



JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio de Despachos Judiciales CAN, Piso 4°

Juez, CATALINA DÍAZ VARGAS

Bogotá, D.C., 10 de octubre de 2017

"Sentencia N° 101 de 2017"

(Artículo 183 Ley 1437)

Expediente: 11001-33-35-016-2015-00873-00
 Demandante: ALID ARCINIEGAS CARVAJAL
 Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN
 COLOMBIA

Tema: Recargos laborales

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral

ASUNTO

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

1.- PRETENSIONES DE LA DEMANDA

ALID ARCINIEGAS CARVAJAL, quien se desempeña como servidor público de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, solicita a esta Jurisdicción que anule el Oficio N° 20156110217841 del 22 de mayo de 2015, mediante el cual la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA le negó el reconocimiento, liquidación y pago de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos, así como el reconocimiento, liquidación y pago de los días compensatorios por cada dominical y festivo laborados por el accionante desde 1° de enero de 2012 al 31 de agosto de 2013.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA a que le reconozca, liquide y pague en forma indexada las sumas correspondientes a recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos y los días compensatorios por cada dominical y festivo laborados en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2012 al 31 de agosto de 2013, conforme a los artículos 34, 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978; que se condene a la entidad demandada al reconocimiento de los intereses comerciales y moratorios sobre las sumas adeudadas, conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A. (fls. 16-17).

2.- HECHOS DE LA DEMANDA

Se plantean en la demanda, en síntesis, los siguientes hechos:

El accionante labora al servicio de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, con funciones de control migratorio y de registro de identificación de nacionales y extranjeros desde el 1º de enero de 2012.

Desde el 1º de enero de 2012 al 31 de agosto de 2013, el demandante laboró bajo el sistema de turnos de manera habitual y permanente en jornadas nocturnas y dominicales y festivos, sin que la entidad haya reconocido los respectivos recargos y el correspondiente descanso compensatorio, conforme a los artículos 34, 36, 37 y 39 del Decreto 1042 de 1978.

Mediante petición del 10 de noviembre de 2014 el actor solicitó a la entidad el reconocimiento y pago de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos laborados y sus correspondientes descansos compensatorios, solicitud que a su vez fue aclarada mediante escrito del 11 de noviembre del mismo año, sin embargo, a través de actos administrativos del 6 y 22 de mayo de 2015, la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de las sumas reclamadas

3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como violadas las siguientes normas, de rango constitucional los artículos 2, 5, 6, 13 y 25 y de orden legal los artículos 34, 36, 37 y 39 del Decreto 1042 de 1978. Además, cita sentencias del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, (fls. 19-23).

Sostiene el apoderado del demandante que el acto administrativo demandado es violatorio de las garantías constitucionales relacionadas con el derecho al trabajo, consagradas en los artículos 25 y 58 Superiores, al desconocer los derechos adquiridos del accionante.

Estima que el desconocimiento a los derechos fundamentales radica en el hecho de que se encuentra acreditado que el accionante prestó sus servicios en la entidad de manera habitual y permanente en jornada nocturna, así como en dominicales y festivos, sin embargo, la entidad no reconoce los respectivos recargos.

Indica que la entidad desconoce que el Decreto 1042 de 1978 reconoce el pago de los recargos antes referidos aun en el evento en que laboren bajo el sistema de turnos, conforme a los artículos 34, 36 y 37. En consecuencia los recargos laborados deben ser computados en el salario del accionante.

4.- OPOSICIÓN A LA DEMANDA POR LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA

La entidad contestó la demanda mediante memorial que obra a folios 54-59 del expediente, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda. Hace un recuento normativo sobre el régimen de la regulación de la jornada de trabajo para los empleados de la Rama Ejecutiva del poder público, contenido en el Decreto 1042 de 1978.

Indica que para el periodo objeto de reclamación, esto es, 1 de enero de 2012 al 31 de agosto de 2013, las normas aplicables en materia prestacional para la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia eran los Decretos 0853 de 2012 y 1029 de 2013, donde estipula que aquellos funcionarios que ejercen labores de control migratorio, como la demandante, se le debe aplicar en su régimen salarial, los citados decretos, dada la naturaleza habitual y permanente del servicio que prestan.

Arguye que al estar regulados de manera expresa en los Decretos 0853 de 2012 y 1029 de 2013, los recargos dominicales y festivos deben sujetarse a esta norma, las cuales disponen que estos únicamente proceden para el trabajo ocasional y para aquellos funcionarios que pertenezcan al nivel técnico hasta el grado 9 y en el asistencial hasta el grado 19.

En tal virtud agrega que quienes ejerzan funciones permanentes o habituales, como es el caso del demandante no tendrán derecho al reconocimiento de recargos en el trabajo dominical y festivo, a menos que las horas laboradas excedan la jornada ordinaria de trabajo.

De igual manera, respecto al reconocimiento y pago de horas extras refiere que debe sujetarse a lo dispuesto en los Decretos ya citados, y explica que además el pago de horas extras procede para funcionarios que superan las 190 horas laboradas al mes.

Que bajo la modalidad de turnos no hay lugar al descanso remunerado porque ya los empleados lo han disfrutado en tiempo, conforme lo ha explicado la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así, en dicho sistema, sostiene, se laboran 24 horas y se descansan 24 horas, por lo cual no hay lugar al reconocimiento del descanso remuneratorio y por el contrario, el trabajo en dominicales y festivos se compensa con los días de descanso propios del sistema de turnos.

Finalmente, sostiene que la entidad mediante la Resolución N° 1411 del 26 de agosto de 2013, adoptó las normas del Decreto 1042 de 1978 y así lo viene reconociendo la entidad a los empleados que acrediten los requisitos (que excedan las 44 horas de trabajo semanal).

5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS DE MANERA ORAL EN LA AUDIENCIA DE INCORPORACIÓN DE PRUEBAS

En los alegatos de conclusión presentados en la audiencia inicial por la parte demandante, fueron reiterados los argumentos expuestos en la demanda.

Por su parte, la entidad demandada en la audiencia inicial y por escrito (fls. 107-111), también reiteró los argumentos y razones que expuso en la contestación de la demanda, e insistió que se nieguen las pretensiones de la misma.

6. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

6.1. Hechos probados: En el expediente se halla probado lo siguiente:

6.1.1. Mediante Resolución N° 0024 del 21 de diciembre de 2011, el actor fue incorporado como servidor público a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, en razón a

que el señor Alid Arciniegas Carvajal provenía del extinto DAS,¹ a partir del 1º de enero de 2012. Además en la certificación del 17 de marzo de 2016, expedida por el Subdirector de Talento Humano de la U.A.E. Migración Colombia, se logra verificar que el accionante ingresó a la entidad el 1º de enero de 2012 y desde esa fecha desempeña el cargo de Oficial de Migración 3010-13 asignado al Puesto de Control Migratorio Aéreo – Dirección Regional Aeropuerto El Dorado en la ciudad de Bogotá (fl. 44). A folios 42-43 del expediente reposa fotocopia informal.

6.1.2. El 10 de noviembre de 2014, el accionante, a través de su apoderado judicial, radicó una petición en la entidad solicitando el reconocimiento, liquidación y pago de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos y la reliquidación de los factores salariales y demás prestaciones sociales, conforme al artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 (fls. 2-3).

6.1.3. La anterior petición fue resuelta en forma negativa por la entidad a través del Oficio N° 20146112406371 del 11 de noviembre de 2014, en la cual argumentó en síntesis que: *“... no es posible atender de manera satisfactoria la petición, teniendo en cuenta que no se precisan los periodos a que se refieren los conceptos objeto de reclamación, y ante tal circunstancia , resulta imposible ... ordenar el reconocimiento y liquidación de valor alguno, cuando no existen elementos que permitan determinar, tanto la cuantía como el periodo de causación, así como tampoco inferir que conceptos se adeudan...”* (fotocopia informal de la respuesta reposa a folio 4 del expediente).

6.1.4. El 6 de mayo de 2015, el accionante, a través de su apoderado judicial, radicó una nueva petición en la entidad, a través de la cual a manera de aclaración y complementación de la petición realizada el 10 de noviembre de 2014, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos y la reliquidación de los factores salariales y demás prestaciones sociales, por el período comprendido entre el 1º de enero de 2012 al 31 de agosto de 2013, conforme a los decretos 1042 y 1045 de 1978 y 3165 de 1968 (fls. 5-6).

6.1.5. La anterior petición fue resuelta en forma negativa por la entidad a través del Oficio N° 20156110217841 del 22 de mayo de 2015 –acto acusado- en la cual argumentó, en síntesis, que: *“... en su momento no se contaba con el soporte legal que así lo determinara, ni con la disponibilidad presupuestal autorizada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. //(...) En ese orden de ideas, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (...) solicitó la apropiación presupuestal y procedió a expedir la Resolución No. 1411 del 26 de agosto de 2013, mediante el cual fijó los lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos, aplicables a quienes laboran por el sistema de turnos (...) teniendo en cuenta el principio de irretroactividad de la ley (...) con el fin de generar seguridad jurídica sobre las situaciones consolidadas con anterioridad a su expedición se entiende que dicha norma (Resolución 1411 de 2013), rige hacia futuro, razón por la cual, no existiendo autorización ni presupuesto asignado por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para atender dichos gastos o compromisos para época, resulta inviable e improcedente reconocer, liquidar y consecuentemente pagar, valor alguno por los conceptos reclamados (...)”* (Copia informal de la respuesta reposa a folios 7-8 del expediente).

6.1.6. A folio 133 del expediente administrativo del accionante contenido en CD visible a folio 65 del expediente, reposa copia de la Resolución No. 001 del 4 de enero de 2013 expedida por el Subdirector de Talento Humano de la U.A.E. Migración Colombia mediante la cual le fueron concedidas las vacaciones al accionante por el periodo del 1º al 28 de febrero de 2013, inclusive.

¹ Departamento Administrativo de Seguridad.

6.1.7. Informe suscrito por el Subdirector de Talento Humano de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia en el que indica que el accionante conocía que laboraba al servicio de la entidad bajo la modalidad de turnos, así como el cuadro de los días compensatorios por los turnos de 12 horas a los que se encontraban sometidos. En el mismo informe indicó que mediante comunicado del 20 de febrero de 2012, la entidad le informó a todos sus servidores la implementación del sistema de turnos para los diferentes puestos de control migratorio a nivel nacional. Finalmente, expuso que en el periodo comprendido entre enero de 2012 y agosto de 2013, la entidad compensó los días de trabajo dominical y festivos en la forma establecida en las normas legales y la jurisprudencia que al respecto ha desarrollado el Consejo de Estado, esto es, a través de días compensatorios y no mediante el pago de los mismos, so pena de incurrir en un doble pago, dado el régimen especial de labores al cual se encontraba sometido el actor (original reposa a folios 88-89 del expediente).

6.1.8. Constancia expedida el 7 de junio de 2017 por el Director Regional del Aeropuerto El Dorado que indica las horas nocturnas, dominicales y festivos laborados por el demandante en la entidad accionada entre enero de 2012 y diciembre de 2013 (fotocopia informal obra a folio 90 del expediente).

6.1.9. Certificación expedida el 7 de junio de 2017 por el Director Regional del Aeropuerto El Dorado que contiene los días de descanso compensatorios que tuvo el accionante entre enero de 2012 y diciembre de 2013, por haber laborado mediante el sistema de turnos (fotocopia informal figura a folio 91 del plenario).

6.1.10. Certificación laboral expedida por el Subdirector de Talento Humano de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia en la que establece que Alid Arciniegas Carvajal labora al servicio de la entidad demandada desde el 1º de enero de 2012 en el cargo de Oficial de Migración, Código 3010, Grado 13, asignado a la Regional Aeropuerto El Dorado. De igual forma, se indican los emolumentos percibidos por la parte demandante, conforme a los Decretos 1932 y 1933 de 1989, 4064 de 2011 y 1045 de 1978, (fotocopia simple visible a folio 92 del expediente).

6.1.11. Nominas correspondientes a los años 2012 a 2014 que indican la asignación básica mensual y demás emolumentos prestacionales devengados por la parte actora, así como los descuentos legales realizados a la misma, (fotocopia simple visible a folios 93-95 del expediente).

