina trabajo diurno y nocturno.

- Las horas nocturnas trabajadas dentro de la jornada mixta, son remunerables con el recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso.

De estos postulados se deduce el alcance de la jornada mixta que sin duda difiere del sistema por turnos, como claramente se examina de la norma y de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional⁸, porque este concepto debe entenderse cumplido, cuando las labores se efectúan de manera ordinaria y permanente en horas diurnas y nocturnas combinadas, vale decir, cuando la jornada laboral se inicia de día y termina de noche y no cuando se cumple por turnos que pueden ser diurnos o nocturnos. No 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.

Ahora bien, los Comisarios Permanentes que cumplen su trabajo en jornadas mixtas, son sujetos activos de la norma cuando su jornada toca en el mismo turno horas diurnas y nocturnas, por ende, puede pagarse el 35% de recargo o compensarse con el descanso, conforme al artículo 39 del pluricitado decreto.

Por el contrario, si la labor se desarrollo en horas nocturnas, deberá reconocerse un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual (art. 34 del D L 1042/78)

En el caso planteado por la Comisaria Vecino Gallego, coinciden las partes en que trabaja por turnos diurnos y nocturnos, durante 4 días seguidos y

⁸ En la sentencia C- 1106 de 2001, señaló que el sistema de turnos es regulado por normas especiales diferente a lo que puede entenderse por jornada mixta

los siguientes 4 descansa, sin embargo, a pesar de la claridad normativa aplicable a la situación, debe señalar la Sala que no existen los elementos probatorios para elaborar una condena, habida cuenta que no allegaron los cuadros o las planillas de los días laborados, ni los horarios que le correspondieron en cada turno, carga probatoria que definitivamente corresponde a la demandada conforme a lo señalado en los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, por tanto habrá de negarse esta pretensión.

De los dominicales y festivos

La petente solicita el reconocimiento de los dominicales y festivos porque la labor de los comisarios permanentes no puede estar remunerada en las mismas condiciones de los que trabajan en el horario diurno, en razón a que tienen unas condiciones laborales que implican un mayor desgaste. Adicional a ello, porque este derecho debe reconocerse a todos los servidores públicos excepto a los del nivel directivo y de confianza, al cual no pertenecen los comisarios de familia.

El argumento del a quo para negar la pretensión estuvo soportado en que para el reconocimiento de las horas extras, dominicales y festivos las normas que las contemplan exigen: autorización del jefe del respectivo organismo, disponibilidad presupuestal, resolución motivada y pertenecer al nivel técnico hasta el grado 9 o asistencia hasta el 19, situación que no se ajusta al cargo de Jefe Local Código 212 grado 18, nivel ejecutivo, que ostenta la actora.

Previo al análisis de la norma, considera la Sala necesario hacer una precisión respecto a la naturaleza del cargo al cual pertenece el Comisario Permanente.

Inicialmente los Comisarios de Familia fueron creados como funcionarios de libre nombramiento y remoción⁹, carácter que fue demandado y declarado inexecutable por el Tribunal Supremo Constitucional.

Como sustento del fallo señaló que entre los alcaldes municipales y los comisarios de familia no se presenta un grado superlativo de confianza objetiva y subjetiva que justifique esa clasificación, además que las funciones no entrañan

⁹ Artículo 297 del Decreto Ley 2737 de 1989. Sentencia C-406 de 1997

ningún riesgo social particularmente gravoso o alguna otra consecuencia que determine que entre el nominador y el servidor público deba existir un grado preeminente de confianza, es decir que no permite calificarlas como de dirección y de gobierno.

Concordante con la declaratoria de inexequibilidad¹⁰ y para concluir el enunciado debe señalarse que los comisarios de familia son funcionarios de carrera administrativa según lo dispone la Ley 443 de 1998, que los clasificó en ese estatus (Art. 5º, parágrafo 2º) y, el Decreto 1569 de 1988 reglamentario de la citada ley, que los ubicó en el nivel profesional (art. 4) -y no en el ejecutivo como lo señaló la primera instancia colegiada-, en el cual se agrupan aquellos empleos a los cuales corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley¹¹.

Puntualizado lo anterior, pasa la Sala a señalar las razones por las que procede el reconocimiento de los dominicales y festivos a los comisarios permanentes.

El decreto 1042/78 en su artículo 39 señala:

“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”.

Conforme a la disposición trascrita, 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, que corresponde al doble

¹⁰ Sentencia C-406 de 1997

¹¹ Sentencia 483 de 2003

del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, 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.

No duda la Sala que tal preceptiva es la aplicable a los Comisarios Permanentes, **por la naturaleza del trabajo** que deben desempeñar habitual y permanentemente, tal y como se evidencia del Decreto 2737 de 1989, que dispuso que el funcionamiento de tales oficinas de naturaleza administrativa y con funciones policivas, debía ser de 24 horas al día, para colaborar con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las demás autoridades competentes en la función de proteger a los menores que se hallen en situación irregular y en los casos de conflictos familiares¹²; a diferencia de lo dispuesto en el artículo 40 del decreto 1042/78, que aplicó el a quo y que dispone que “**Por razones especiales** de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales y festivos”.

No podría ser otra la decisión que marque la diferencia salarial entre un comisario que cumple su horario normal y un comisario permanente, porque se insiste, su jornada obedece a la naturaleza del trabajo y no a una razón especial u ocasional, sin embargo vuelve a presentarse el obstáculo probatorio para reconocer el derecho, porque no se demostró su causación legal, es decir, no se allegaron las pruebas que indiquen los turnos cumplidos y clarifiquen las fechas y horas en que la comisaria Gloria Isabel Vecino, prestó el servicio.

En este orden de ideas, se confirmará la decisión de primera instancia pero por las razones precedentemente señaladas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

¹² Artículos 295 y 296

CONFÍRMASE la sentencia de 15 de mayo de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso iniciado por la señora Gloria Isabel Vecino Gallego, contra Bogotá D.C. Secretaría de Gobierno-Departamento Administrativo de Bienestar Social que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

RECONÓCESE al abogado **RICARDO RUBIO ANGULO** como apoderado de la parte demandada en los términos y para los fines del poder obrante a folio 187 del cuaderno principal.

PUBLÍQUESE, COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.-

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO