



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No. 22

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2015-00594-00

Demandante: Javier Darío Cárdenas González

Demandado: Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia - UAEMC

Tema: Recargo Nocturno, Trabajo en Dominicales y Feriados

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones de la demanda

Declarar la nulidad del oficio No. 20156110123471 del 24 de marzo de 2015, expedido por Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia – UAEMC en donde se negó la solicitud de reconocimiento y pago de recargos nocturnos, ordinarios, dominicales y festivos y, compensatorios desde el 1º de enero de 2012 al 31 de agosto de 2013

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho ordenar:

- i) el reconocimiento, liquidación y pago de los valores correspondientes a recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos laborados conforme con el artículo 34, 36, 37 y 39 del decreto 1042 de 1978 desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2013
- ii) el reconocimiento, liquidación y pago de un día de salario por cada dominical y festivo laborado desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2013, así como el reconocimiento en dinero del día de descanso compensatorio.
- iii) conminar a la unidad para que regule internamente el reconocimiento y pago de los recargos nocturnos, ordinarios, dominicales y festivos y, el reconocimiento de los salarios por cada dominical y festivo trabajado conforme con el decreto 1042 de 1978
- iii) el ajuste de la condena conforme con el Índice de Precios al Consumidor de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA. Pago de los intereses comerciales y moratorios a que haya lugar según lo establecido en el artículo 192 del CPACA.

Hechos.

- .- El demandante laboró en la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia – UAEMC con funciones de control migratorio y de registros de migración desde el 1º de enero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2013 por el sistema de turnos en jornada nocturna, los dominicales y los festivos.
- .- No se le ha reconocido los recargos nocturnos, dominicales y festivos trabajados, ni los días de descanso compensatorios en los términos del decreto 1042 de 1978
- .- El 24 de marzo solicitó lo pretendido en la demanda, la cual fue negada a través del oficio demandado

Tesis del demandante:

En los términos de los artículos 34 y 39 del decreto 1042 de 1978 los trabajadores que laboren por el

sistema de turnos que ordinariamente trabajan en jornada nocturna tienen derecho a recibir un recargo nocturno del 35% sobre el valor de la asignación mensual; así mismo, tienen derecho al reconocimiento 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, cuando deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos. Arguye que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos no necesita autorización y, de otra parte, los descansos remuneratorios no otorgados deben pagarse en dinero, en los términos del decreto 2716 de 2014.

Soporta su demanda en jurisprudencia del Consejo de Estado, dado que el legislador dejó abierta la posibilidad de regulación especial para los trabajadores por el sistema de turnos que se lee en los artículos 35 y 39, la cual debe interpretarse en concordancia con el artículo 53 de la carta y los principio pro-homine, para entender que la regulación que contienen los artículos mencionados, es aplicable con el cumplimiento de los requisitos que tal individualidad supone, a los funcionarios que cumplen las jornadas por turnos.

Tesis de la demandada:

Señala que con la entrada en vigencia de la resolución 1411 del 26 de agosto de 2013, el demandante se regía por un régimen especial que establecía una jornada especial, que solo permitía la compensación de labores en horario nocturno, dominicales y festivos a través de días de descanso, por ello Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia ha otorgado días compensatorios de 24 y 48 horas cuando el empleado labora jornadas de 12 horas diurnas o nocturnas respectivamente, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de dichos pagos de dinero, por cuanto se estaría efectuando un doble pago.

Señala que las personas que trabajan en el sistema de turnos, no trabajan horas extras a menos que excedan la jornada ordinaria y, de otra parte, las labores realizadas los domingos y festivos no tienen el carácter de extra o suplementario, correspondiendo a un trabajo ordinario con días compensatorios de 24 y 48 horas cuando han trabajado 12 horas diurnas o nocturnas, por lo que no es procedente pagos adicionales.

Identificación del acto enjuiciado:

Se demanda la nulidad del Oficio con radicado No. 20156110123471 del 24 de marzo de 2015 "ref: respuesta a petición radicada con no.20157030510832 javier darío cárdenas gonzález, cc no 79.169.328" (fl.6).

