

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., siete (07) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2016-00016-00
DEMANDANTE: GUSTAVO BAYONA VARGAS
**DEMANDADO: NACIÓN – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
MIGRACIÓN COLOMBIA.**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor Gustavo Bayona Vargas, identificado con C.C. N°. 79.623.516, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“PRIMERO: La nulidad del acto administrativo contenido en el oficio radicado N°. número (sic) 20156110506331, de fecha 2015-10-23 y notificado por correo certificado el 4 de noviembre de 2015, proferido por la UEA Migración Colombia, por medio de la cual se negó la solicitud deprecada.

SEGUNDO: Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho disponga el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y festivos, así como el porcentaje por trabajo nocturno, laboradas desde la fecha de ingreso a la institución, hasta el 30 de septiembre de 2013 o hasta la fecha en que la unidad hubiere comenzado a reconocerlos y pagarlos conforme a la resolución 1411 de agosto 26 de 2013, así mismo se ordene la reliquidación y pago con el salario realmente devengado en el que quede incluido los recargos suplementarios por concepto de trabajo en dominicales y festivos, horas extras y recargos por trabajo nocturno, de las prestaciones sociales periódicas causadas como primas de navidad, bonificaciones por servicios prestados, primas de vacaciones, primas de servicios, primas de antigüedad, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y el reajuste de los aportes a la seguridad social.

TERCERO: Solicito que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas al momento del pago.

CUARTA. Que la sentencia se dé cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 CPACA.

QUINTA: Que se condene en costas a la entidad demandada”.

1.1.2 Fundamento fáctico

Como sustento de las pretensiones, la accionante narra los siguientes hechos:

“1. El demandante labora para la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA desde el 1 de enero de 2012.

2. El cargo desempeñado es el de Oficial de Migración grado 3010-15, en la ciudad de Bogotá, con una asignación básica mensual de UN MILLÓN SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS TRES PESOS M/L (1'694.203) y una bonificación que es factor salarial de TRESCIENTOS QUINCE MIL NOVENTA Y OCHO PESOS M/L (315.398).

3. Mi representado labora de acuerdo al sistema de turnos, conforme a las órdenes del día; dichos turnos son continuos de 24 horas de labor y 48 horas de descanso, pero dentro de esas últimas 48 horas el funcionario se encuentra sometido a un turno denominado “disponibilidad” (8 horas).

4. En total cada semana labora 72 horas, más las horas adicionales del turno extra de disponibilidad (8 Horas).

5. La Dirección General de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia reglamentó el trabajo por el sistema de turnos en la Unidad Administrativa especial Migración Colombia.

6. La resolución 1411 de agosto 26 de 2013 dispuso los procedimientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran en el sistema de turnos en la Unidad Administrativa especial Migración Colombia.

7. El demandante desde su ingreso a la institución, viene laborando tiempo extra suplementario y en días dominicales y festivos.

8. La UAE MIGRACIÓN COLOMBIA dejó impago lo adeudado por los conceptos de recargos por trabajo en dominicales y festivo y por el tiempo extrasuplementario, causados desde el ingreso a la entidad hasta septiembre de 2013, cuando en cumplimiento de la resolución 1411 de agosto 26 de 2013 comenzó a reconocerlos y pagarlos.

(...)

10. En reclamación administrativa dirigida y radicada el 29 de septiembre de 2015, ante la UAE – MIGRACIÓN COLOMBIA, solicitó el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales, festivos, porcentaje por trabajo nocturno, desde la fecha de ingreso de cada uno a la institución, hasta el 30 de septiembre de 2013 o hasta la fecha en que la unidad hubiere comenzado a reconocerlos y pagarlos conforme a la resolución 1411 de agosto 26 de 2013, consecencialmente requirió la reliquidación y pago con el salario realmente devengado en el que queden incluidos los recargos suplementarios por concepto de trabajo en dominicales, festivos, horas extras, y recargos por trabajo nocturno, de las prestaciones sociales periódicas causadas como primas de navidad, bonificaciones por servicios prestados, primas de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y el reajuste de los aportes a la seguridad social.

11. La administración se pronunció mediante acto administrativo Radicado número 20156110506331, de fecha 2015-10-23 y notificado por correo certificado el 4 de noviembre de 2015, negando el reconocimiento deprecado soportando su decisión en que la resolución N°. 1411 del 26 de agosto de 2013, mediante el cual se fijaron los lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos regía hacia el futuro y en el mismo no se indicó cuales recursos procedían negando con ello la posibilidad de interponerlos, quedado agotada de esta manera la vía gubernativa.