6.1.12. Comunicado del 20 de febrero de 2012 expedido por Migración Colombia en el que informa a los funcionarios designados a los puestos de control migratorio del país que prestan sus servicios bajo la modalidad de turnos y que el reconocimiento de las horas extras, dominicales y festivos se hará para aquellos cuyo cargo sea del nivel técnico y hasta el grado 9 o del nivel asistencial hasta el grado 19, conforme al Decreto 1042 de 1978, (fotocopia simple visible a folio 96 del plenario).

6.1.13. La entidad allegó el expediente administrativo, en medio magnético, (fl. 65).

6.2. Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver el Juzgado si el demandante en su calidad de empleado de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia tiene derecho a que la entidad le reconozca, liquide y pague las horas extras, recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos, así como los días compensatorios y pago de los dominicales y festivos laborados entre el 1º de enero de 2012 al 31 de agosto de 2013, de conformidad con lo establecido en los artículos 34, 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978.

Para resolver el problema jurídico planteado se exponen las normas aplicables y precedente jurisprudencial aplicable al caso

6.2.1. De la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

El Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirieron los literales e, f y g del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, creó la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia mediante el Decreto 4062 del 31 de octubre de 2011, como un *“organismo civil de seguridad, denominada Migración Colombia, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio independiente, con jurisdicción en todo el territorio nacional, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores.”*²

Entidad que tiene como funciones la vigilancia y control migratorio y de extranjería del Estado Colombiano, dentro del marco de la soberanía nacional y de conformidad con las leyes y la política que en la materia defina el Gobierno Nacional.

El régimen de administración de personal de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, según el artículo 28 *ibid* se encuentra regulado por aquellas normas que sean aplicables de manera general a los empleados que conforman la Rama Ejecutiva del orden nacional y en materia salarial y de prestaciones sociales, los empleados están gobernados por las disposiciones que en esas materias establezca la Ley 4^a de 1992.³

6.2.3. Jornada laboral en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

6.3.2.1. La jornada laboral tiene como remuneración un salario el cual de acuerdo con lo establecido en el artículo 150-19 de la **Constitución Política de 1991** le corresponde al Congreso expedir las normas generales que contienen, entre otros, el régimen salarial y prestacional y por mandato del artículo 189-14 el Gobierno Nacional determina los salarios y prestaciones de sus empleados.

6.3.2.2. Con fundamento en lo anterior mediante la **Ley 4^a de 1992** el Congreso fijó los criterios que debe tener en cuenta el Gobierno para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. A su vez la ley faculta al Presidente de la República para delegar en ciertos funcionarios de realizar aumentos salariales, quienes a su vez deben observar las siguientes pautas: respeto a los criterios y objetivos fijados en la citada ley; estricta sujeción a la ley anual del presupuesto y sujeción a los límites, condiciones.

6.3.2.3. Antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, el régimen normativo que reguló la jornada de trabajo en las entidades estatales es el contenido en el **Decreto 1042 de 1978**⁴, el cual de manera específica indicó en el artículo 33⁵ que la jornada de

² Artículo 1º, Decreto 4062 de 2011.

³ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁴ “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.”.

⁵ Decreto 1042 de 1978: Artículo 33º.- 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. Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar

trabajo de los empleados públicos sería de 44 horas semanales, sin embargo, a renglón seguido se indica que los empleos cuyas funciones impliquen el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podían tener estipulada una jornada laboral de 12 horas diarias, sin que se superaran las 66 horas semanales (la jornada máxima laboral semanal fue estipulada en 44 horas, mediante el Decreto -Ley 86 de 1985). También refirió la norma en comentario que al momento de establecerse la jornada de trabajo, las labores desempeñadas el día sábado no dan lugar a reconocimiento de remuneración adicional, salvo que esta supere el límite de la jornada máxima semanal, caso en el cual se debe aplicar la regulación pertinente a las horas extras.

En relación con las jornadas mixtas de conformidad con lo establecido en el artículo 35 *ibíd* "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 períodos de descanso." Es decir, el recargo nocturno será del 35% o compensado con descanso incluso cuando estas tengan lugar durante las 44 horas semanales.

Ahora bien, en lo que respecta al trabajo desarrollado de manera habitual y permanente en jornadas dominicales y festivos, el artículo 39⁶ del Decreto 1042 de 1978, establece 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.

El trabajo es habitual o permanente, los domingos y festivos, cuando la naturaleza de la entidad requiere de la prestación del servicio permanentemente, lo que conlleva a que necesariamente debe contar con personal para laborar aquellos días, aunque no lo cumplan siempre los mismos empleados.

Seguidamente, el artículo 40⁷ en lo que respecta al trabajo desarrollado de manera ocasional en jornadas dominicales y festivos se debe reconocer una compensación con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario, en esta caso sólo tienen derecho a su reconocimiento los empleados del nivel técnico hasta el grado 9 y asistenciales hasta el grado 19.

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.

⁶ "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 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 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". (Subrayado fuera de texto)

⁷ "Artículo 40.- Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos. 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:

- Sus empleos deberán tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.
- 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.
- El reconocimiento del trabajo en dominical o festivo se hará por resolución motivada.
- 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".

Sobre el particular, el Consejo de Estado⁸, en un asunto similar al que aquí se estudia, sostuvo frente a los días compensatorios por labores desarrolladas en domingos y festivos que *"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 si fue consagrado en el sistema de turnos"*, por lo cual *"proceder al reconocimiento de los compensatorios solicitados implicaría otorgar unos descansos adicionales que exceden los autorizados por la ley"*.

Como se observa en las normas y jurisprudencia transcritas, se deduce que las labores que tengan la connotación de ser realizadas de forma habitual y permanente dentro de las 44 horas semanales incluso los dominicales y festivos, tienen una forma de liquidación a través de recargos que son propios que se pagan con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo.

Por su parte el artículo 36⁹ del mismo decreto, en lo relacionado a las horas extras, es claro que es la excepción y aplica por necesidad del servicio por fuera de la jornada ordinaria de labor y quien tuviere la dirección de la entidad deberá autorizar por escrito bien sea el descanso compensatorio o pago de horas extras, limitando el número de las mismas y los niveles de los empleos que tienen derecho a estas (técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19).