Problema jurídico:

En esta oportunidad, corresponde al Despacho establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos y el reconocimiento, liquidación y pago de los días compensatorios por cada dominical y festivo laborado desde el 1 de enero de 2012 al 31 de agosto de 2013 conforme con el decreto 1042 de 1978

Solución al problema jurídico:

De acuerdo con el artículo 28 del decreto 4062 de 2011, el régimen laboral de los empleados de Migración Colombia entidad del orden nacional adscrita al Ministerio de relaciones exteriores es el establecido para los servidores de la Rama Ejecutiva del orden nacional, esto es el decreto 1042 de 1978

Por lo anterior se ordenara el reconocimiento y pago del recargo nocturno, dominicales y festivos, mas no el pago de los descansos compensatorios por trabajar los dominicales y festivos, dado que la entidad compeso en tiempo de descanso el servicio prestado para dichos días

Análisis del despacho- Régimen de la Jornada Laboral de los Empleados de Migración Colombia

De acuerdo con el artículo 28 del decreto 4062 de 2011, el régimen de la jornada laboral de los empleados de Migración Colombia entidad del orden nacional adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores se

encuentra establecido en el el decreto 1042 de 1978.

Sobre el horario y duración en labor de los empleados públicos, dispone:

Artículo 33°.- De la jornada de trabajo. *La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas. (Modificado por el Decreto-Ley 85 de 1986).*

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.

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

Sin perjuicio de los que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.

No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

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

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

(Subrayas Propias)

De acuerdo con el artículo 33, la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, no obstante, la mencionada disposición prevé la existencia de una jornada especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de (66 horas) semanales, para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

Sobre el trabajo ordinario en dominicales y festivos dicha disposición señala:

ARTÍCULO 39. Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos. *Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual o permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.*

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrado en la asignación mensual.

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

El trabajo habitual o permanente en dominicales o festivos que establece la norma es aquel que por su naturaleza conlleva a que necesariamente debe laborarse en dominicales y festivos, aunque no lo cumplan siempre los mismos empleados; quiere esto decir que pueden laborar, por ejemplo, dos domingos de cada mes, pero si es de manera habitual durante todos los meses, dicho trabajo no se considera ocasional, sino que tiene la connotación de permanente o habitual.

A continuación se explicarán los pagos que deben realizarse cuando se excede la jornada ordinaria de trabajo de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978 (44 horas semanales):

Pagos por trabajo complementario de acuerdo al Decreto 1042 de 1978			
Decreto 1042 de 1978	Jornada laboral	Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales)	Excepción y límites.
Artículo 34	Ordinaria nocturna. El horario que comprende es de 6 p.m. a 6 a.m.	35%	Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos
Artículo 35	Jornada mixta. Se cumple por el sistema de turnos. Incluye horas diurnas y nocturnas. Por estas últimas se paga el recargo (nocturno, pero podrán	35% o descanso compensatorio	Sin perjuicio de lo dispuesto para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos.
Artículo 36	Horas extra diurnas. Trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria. Debe ser autorizada por el jefe inmediato.	25% o descanso compensatorio.	No puede exceder de 50 horas mensuales. Si sobrepasa este límite se reconoce descanso compensatorio (un día de trabajo por cada 8 horas extras trabajadas). Conforme el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989, tienen derecho a este los empleados del nivel Operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 098 del nivel técnico.
Artículo 37	Horas extra nocturnas. Trabajo desarrollado por personal diurno (6 p.m. a 6	75% de la asignación mensual.	Igual que en el cuadro anterior referente al artículo 36.
Artículo 39	Trabajo ordinario domingos y festivos. Cuando se labora de forma habitual y	La remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.	

Cuando el empleado público labore tiempo adicional a la jornada ordinaria de trabajo establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, tiene derecho a que se le reconozca el pago de los recargos o los días compensatorios conforme se estableció en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 de dicha disposición, según se especificó en el cuadro anterior.¹

Jornada Laboral – Jurisprudencia

En cuanto a la procedencia del reconocimiento y pago de recargos nocturnos, dominicales y feriados el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló en reciente providencia con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, que:

“El artículo 35 del Decreto 1042 citado, regula que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo laborado durante éstas últimas se remunerará con recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso.

(...)

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

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del primero de febrero de dos mil dieciocho (2018), SE.009, Rad. No.: 250002325000201200004 01 (4150-2015), Actor: Isidro Herrera Castro, Demandado: Distrito Capital de Bogotá- Secretaría de Gobierno-, Unidad Administrativa Especial – Cuerpo Oficial de Bomberos-.