(...)"

1.1.3. Normas violadas.

De orden Constitucional: Artículos 1, 2, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Nacional.

De orden legal y reglamentario: Decreto 1042 de 1978 artículo 33, Ley 27 de 1992 artículo 2°.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, como quiera que desde su ingreso a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia trabajó en un sistema de turnos, con una jornada laboral ordinaria superior a la establecida en la ley, por ello, debe reconocerse y pagarse el trabajo adicional, además sobre esa sobre – remuneración, la cual constituye salario y forma base salarial, deben liquidarse las prestaciones sociales y salariales.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, en memorial visible a folios 36-39, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual argumenta que, de conformidad con la normatividad vigente y aplicable para el periodo pretendido por la parte actora – 01 de enero de 2012 a 31 de agosto de 2013, en especial, lo dispuesto en los Decretos 0853 y 1029 de 2013, no era posible reconocer horas extras, dominicales y festivos, dado que dicho beneficio solo aplica cuando el trabajo suplementario sea ocasional, y para ciertos empleos, entre los cuales, no está el ejercido por el demandante.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial, el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, y decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

1.2.3. Audiencia de pruebas.

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente; y decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182

del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, se dispuso la presentación de alegatos por escrito.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

Parte demandante: En memorial visible a folio 223, reiteró los argumentos expuestos en la demanda, en especial, la prestación del servicio dentro del turno de disponibilidad, respecto del cual afirma que en dicho tiempo el señor Gustavo Bayona debía permanecer en las Instalaciones del Puesto de Control Migratorios Aéreo, por lo cual, debía reconocérsele una retribución o compensación salarial.

Parte demandada: En memorial visible a folios 81-83, ratificó los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda

Ministerio Público: Guardó silencio.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer *“Si el señor Gustavo Bayona Vargas tiene o no derecho a que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, le reconozca y pague las horas extras, dominicales y festivos, así como al porcentaje por trabajo nocturno, laborados desde la fecha de ingreso a la dicha entidad hasta el 30 de septiembre de 2003 y, en razón a ello, se ordene la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y salariales”*.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. El señor Gustavo Bayona Vargas presta sus servicios a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, desde el 01 de enero de 2012, y en la actualidad se desempeña como Oficial de Migración 3010-15 (folio 8).
2. El día 29 de septiembre de 2015, el señor Gustavo Bayona Vargas presentó derecho de petición ante la unidad Administrativa Especial Migración Colombia, con la finalidad de que le fuera reconocidas las horas extras, dominicales y festivos desde la fecha de ingreso a la institución hasta el 30 de septiembre de 2013 (folios 2-3).
3. Mediante Oficio N°. 20156110506331 de 23 de octubre de 2015, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, negó el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y festivos (folios 4-5).

2.3 Marco Normativo.

2.3.1. Jornada máxima de trabajo y horario de trabajo

El derecho laboral entiende por jornada ordinaria de trabajo, el tiempo durante el cual el trabajador está a órdenes del empleador o desarrollando las labores encomendadas por aquel. La jornada laboral debe estar previamente pactada entre el trabajador y su empleador, pues de lo contrario, se entenderá que la relación laboral se rige por la jornada máxima legal permitida.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-1063 de 2000, realizó una distinción entre la jornada laboral y la jornada máxima legal, así:

“Dicho concepto, el de jornada máxima legal, difiere del de jornada ordinaria, pues aquel hace relación al número máximo de horas que la ley autoriza que se laboren en un mismo día, al paso que la jornada ordinaria es la convenida entre las partes dentro del límite de jornada máxima legal”

La Ley 6 de 1945, respecto de la jornada laboral prevé lo siguiente:

“Artículo 3.- Las horas de trabajo no podrán exceder de ocho (8) al día, ni de

cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las excepciones legales.

(...)

Parágrafo 1. Lo dispuesto en este artículo no se aplica a los casos de grave peligro; ni al servicio doméstico; ni a la recolección de cosechas, o al acarreo y beneficio de frutos; ni a los trabajadores que ocupen puestos de dirección o confianza; ni a las demás labores que a juicio del Gobierno, no sean susceptibles de limitación de la jornada o deban regirse por normas especiales”.

Posteriormente, la Ley 64 de 1946 al adicionar la Ley 6 de 1945, indicó que la jornada ordinaria diurna está comprendida entre las 06:00 y las 18:00 horas, mientras que la jornada ordinaria nocturna, lo estaría entre las 18:00 y las 06:00 horas.