Teniendo en cuenta lo expuesto, se concluye que la hora de trabajo adicional al servicio de la entidad que supere el tope máximo semanal establecido en la normatividad citada, se considera trabajo suplementario o extra y por lo tanto es procedente su remuneración, conforme los lineamientos de los artículos 36 y siguientes del Decreto 1042 de 1978.

Quiere hacer énfasis el Despacho en que por la naturaleza de las labores que se desempeñan en el puesto de control migratorio aéreo de los aeropuertos del país, deben ser consideradas como habitual y permanente, en razón a que el flujo de pasajeros provenientes del exterior llegan en las noches y la madrugada, lo que hace necesario la prestación permanente del servicio.

Finalmente, esta disposición (artículo 42) estipuló que constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, lo que incluye el valor del trabajo suplementario y el realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A"; expediente No. 25000-23-25-000-2010-00350-01(2679-14); Consejera Ponente SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E); actor: Pedro Antonio Cepeda Peña; demandado: Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.

⁹ "Artículo 36.- De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

a. El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos: El empleo del funcionario que va a trabajarlas deberá tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos. (Modificado por el Artículo 9 Decreto 50 de 1981 y Artículo 13 Decreto Ley 10 de 1989). El literal a) quedó así:

"El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico.

b. El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

c. El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d. En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales. Modificado por el Artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989.

El literal quedó así: En ningún caso podrá pagarse más de 50 horas extras mensuales.

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

6.3.2.4. Para prestar el servicio migratorio por parte de los funcionarios públicos de manera permanente en los aeropuertos, el Director General¹⁰ de la U.A.E. Migración Colombia expidió la Resolución N° 281 del 16 de abril de 2012¹¹, en la que se determinó la asignación mensual fijada para el personal corresponde a jornadas de 44 horas semanales diurnas, nocturnas o mixtas, mediante el sistema de turnos¹² (de lunes a sábado) y estableció que el trabajo nocturno tiene un recargo del 35%, en días domingos, festivos¹³ (se debe pagar el doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo y descanso) y las horas extras¹⁴ (cuando sobrepase las 44 horas semanales, las diurnas se pagan con recargo 25% nocturnas con el 75% de recargo).

6.3.2.5. Además de la regulación de la jornada laboral adoptada en el anterior acto administrativo, la Unidad elevó una consulta ante el Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP relacionada con el reconocimiento y pago del trabajo desarrollado en jornadas dominicales, festivos y también las horas extras para los empleados de esa entidad. Sobre el particular, del Departamento Administrativo de la Función Pública, en adelante DAFP, a través de Concepto del 28 de junio de 2013¹⁵, indicó que:

- La jornada máxima semanal para las entidades de la Rama Ejecutiva, que no tengan disposición especial, será de cuarenta y cuatro horas, las cuales se distribuirán de acuerdo con las necesidades de la entidad, en los turnos y jornadas mixtas que se requieran para su funcionamiento, deberán programar a sus servidores de manera que respete el derecho al descanso de los mismos.
- En razón a que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia no cuenta con regulación especial en cuanto al reconocimiento de horas extras, es excepcional y se considera aplicable el artículo 14° del Decreto 1029 de 2013 (por el que se crea Migración Colombia) de manera que debe existir autorización

¹⁰ en uso de las especiales atribuciones conferidas por el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 y el artículo 10 del Decreto 4062 de 2011.

¹¹ "Por el cual se dictan lineamientos sobre el trabajo mediante el sistema de turnos en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia"

¹² Artículo 1. Se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo según la cual los servidores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes a la de la jornada ordinaria de ocho (8) horas diarias, en un periodo determinado de días o de semanas.

Artículo 2. Las cuarenta y cuatro (44) horas a la semana que conformen la jornada ordinaria podrán distribuirse en turnos de lunes a sábado. El trabajo que se efectúe el día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando el trabajo el sábado exceda la jornada máxima legal de cuarenta y cuatro (44) horas a la semana.

Artículo 3. En la organización del trabajo de los turnos de las entidades con procesos productivos continuos durante las veinticuatro (24) horas del día, deberá tenerse en cuenta la rotación de los mismos. Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas.

Artículo 4. Los turnos que establezca cada entidad acorde con sus propias características o necesidades deben ajustarse al cumplimiento de la jornada ordinaria de cuarenta y cuatro (44) horas a la semana y puede ser diurnos, nocturnos o mixtos (...)

Artículo 5. Los empleados que trabajen por el sistema de turnos en jornadas mixtas, es decir, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, tendrán derecho a que la parte de tiempo trabajado durante estas últimas se remunere con el recargo del treinta y cinco por ciento (35%).

¹³ Artículo 6. En el sistema de turno debe garantizarse el derecho a descanso. El jefe de entidad deberá garantizar el disfrute de descansos complementarios para el empleado en el sistema de turnos.

Cuando el trabajo en dominical o festivo sea habitual, el empleado tendrá 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 complementario, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

Cuando el trabajador en dominical o festivo sea ocasional 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 éste fuere menor.

El domingo siempre deberá ser remunerado acorde con el porcentaje correspondiente.

¹⁴ Artículo 7. El trabajo suplementario es aquel que excede o sobrepase las jornadas de 44 horas semanales.

Las horas extras diurnas que se laboren tendrán derecho a que se remuneren con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre la asignación básica mensual, y es el que se ejecuta entre las 6 a.m. y las 6 p.m.

Las horas extras nocturnas que se laboren tendrán derecho a que se remuneren con un recargo del setenta y cinco (75%) sobre la asignación básica mensual, y es el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente.

En todo caso la autorización para laborar trabajo suplementario solo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal (...)

¹⁵ Concepto 101321 de 2013. Departamento Administrativo de la Función Pública. Radicado No.: 20136000101321. Fecha: 28/06/2013.

previa, escrita, limitando su número por razón del nivel de los empleos y detallar, es decir cuántos y cuáles empleos (niveles) le es aplicable únicamente se podrán reconocer horas extras a los empleados de grado asistencial hasta el grado 19 y técnico hasta el grado 9, el trabajo extra diurno será remunerado con un recargo del 35% y el extra nocturno con un 75% sobre la asignación básica del empleado.