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. (...). Torna improcedente el reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, pues en criterio de la Sala, los mismos fueron disfrutados por el actor dada la jornada especial que desempeñó al laborar 24 horas diarias y descansar 24; proceder al reconocimiento de los compensatorios solicitados implicaría otorgar unos descansos adicionales que exceden los autorizados por la ley."²

En un pronunciamiento anterior, se permitió el Consejo de Estado señalar sobre los parámetros aplicables para el reconocimiento, liquidación y pago del trabajo suplementario en días de descanso obligatorio por fuera de la jornada ordinaria, así:

"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. Con base en la fórmula, sobre la jornada legal que es de 44 horas semanales el pago debió ser sobre la base de \$2.693,56 la hora X 33 horas laboradas = \$88.887,48, por el doble = \$177.774.96, más el día ordinario que no descansó (\$19.663), operación que arroja un valor de \$197.437, que debió pagarse al actor. Se aclara que no se agrega a la sumatoria efectuada un día de salario ordinario como compensatorio no descansado porque, según se indicó en líneas anteriores, este se entiende contenido en el salario."³

CASO CONCRETO

En el oficio visible a folio 82 el expediente el señor Javier Dario Cárdenas González laboró desde el 1º de enero de 2012 hasta el 3 de agosto de 2013 en jornada nocturna, dominical y festiva por el sistema de turnos de 12 horas nocturnas por 48 de descanso.

Según el reporte de pagos de los años 2012 y 2013 (fls.84-85) se evidencia que durante este periodo no se le canceló ningún valor por concepto de "Recargo Dominical, Recargo Festivo, Recargo Nocturno" pese a que según se observa a folios 86 a 89 del expediente el demandante Javier Dario Cárdenas González laboró habitualmente en turnos nocturnos, dominicales y festivos entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013, así:

AÑO	MES	NOCTURNOS	DOMINGOS	FESTIVOS
2012	Enero	1, 2, 5, 6, 9, 10, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 25, 26, 29, 30	1, 15, 22, 29	11
	Febrero	2, 3, 6, 7, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 26, 27	12, 19, 26	N/A
	Marzo	1, 2, 5, 6, 9, 10, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 25, 26, 29, 30	11, 18, 25	19
	Abril	2, 3, 6, 7, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 26, 27	8, 15, 22	6
	Mayo	4, 5, 8, 9, 12, 13, 16, 17, 20, 21, 24	6, 13, 20	21
	Junio	1, 2, 5, 6, 9, 10, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 25, 26, 29, 30	3, 10, 17	11, 18
	Julio	3, 4, 7, 8, 11, 12, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 26, 28, 29	8, 15, 29	20
	Agosto	1, 4, 5, 8, 9, 12, 13, 16, 17, 20, 21, 24, 26, 28, 29	5, 12, 26	20
	Septiembre	1, 2, 5, 6, 9, 10, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 25, 26, 29, 30	2, 9, 23, 30	N/A
	Octubre	3, 4, 7, 8, 11, 12, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 27, 28, 31	7, 21	15

² Ibidem.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil once (2011), Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-01841-01(0846-08), Actor: Eudoro Botero Bayer, Demandado: Hospital General De Medellín.

	Noviembre	1, 4, 5, 8, 9, 26, 27, 30	4	5
	Diciembre	1, 4, 5, 8, 9, 12, 13, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 28, 29	2, 9, 16, 30	8, 25
2013	Enero	N/A	N/A	N/A
	Febrero	1, 2, 5, 6, 9, 10, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 25, 26	3, 10, 17	N/A
	Marzo	1, 2, 5, 6, 9, 10, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 25, 26, 29, 30	3, 10, 17, 31	25, 29
	Abril	2, 3, 6, 7, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 26, 27, 30	7, 14, 28	N/A
	Mayo	1, 4, 5, 8, 9, 12, 13, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 28, 29	5, 12, 26	1, 13
	Junio	1, 2, 5, 6, 9, 10, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 25, 26, 29, 30	2, 9, 23, 30	1, 3, 10
	Julio	3, 4, 11, 12, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 27, 28, 31	21, 28	20
	Agosto	1, 4, 5, 8, 9, 12, 13, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 28, 29	4, 18, 25	N/A

De acuerdo a la certificación visible a folio 88 recibió los siguientes descansos compensatorios:

AÑO	MES	DÍAS DESCANSADOS DEL MES
2012	Enero	3, 4, 7, 8, 11, 12, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 27, 28, 31
	Febrero	1, 4, 5, 8, 9, 12, 13, 16, 17, 20, 21, 24, 25
	Marzo	3, 4, 7, 8, 11, 12, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 27, 28
	Abril	1, 4, 5, 8, 9, 12, 13, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 28, 29
	Mayo	1, 2, 3, 6, 7, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 22, 23
	Junio	3, 4, 7, 8, 11, 12, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 27, 28
	Julio	1, 2, 5, 6, 9, 10, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 25, 27, 29, 30
	Agosto	2, 3, 6, 7, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 25, 27, 30, 31
	Septiembre	3, 4, 7, 8, 11, 12, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 27, 28
	Octubre	1, 2, 5, 6, 9, 10, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 25, 26, 29, 30
	Noviembre	2, 3, 6, 7, 28, 29
	Diciembre	2, 3, 6, 7, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 26, 27, 30, 31
2013	Enero	N/A
	Febrero	3, 4, 7, 8, 11, 12, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 27, 28
	Marzo	3, 4, 7, 8, 11, 12, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 27, 28, 31
	Abril	1, 4, 5, 8, 9, 12, 13, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 28, 29
	Mayo	2, 3, 6, 7, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 26, 27, 30, 31
	Junio	3, 4, 7, 8, 11, 12, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 27, 28
	Julio	1, 2, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 25, 26, 29, 30
	Agosto	2, 3, 6, 7, 10, 11, 14, 15, 18, 19, 22, 23, 26, 27, 30, 31

Así las cosas y conforme al decreto 1042 de 1978 el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los recargos nocturnos, dominicales y festivos que no se le cancelaron en el periodo que reclama, más no tiene derecho al reconocimiento de descansos compensatorios por los días laborados puesto que ellos ya los ha disfrutado en virtud del sistema de turnos en el que presta sus servicios.

Frente a la jornada nocturna el demandante tiene derecho a un recargo del 35% y frente al trabajo dominical y festivo tiene derecho a un recargo del 100%. en los términos de los artículos 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978.

Para el caso, la demandada es clara en afirmar que únicamente concedió el descanso pero que no pago suma alguna, de esta manera, la entidad incumple lo ordenado por la norma pues los empleados públicos que deben 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", en este caso no es opcional pago o descanso, es adicional, incluye los dos aspectos, por lo cual, con relación a esta pretensión, se accederá a lo solicitado.

En efecto, el H. Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, en sentencia proferida el 12 de febrero de 2015⁴, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, consideró lo siguiente frente al reconocimiento de días compensatorios por laborar en días dominicales y festivos para el caso de funcionarios que prestan sus servicios por un sistema de turnos:

*“La Sala revocará la anterior decisión y en su lugar negará el reconocimiento del descanso compensatorio por trabajo habitual en dominicales y festivos, justamente porque **en consideración a la jornada desarrollada por el actor, por cada turno de 24 horas laboradas gozaba de un descanso de 24 horas lo cual equivale a un día de descanso compensatorio, con lo cual se satisface el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que consagra el derecho a disfrutar un día de descanso compensatorio (cuya duración mínima debe ser de 24 horas) por trabajo habitual en domingos y festivos, es decir, en cuanto al descanso compensatorio, concluye la Sala que éste s[í] fue consagrado en el sistema de turnos.***

(...)

“Advierte la Sala que el descanso compensatorio surge del trabajo realizado en días que no son hábiles y como quedó demostrado en el plenario que los actores laboraban 24 horas pero descansaba otras 24, no hay lugar a reconocimiento del descanso remuneratorio”. (Subraya la Sala).

Así pues, en criterio de la Sala, las 24 horas de descanso por cada turno de 24 horas laboradas, otorgadas por la administración al actor, garantizaban plenamente su derecho fundamental al descanso, el cual sin lugar a dudas, resultaba necesario para permitirle “recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona”⁵.

La anterior situación, torna improcedente el reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, pues en criterio de la Sala, los mismos fueron disfrutados por el actor dada la jornada especial que desempeñó al laborar 24 horas diarias y descansar 24; proceder al reconocimiento de los compensatorios solicitados implicaría otorgar unos descansos adicionales que exceden los autorizados por la ley, razón por la cual, la sentencia, en cuanto reconoció el descanso compensatorio amerita ser revocada” (Negrilla fuera de texto).

Esta postura ha sido concretada por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado Sección Segunda al señalar:

«[...] La anterior situación, torna improcedente el reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos, pues en criterio de la Sala, los mismos fueron disfrutados por el actor dada la jornada especial que desempeñó al laborar 24 horas diarias y descansar 24; proceder al reconocimiento de los compensatorios solicitados implicaría otorgar unos descansos adicionales que exceden los autorizados por la ley, razón por la cual, la sentencia, en cuanto reconoció el descanso compensatorio amerita ser revocada [...]».⁶

Con lo que se observa la garantía plena del derecho fundamental al descanso del demandante Javier Darío Cárdenas González en el ejercicio de su cargo de Oficial de Migración, el cual sin lugar a dudas, resultaba necesario para permitirle “recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona”, como lo expresa la H. Corte Constitucional en Sentencia C-710 de 1996 con ponencia del H. Dr. JORGE ARANGO MEJÍA⁷.