La jornada máxima de los empleados públicos se encuentra regulada por el **Decreto Ley 1042 de 1978** en su artículo 33, que al respecto indica:

“ARTICULO 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.

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”.

El anterior Decreto inicialmente rigió para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 27 de 1992 hizo extensivas a las entidades territoriales las disposiciones del régimen de administración de personal contenidas no solamente en el Decreto 1042 de 1978, sino en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1978 y las Leyes 13 de 1984 y 61 de 1987. Igualmente, la Ley 443 de 1998, en su artículo 87, reiteró la mencionada extensión.

No cabe duda entonces que la **jornada máxima legal** fijada por el legislador para la generalidad de los empleados públicos es de **44 horas semanales**, lo que corresponde en el mes a 190 horas, obtenidas de los siguientes cálculos:

- El año tiene 52 semanas, por ende cada mes tiene 4.33 semanas (52 semanas

del año ÷ 12 meses del año = 4.33 semanas por cada mes).

- De tal suerte que si cada una de esas 4.33 semanas del mes está limitada a la jornada máxima legal de 44 horas, ello significa que en el mes no debe superar el tope de 190 horas (4.33 semanas del mes x 44 horas semanales = 190,66).

Queda claro que este cálculo difiere del que, en aplicación del Código Sustantivo del Trabajo, permite concluir que la jornada máxima de trabajo corresponde en el mes a 240 horas. En efecto, para los trabajadores sujetos a ese régimen, es así, por cuanto, para ellos el legislador fijó la jornada máxima de trabajo en 8 horas diarias, que al multiplicarse por los 30 días del mes da un total de 240 horas mensuales.

Nótese que como el Decreto Ley 1042 de 1978 no se refirió a una jornada máxima de trabajo en términos de horas diarias, el cálculo del número de horas mensuales no podía obtenerse sino a partir de las operaciones explicadas, las cuales arrojan un total de 190 horas mensuales y no de 240 como si ocurre en el régimen del derecho laboral privado, por la razón anotada.

Resulta pertinente aclarar que el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 permite que, dentro del límite máximo allí fijado, esto es, dentro del límite de 44 horas semanales, el jefe del respectivo organismo establezca el horario de trabajo, que es concepto diferente a los explicados, en cuanto se refiere exclusivamente a los días que hay que laborar a la semana y las horas que se deben trabajar cada día, con sus correspondientes descansos.

Ahora bien, resulta pertinente recordar que la jornada de trabajo en la administración pública es una de las condiciones del empleo, es decir, una de las regulaciones que gobiernan el ejercicio de la función pública. Por tanto, dicha regulación, a diferencia de la del horario de trabajo, es impuesta por la Ley en el caso de empleados públicos.

2.3.2 Régimen salarial de Migración Colombia

Mediante el Decreto 4062 de 2011, se creó la Unidad Administrativa especial de Migración Colombia como un organismo de seguridad civil, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio independiente. En el artículo 28,

dicho decreto estableció el régimen de personal de Migración Colombia, así:

“Artículo 28. Régimen de personal. A los empleados de Migración Colombia les aplicará en materia de administración de personal y de carrera el régimen general establecido para los servidores de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

El régimen salarial y prestacional aplicable a los empleados de Migración Colombia será el que señale el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades otorgadas en la constitución y la ley 4ª de 1992.”

En virtud de la norma precitada, el Director General del UAE Migración Colombia profirió la Resolución 281 de 2012¹, se estableció, entre otros aspectos, que: i) la jornada ordinaria de trabajo era de 44 horas semanales, sin que el trabajo realizado el día sábado diera derecho a remuneración adicional, artículo 2º. ii.) En procesos productivos se harían turnos de 24 horas al día, artículo 3º. iii) la Jornada laboral diurna se desarrolla entre las 6:00 a.m. y las 6:00 p.m., mientras que al jornada laboral nocturna, entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m., artículo 4º iii) El sistema de turnos debe garantizar el derecho al descanso, artículo 6º. iiiii) El trabajo complementario es aquel que excede o sobre pase las jornadas de 44 horas semanales, artículo 7º. iiiiii) En ningún caso se podrá pagar más de 50 horas mensuales, artículo 7º.