- Sobre el las jornadas mixtas desempeñadas dentro del límite temporal de las 44 horas semanales en las noches, los días domingos y festivos y los descansos¹⁶, las horas nocturnas tienen un recargo del 35%, el trabajo efectuado los días domingos o festivos deben pagarse al doble del valor de un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, todos los empleados tienen derecho a tales reconocimientos.

6.2.3.6. Ahora bien, a partir de lo expuesto en el concepto del DAFP, la U.A.E. Migración Colombia, indicó que profirió la **Resolución N° 01411 del 26 de agosto de 2013**, por la cual derogó la Resolución N° 281 del 16 de abril de 2012, estipuló los requisitos para el reconocimiento de los recargos nocturnos, dominicales y festivos para los empleados que desarrollen el objeto misional de la entidad a través del sistema de turnos. En síntesis, introdujo como regla que los empleados de la Unidad laborarían mediante el sistema de turnos y en jornada laboral mixta y que la misma sería desarrollada por aquellos empleados cuya función misional consistiera en ejercer control migratorio de manera habitual durante todo el año laboral calendario, señaló que entre cada turno laborado debe existir una rotación mínima de 24 horas entre la terminación de un turno y el comienzo de otro, sin embargo, entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediaran, como mínimo, doce horas.

El citado acto administrativo también reiteró el inicio y finalización de cada jornada laboral diurna y nocturna (6 a.m. a 6 p.m. y de 6 p.m. a 6 a.m.), así como la jornada máxima laboral para los empleados de la entidad (44 horas semanales), el reconocimiento de recargo por trabajo nocturno del 35% y el pago doble de un día de trabajo cuando se desarrolle en jornada dominical o festivo más el disfrute de un día de descanso compensatorio o fracción, sin perjuicio de la remuneración ordinaria o fracción a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

En conclusión, para el despacho es claro que a partir de la expedición de las Resoluciones N° 281 del 16 de abril de 2012 y N° 01411 del 26 de 2013 por parte de Migración Colombia, la entidad reguló de manera interna el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y festivos para sus empleados y adoptó las normas que sobre la materia se encuentran en el Decreto 1042 de 1978 y de acuerdo como lo expuso el Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP en el Concepto del 28 de junio de 2013.

6.3.2.7. El Consejo de Estado estudió algunos procesos relacionados con los bomberos de distintos lugares del país, en los que se planteaban unos problemas jurídicos similares a la que aquí se estudia (reconocimiento de horas extra o trabajo suplementario) con los

¹⁶ "a. Si las labores ordinaria o permanentemente se desarrollan en jornada nocturna, los trabajadores tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual; para este caso no se tiene en cuenta el nivel y el grado salarial de los empleados, por lo que tienen derecho a su reconocimiento los empleados de los niveles asistencial, técnico y profesional.

b. Cuando se presentan labores en forma habitual o permanente en días dominicales y festivos, el trabajador tiene 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. Tendrán derecho a este reconocimiento los empleados de todos los niveles de la entidad, tal como se señaló en el punto a).

c. El trabajo en dominicales y festivos de manera ocasional da lugar a la compensación con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. En este evento se deberá tener en cuenta los niveles y condiciones a que hace referencia el artículo 40 del Decreto 1042 de 1978, de manera que sólo tienen derecho a su reconocimiento los empleados del nivel técnico hasta el grado 9 y asistenciales hasta el grado 19".

Expediente: 2015-00873
 Actor: ALID ARCINIEGAS CARVAJAL.

empleados de Migración Colombia, al respecto sostuvo¹⁷ que ante la falta de existencia de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de bomberos (como ocurre en el caso bajo estudio), era necesario remitirse a lo estipulado en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, según el cual toda labor realizada de manera adicional a las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras y por lo tanto deben ser remuneradas en las condiciones previstas en los artículos 35 y siguientes del citado decreto, teniendo el cuidado de deducir los días de descanso remunerados, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador. Es esa oportunidad indicó que esa postura no desconoce la especial labor que desarrollan los bomberos y, por ello, éstos deben estar permanentemente disponibles y su jornada laboral no es ordinaria sino especial, la cual en todo caso debe ser regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante acto administrativo motivado justificando la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha regulación excepcional y en consecuencia la remuneración salarial que de esa especial reglamentación se deriva y deberá reconocerse bajo los parámetros del Decreto 1042 de 1978.

Insiste el Alto Tribunal en que la razón de ser de tal determinación es que *“... un régimen especial tendiente a excluir o disminuir los beneficios laborales mínimos correspondientes a la jornada ordinaria previstos en el Decreto 1042 de 1978, en detrimento del personal que desarrolla dicha función, no consultaría principios constitucionales como la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53), y resultaría violatorio del artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, así como del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y políticos, artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador “...d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.*

En esa oportunidad se concluyó que la falta de regulación especial sobre la jornada laboral y su remuneración, la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se desprende del referido Decreto 1042 de 1978, debe remunerarse en razón al trabajo suplementario realizado para no menoscabar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.

Así mismo, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 12 de febrero de 2015¹⁸ tuvo la oportunidad de establecer la procedencia del reconocimiento del trabajo suplementario y compensatorio a favor de empleados públicos, aun en el evento que la entidad que deba reconocerlos cuente con normas especiales que regule las actividades de esos servidores públicos y que esta no contemplara el reconocimiento de tales emolumentos, como sucede en el asunto de la referencia.

Sobre dicho aspecto, reiteró la Alta Corporación que resulta indudable que ante la falta de regulación especial, debe aplicarse lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la jornada laboral y la liquidación del tiempo trabajado en jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo, según la naturaleza de las funciones desempeñadas, por cuanto *“... la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite inquebrantable del cual no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo al tenor de la referida disposición...”*, por ello, *“... el establecimiento de una jornada especial de trabajo por el jefe del respectivo organismo implica la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción dada la naturaleza y*

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00780-01 (3594-13).

¹⁸ Expediente: 25000-23-25-000-2010-00725-01. Referencia 1046-2013. C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

características en que debe desarrollarse determinada labor, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a una jornada máxima legal excepcional, la cual, en todo caso, debe atender los parámetros de remuneración establecidos por el Decreto 1042 de 1978 (...) y teniendo en cuenta la forma de remunerar el trabajo desarrollado en jornadas mixtas, el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno y en días de descanso...”