De otro lado, si bien se observa que en los Decretos 853 de 2012 y 1029 de 2013 se establece una restricción para el reconocimiento del recargo por trabajo en dominicales y festivos, previendo que solo tienen derecho al mismo los empleados pertenecientes al “(...) **Nivel Técnico hasta el grado 09** o al **Nivel Asistencial hasta el grado 19**”, para el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca “...es claro que tal

⁴ No. de radicado 2010-00725.

⁵ Sentencia C-710 de 1996. Corte Constitucional (Referencia del fallo en cita).

⁶ Ver sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.C. 12 de febrero de 2015. Expediente: 25000-23-25-000-2010-00725-01. Referencia 1046-2013. Actor: Omar Bedoya. Demandado: Distrito de Bogotá (Secretaría de Gobierno- Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.) Ver también: Sentencia de 2 de abril de 2009. Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación: 66001-23-31-000-2003-00039-01(9258-05). Actor: José Dadner Rangel Hoyos y Otros. Demandado: Municipio de Pereira.

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-710 de nueve (9) días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996), Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJÍA, Referencia: Expediente D-1292

*restricción solo opera en relación con el trabajo en dominicales y festivos de forma ocasional, pero no con el habitual u ordinario como en el presente caso*⁸.

Prescripción: En el presente proceso ha operado el fenómeno de la prescripción, en tanto, el reconocimiento del trabajo en dominicales y festivos se solicitó mediante petición elevada ante la entidad el 26 de febrero de 2015 (folio 3), reclamando respecto del lapso comprendido entre el 1° de enero de 2012 al 31 de agosto de 2013, y al contabilizar los tres (3) años atrás atendiendo el término de prescripción de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102, nos daría como fecha 26 de febrero de 2012, razón por la cual se encontraría **probada la prescripción** de derechos por el periodo comprendido entre el **1° de enero al 26 de febrero de 2012**.

Restablecimiento del derecho.-

Consecuente con el reconocimiento de los recargos nocturnos, dominicales y festivos, por el periodo entre el 27 de febrero de 2012 y 31 de agosto de 2013, el demandante tiene derecho a la reliquidación de sus cesantías puesto que las demás prestaciones sociales como prima de servicios, bonificación por servicios, vacaciones y prima de vacaciones, prima de navidad no hay lugar a disponer su reliquidación debido a que tales recargos no constituyen factor salarial para su liquidación, en los términos de los artículos 46 y 59 del decreto 1042 de 1978 y, los artículos 17, 33 y 45 del decreto 1045 de 1978.

La suma que resulte, será objeto de los ajustes de valor, conforme a lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., aplicando la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \times \text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de la reliquidación de asignación por actividad, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

COSTAS: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas...”*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la*

⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”, Magistrada Ponente: Dra. Beatriz Helena Escobar Rojas, sentencia del veintinueve (29) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, radicación N°: 11001-33-35-011-2015-00430-01, demandante: Jeyson Orlando Rodríguez Forero, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia.

⁹ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. (Subrayas propias)

Ahora bien, el Consejo de Estado¹⁰ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación: *“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>”¹¹*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas en esta instancia procesal.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL del Oficio con radicado No.20156110123471 de fecha 24 de marzo de 2015, expedido por Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, conforme con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción de derechos por el periodo comprendido entre el **1º de enero al 26 de febrero de 2012**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este fallo

TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la **Unidad Administrativa Especial Migración Colombia** a reconocer y pagar a favor del señor **Javier Darío Cárdenas González** identificado con la cédula de ciudadanía número 79.169.328, el valor correspondiente a los recargos nocturnos del 35%, dominicales y festivos del 100% conformidad con los artículos 37 y 39 del Decreto 1042 de 1978, para el lapso comprendido entre **27 de febrero de 2012 al 31 de agosto de 2013** y, la reliquidación de sus cesantías de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este fallo.

La suma que resulte, será objeto de los ajustes de valor, conforme a lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., aplicando la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \times \text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de

¹⁰ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, Radicación No. (20486) Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección De Impuestos Y Aduanas Nacionales DIAN.

¹¹ Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA y otros.

percibir por el demandante por concepto de la reliquidación de asignación por actividad, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el Índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

CUARTO.- Los intereses. A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA, a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

QUINTO.- ORDENAR el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A. el acto será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

OCTAVO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, **EXPÍDASE** copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P y archívese el expediente previo registro en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

NB-MAC