En síntesis de lo anteriormente expuesto, concluye este Despacho sin lugar a equívocos que a los empleados de la U.A.E. Migración Colombia los gobiernan las disposiciones regulatorias de la jornada laboral que contempla el Decreto 1042 de 1978.

6.3.2.7. Reliquidación de prestaciones sociales

Por último, en relación con procedencia de la reliquidación de prestaciones sociales con la inclusión de horas extras, dominicales y festivos, se puede afirmar que es viable cuando tales emolumentos constituyan partidas computables para liquidar tales prestaciones.

En el caso bajo estudio, conforme con lo establecido en el artículo 42¹⁹ del Decreto 1042 de 1978, el trabajo efectuado dominicales, festivos y nocturnos, constituye salario, sin embargo, conforme a lo establecido en el artículo 59²⁰ *ibid*, tales recargos no serán tenidos en cuenta para liquidar la prima de servicios. Al respecto, el Consejo de Estado²¹ manifestó que *“El reconocimiento del trabajo suplementario a que tiene derecho el actor con fundamento en las directrices señaladas en el Decreto 1042 de 1978, conlleva el reajuste o reliquidación de las cesantías, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 (...) En cuanto a la reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, tales como la prima de servicios, vacaciones y prima de navidad, precisa la Sala que las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, al tenor de lo previsto en el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978, y artículos 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978”*.

Teniendo en cuenta las normas aplicables y el precedente jurisprudencial, pasa el Juzgado a resolver el caso concreto.

7. Caso concreto

El señor ALID ARCINIEGAS CARVAJAL en su calidad de empleado público al servicio de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, solicita a esta jurisdicción a que se condene a la citada entidad a que reconozca, liquide y pague las sumas

¹⁹ Artículo 42^o.- De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

²⁰ Artículo 59.- De la base para liquidar la prima de servicio. La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:

- a) El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo.
- b) Los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- c) Los gastos de representación.
- d) Los auxilios de alimentación y transporte.
- e) La bonificación por servicios prestados.

Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los ordinales precedentes a 30 de junio de cada año.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00735-01(1306-14).

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00735-01(1306-14).

correspondientes a los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos que laboró entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013, conforme a los artículos 34, 36, 37 y 39 del Decreto 1042 de 1978. De la misma forma, solicita el reconocimiento de los días de descanso compensatorio por cada uno de los días laborados en las jornadas antes señaladas.

Por su parte, la Unidad accionada manifestó que no le asiste derecho a la parte demandante percibir a los emolumentos reclamados (recargos por trabajo suplementario), por cuanto considera que remuneración del trabajo se encuentra regulado conforme a la normatividad interna de la entidad (Decretos 0853 de 2012 y 1029 de 2013), por lo cual los recargos nocturnos, dominicales y festivos deben sujetarse a dicha norma y no a lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978.

Visto lo anterior, debe resolver el Despacho si el accionante tiene derecho al reconocimiento de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos laborados entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013. De igual forma, debe resolverse si tiene derecho a los descansos compensatorios por la jornada laboral desempeñada en dichos días.

Dentro del trámite del proceso, se encuentra demostrado que el señor ALID ARCINIEGAS CARVAJAL ingresó al servicio de la U.A.E. Migración Colombia a partir del 1º de enero de 2012, proveniente del suprimido Departamento Administrativo de Seguridad – DAS (fl. 44) y actualmente se encuentra desempeñando las funciones propias del cargo de Oficial de Migración, Código 3010, Grado 13, asignado al Puesto de Control Migratorio Aéreo – Dirección Regional Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá D.C. (fl. 92).

En la contestación de la demanda (fls. 58 dorso -59) y en las certificaciones que reposan a folios 90-92 del plenario, la entidad indicó que el accionante laboró bajo el sistema de turnos en el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Juzgado se pronunciará en los siguientes términos:

7.1. De los recargos nocturnos, dominicales y festivos

Revisadas las pruebas obrantes en el plenario, observa el Despacho que la entidad demandada relacionó todas las horas nocturnas, dominicales y festivas laboradas por el demandante durante el lapso reclamado en la demanda, es decir, entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013, como se verifica en la certificación expedidas el 7 de junio de 2017 por el Director Regional del Aeropuerto El Dorado (fl. 90), así:

| MES | TURNO | NOCTURNO | DOMINGO | FESTIVO |
|--------|-------|---|-------------|---------|
| Ene-12 | 3 | 03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-27-28-31 | 08-15-29 | 9 |
| Feb-12 | 3 | 01-04-05-08-09-12-13-20-21-24-28-29 | 05-12 | |
| Mar-12 | 3 | 03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-27-28-31 | 04-11-25 | 19 |
| Abr-12 | 3 | 01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-28-29 | 01-08-22-29 | 05-06 |
| May-12 | 3 | 02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-26-27-30-31 | 06-20-27 | |
| Jun-12 | 3 | 07-08-11-12-15-16-19-23-24-27-28 | 17-24 | 11 |

| | | | | |
|--------|---|---|----------------|----------|
| Jul-12 | 3 | 01-02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-25-26-29-30 | 01-15-29 | 02 |
| Ago-12 | 3 | 02-03-06-07-10-11-18-19-22-23-26-27-30-31 | 12-19-26 | 07-20 |
| Sep-12 | 4 | 03-04-07-08-11-12-15-18-19-20-22-23-26-27-30 | 09-23 | |
| Oct-12 | 4 | 01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-28-29 | 14-21-28 | |
| Nov-12 | 4 | 01-02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26-29-30 | 11-18-25 | 5 |
| Dic-12 | 4 | 03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-27-28-31 | 09-16-23 | 08-25 |
| Ene-13 | 4 | 01-04-05-08-09-12-13-16-24-25-28-29 | 06-13 | 01-14 |
| Feb-13 | 4 | 01-02-05-CS-09 10-13 VACACIONES | 03-10 | |
| Mar-13 | 2 | 16-19-20-23-24-27-28-31 | 17-24-31 | 25-28-29 |
| Abr-13 | 2 | 01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-28-29 | 14-21-28 | |
| May-13 | 2 | 02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-27-30-31 | 12-19 | |
| Jun-13 | 2 | 03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-24-27-28 | 09-16 | 03 |
| Jul-13 | 2 | 01-02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26-29-30 | 07-14-21 | 01 |
| Ago-13 | 2 | 02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-26-27-30-31 | 04-11-18 | 07-19 |
| Sep-13 | 2 | 01-03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-21-23-24-27-28 | 01-08-15-21-29 | |
| Oct-13 | 2 | 01-02-05-06-09-10-13-14-18-21-22-25-26-29-30 | 06-13-27 | 14 |
| Nov-13 | 2 | 02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-26-27-29-30 | 03-10-24 | 04-11 |
| Dic-13 | 2 | 01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-25-28-29-30 | 01-08-22-29 | 25 |

Teniendo en cuenta lo anterior y al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, los empleados que desempeñen sus labores por el sistema de turnos y que de manera ordinaria o permanentemente lo hagan en jornada nocturna, tienen derecho a recibir un recargo del 35% sobre el valor de la asignación mensual. Así las cosas, se encuentra probado que el demandante prestó sus servicios bajo el sistema de turnos, sin embargo, y pese a que la entidad así se lo informó mediante comunicado del 20 de febrero de 2012 (fl. 96) y lo reconoció en la constancia que reposa a folio 90 del plenario, no le reconoció ni pagó tales recargos.

En consecuencia, el demandante tiene derecho a los recargos reclamados y por lo tanto el Despacho ordenará la liquidación, reconocimiento y pago de los **recargos nocturnos** generados entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013, conforme al artículo 34 del Decreto 1042 de 1978.

De igual forma sobre los **dominicales y festivos**, como se había indicado en párrafos anteriores, para el reconocimiento del trabajo ordinario desempeñado en estos días, debe acudir al artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, el cual exige que las labores que se desarrollen en esos días sean de forma habitual y permanente. En el caso bajo estudio el trabajo que desempeñó el demandante durante el periodo reclamado tiene esa connotación, situación que se logra verificar en la certificación expedida por el Director Regional del Aeropuerto El Dorado, visible a folios 99-100 del expediente, entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013, el demandante desarrolló jornadas laborales por

turnos de 12 horas de labor (diurnas) por 24 horas de descanso y 12 horas de labor (nocturnas) por 48 horas de descanso en los cuales estuvieron incluidos domingos y festivos.

La jornada laboral bajo el sistema de turnos que se desarrolla en la terminal aérea, implicaba inequívocamente que existía una programación previa que señalaba los días domingos y festivos en que debía prestar sus servicios (esto lo ratifica la certificación que reposa a folios 99-100 del expediente). Lo anterior conlleva a la conclusión de que el demandante conocía de antemano sus turnos de trabajo y ello implicaba que permanente o habitualmente debía trabajar en tales días.

De otra parte, el trabajo desempeñado bajo las anteriores condiciones otorga el derecho a recibir 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, (artículo 39, Decreto 1042 de 1978).

Ahora bien, en cuanto al denominado trabajo suplementario o extra, en el presente caso no se acreditó que el demandante hubiese laborado más de las 190 horas en el mes y, además, de manera expresa no fue parte de sus pretensiones, ni tampoco agotó esta petición en sede administrativa.

Ahora bien, según la certificación proferida el 7 de junio de 2017 por el Director Regional del Aeropuerto El Dorado, entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013, el accionante disfrutó de los siguientes días de descanso compensatorio (fls. 101-102):

| MES | TURNO | DÍAS QUE DESCANSO EN EL MES |
|---------|-------|--|
| Ene-12 | 3 | 01 -02-05-06-09-10-13-14-17-18-21 -22-25-26-29-30 |
| Feb-12 | 3 | 02-03-06-07-10-11 -14-15-16-17-18-19-22-23-25-26-27 |
| Mar-12 | 3 | 01 -02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26-29-30 |
| Abr-12 | 3 | 02-03-06-07-10-11 -14-15-18-19-22-23-26-27-30 |
| May-12 | 3 | 01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-28-29 |
| Jun-12 | 3 | 01 -02-03-04-05-06-09-10-13-14-17-18-20-21 -22-25-26-29-30 |
| Jul-12 | 3 | 03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-22-23-24-27-28-31 |
| Ago-12 | 3 | 01 -04-05-08-09-12-13-14-15-16-17-20-21 -24-25-28-29 |
| Sep-12 | 4 | 01 -02-05-06-09-10-13-14-16-17-21 -24-25-28-29 |
| Oct-12 | 4 | 02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-26-27-30-31 |
| Nov- 12 | 4 | 03-04-07-08-11 -12-15-16-19-20-23-24-27-28 |
| Dic-12 | 4 | 01 -02-05-06-09-10-13-14-17-18-21 -22-25-26-29-30 |
| Ene-13 | 4 | 02-03-06-07-10-11-14-15-17-18-19-20-21 -22-23-26-27-30-31 |
| Feb-13 | 4 | 03-04-07-08-11-12 - VACACIONES |
| Mar-13 | 2 | 17-18-21-22-25-26-29-30 |
| Abr-13 | 2 | 02-03-06-07-10-11 -14-15-18-19-22-23-26-27-30 |

| | | |
|--------|---|---|
| May-13 | 2 | 01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-26-28-29 |
|--------|---|---|

Como se observa, el demandante efectivamente disfrutó de los días compensatorios por cada uno de los domingos y festivos laborados entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013 (fls. 101-102), por lo tanto el Juzgado no accederá a la pretensión relacionada con que le sean otorgados tales días de descanso.

Sin embargo, el Despacho accederá a la pretensión relacionada con que la entidad reconozca, liquide y pague a favor del demandante un recargo equivalente al doble de un día de trabajo por cada domingo o festivo laborado entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013, conforme al artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, teniendo en cuenta que solo le fue otorgado el descanso compensatorio (fls. 101-102), pero no realizó el pago de tales recargos en la forma indicada en norma citada, como se demostró con los comprobantes de pago que obran a folios 93 a 94 del expediente, donde en los emolumentos "recargos dominical, festivo y nocturno" (fl. 94) aparecen valores en cero.

No obstante lo anterior, la entidad también deberá verificar si el demandante durante el sistema de turnos que estuvo trabajando entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013, debido a la dinámica de compensación que efectuaba la entidad accedió a más tiempo de descanso, pues si bien Migración Colombia no reconoció económicamente el recargo, si lo compensaba en tiempo, tal como quedó acreditado, en consecuencia al efectuar la correspondiente liquidación deberá realizar los descuento que proceda en este caso.

En pertinente precisar que, a partir de la expedición de la Resolución N° 1411 del 26 de agosto de 2013, aludida por la entidad demandada (fl. 58 dorso) reconoce y paga los emolumentos reclamados por el aquí accionante y en general para aquellos empleados que laboran bajo el sistema de turnos y en jornadas mixtas en la entidad y que para ello acogió los parámetros establecidos en el Decreto 1042 de 1978.

7.2. De la reliquidación de emolumentos salariales y prestacionales

El despacho accede a esta pretensión, con fundamento en las consideraciones expuestas, pues la normatividad aludida²² señala que el trabajo nocturno, festivos y dominicales deben ser tenidos en cuenta como factores salariales para liquidar las prestacionales, salvo la prima de servicios que taxativamente señala los factores que deben ser tenidos en cuenta para su liquidación, sin enunciar dichos recargos.

7.3. De la prescripción

En el presente caso no ha operado prescripción alguna, toda vez que entre el 31 de agosto de 2013 (fecha anterior al reconocimiento de los recargos nocturnos, dominicales y festivos por parte de la entidad²³), la presentación de la petición en sede administrativa (el 10 de noviembre de 2014, fls. 2-3) y la presentación de la demanda (el 11 de noviembre de 2015, fl. 29), no transcurrieron 3 años, según lo disponen los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos

²² Artículo 42 y 59 del Decreto 1042 de 1978.

²³ A partir del 1º de septiembre de 2013, en virtud de la Resolución N° 1411 del 26 de agosto de 2013, la entidad ha reconocido a los empleados a los que les es aplicable, los recargos nocturnos, dominicales y festivos. Véase la nómina del mes de octubre de 2013 a diciembre de 2014 visible a folios 94-95 del expediente.

fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, pues la parte demandante a través de las pruebas logró demostrar el cargo formulado de violación de la constitución y la ley, desvirtuando así la presunción de legalidad que amparaba los actos demandados.

La suma que deberá pagar la entidad condenada como reajuste de la pensión de la parte actora deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, por el índice inicial. La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

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

Al tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas y el índice final el vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

7.4. Costas procesales

En relación con las costas tenemos que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 sostiene que la sentencia dispondrá sobre las mismas cuya liquidación y ejecución se regirán de conformidad con las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, ahora Código General del Proceso.

Este último código en el numeral 1º, artículo 365 sostiene que la condena en costas se aplicará a la parte que resulte vencida dentro del proceso, en este caso quien resultó vencido fue la entidad demandada.

Como quiera que las costas se componen de los gastos y las agencias en derecho, el Acuerdo PSAA-16-10554 del 05 de Agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, establece las tarifas y criterios que deben tenerse en cuenta por el juez al momento de fijarlas. En el numeral 1º del artículo 5º del acuerdo señala que las tarifas de las agencias en derecho cuando se trate de procesos declarativos de menor cuantía, la tarifa se tasarán entre el 4% y 10% del valor de las pretensiones de la demanda.

En relación con este tema, la Corte Constitucional desarrolló diversa jurisprudencia respecto a la condena en costas, entre ellas se encuentra la sentencia T-432 de 2007 donde la Corte se refirió al tema y expresó que en cuestión de costas se aplica el dictum romano, según el cual quien ha sido vencido en un proceso judicial debe cancelar al ganador los gastos que acarreó el proceso.

Por su parte, nuestro órgano de cierre en la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 07 de abril de 2016 manifestó que acoge el criterio objetivo de la condena en costas incluyendo las agencias en derecho, al incluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, lo que se tiene que tener en cuenta para la causación de costas son los aspectos objetivos tal y como lo contempla el artículo 365 del Código General del Proceso.

Conforme a lo anterior, el Despacho considera que deberá condenarse en costas en las que se encuentran incluidas las agencias en derecho de la primera instancia a la parte

demandante, en el equivalente al 4% del valor de las pretensiones de la demanda, toda vez que según las normas expuestas, el criterio para determinar si deben o no imponerse a la parte vencida dentro del proceso, pasó de ser subjetivo a objetivo, razón por la cual, ya no depende de la intención o de la conducta asumida por los extremos procesales.

En ese sentido, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de \$791.000, que deben ser liquidadas por Secretaría.

Para el cabal cumplimiento de esta sentencia la entidad demandada debe tener en cuenta los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Se declara la nulidad del Oficio N° 20156110217841 del 22 de mayo de 2015, a través del cual la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia negó al demandante el reconocimiento, liquidación y pago de los recargos nocturnos ordinarios, así como los recargos por dominicales y festivos laborados, y adicional a ello la reliquidación de factores salariales y prestacionales, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA a reconocer, reliquidar y pagar en forma indexada los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos laborados desde el 1° de enero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2013 al señor ALID ARCINIEGAS CARVAJAL, identificado con la C.C. N° 2.997.089 y a reliquidar los emolumentos salariales y prestacionales percibidos por el demandante durante el mismo periodo, sin perjuicio del descuento del tiempo que le fue compensado por este concepto, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: La entidad deberá pagar a la parte demandante los valores correspondientes a los recargos ordenados de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula que quedó consignada en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandada correspondiente en un 4% del valor de las pretensiones de la demanda, fíjese por concepto de agencias en derecho la suma de setecientos noventa y un mil pesos (\$791.000), por Secretaría líquidese.

SEXTO: La entidad condenada dará cumplimiento al presente fallo, dentro de los términos previstos en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, sin necesidad de mandato judicial.

SÉPTIMO: 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 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011). Igualmente expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica de la misma, con constancia de ejecutoria, en los términos artículo 114 del C.G.P. Lo anterior a costa de la parte demandante.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de lo que consignó para los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación y las anotaciones de ley, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



CATALINA DÍAZ VARGAS

JUEZ

HLJDC

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en **ESTADO ELECTRÓNICO** (Art 201) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy **13 de octubre de 2017** a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy **13 de octubre de 2017** se envió mensaje de texto de la notificación por **ESTADO ELECTRÓNICO** de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Secretaria