Posteriormente, se expidió la resolución No. 1411 de 2013, a través de la cual se impartieron los lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos, para quienes laboran por el sistema de turnos en los Puestos de Control Migratorio, infiriéndose de ello, la posibilidad que los funcionarios de Migración Colombia que trabajan por el sistema de turnos y en jornadas mixta y que desarrollen funciones de control migratorio – en puestos de control migratorio – devenguen horas extras, cuando la jornada ordinaria exceda la máxima legal.

2.3.3 Tiempo compensatorio por exceso de horas extras

Independientemente del límite de horas extras aplicable, la ley prevé que si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria de trabajo supera dicho límite, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras de trabajo, así lo estipula el artículo 36 del Decreto Ley 1042 de 1978:

¹ “Por la cual se dictan lineamientos sobre el trabajo mediante el sistema de turnos en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia”.

“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.

El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:

- a. "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 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.*

(...)" (Subrayado y destacado del Despacho)

Queda claro que si bien el concepto de tiempo compensatorio y horas extras se encuentran estrechamente relacionados, este último difiere, en el entendido de que se causa precisamente, por el exceso de horas extras.

2.3.4 Recargo y descanso compensatorio por trabajo habitual en dominicales y festivos

Ahora bien, respecto del trabajo suplementario (trabajo en días de descanso obligatorio), el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978 prevé lo que se denomina recargo por trabajo habitual en días dominicales y festivos, de la siguiente manera:

"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 involucrada en la asignación mensual.

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

La aplicabilidad de este especial recargo al personal que trabaja en turnos de 24 horas que incluyen domingos y festivos, fue acogida en la nueva tesis jurisprudencial, así:

"Es necesario definir si el trabajo desarrollado por (...) en días dominicales y festivos es de naturaleza ordinaria u ocasional.

(...)

El artículo 39 señala que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos corresponde a los empleados públicos que en razón de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los dominicales o festivos.

De manera que considera la Sala necesario precisar los conceptos relativos a 'ordinario o habitual':

En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa habitual lo que '(...) se hace, padece o posee con continuidad o por hábito'.

Para que se diga que existe una 'habitualidad' en la prestación del servicio en días domingos y festivos, no necesariamente debe comprobarse que la labor fuera ejercida durante estos días del mes, basta que quien presta el servicio bajo la modalidad de 'turnos' tenga la certeza de cuales domingo y festivos del mes debe trabajar.

En efecto, la jornada laboral del actor se desarrollaba bajo el sistema de turnos, lo que de suyo implica una previa programación de su jornada laboral mensual. Siendo ello así, como irrefutablemente lo es, el acto conocía de antemano qué domingos del mes le tocaba prestar sus servicios, convirtiéndose en un hábito laborar uno, dos o más domingos de determinado mes, según la rotación de turnos prevista, lo que hace que su labor en días de descanso se convirtiera en algo habitual² (...)"

² sentencias dictadas el 17 de abril de 2008 en el expediente 2003-00041, el 2 de abril de 2009 en el expediente 2003-00039 y el 28 de enero de 2010 en el expediente 2003-00042

Adicionalmente, como se advierte de lo previsto en el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, el trabajo ordinario en días dominicales y festivos no sólo genera una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado de manera ordinaria, sino también el disfrute de un día de descanso compensatorio.

Cierto es que la nueva tesis jurisprudencial considera que no hay lugar al descanso compensatorio tratándose de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso³, sin embargo, el Despacho considera que este concepto sí resulta aplicable en el sistema de turnos que incluyen domingos y festivos, como lo aclaró la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 12 de agosto de 2009 en el expediente 2005-1843, así:

"Afirmar, sin fundamento normativo alguno, que las jornadas por turnos no generan compensatorios por el hecho de laborar domingos y festivos, resulta contrario al ordenamiento positivo (art. 39 Dcto. 1042/78), ya que el empleador está obligado a fijar el horario de trabajo dentro del límite establecido por el legislador, excluyendo obviamente domingos y festivos, por ser feriados y por tanto no laborables en principio.

En esas condiciones, si el empleado labora un día festivo tendrá derecho a una remuneración que comprenderá: el valor del trabajo realizado, el cual se reconoce según el tiempo servido; una suma equivalente al cien por ciento (100%) sobre el monto anterior; y el valor de un día ordinario de trabajo, sin que haya lugar a la prestación del servicio (descanso compensatorio).

Ahora bien, cuando no se ha otorgado el descanso compensatorio a que se tiene derecho, la entidad estará obligada a retribuir esa jornada laboral con el valor de un día ordinario de trabajo, sin perjuicio claro está de los demás factores ordenados incluir en la remuneración mensual o quincenal del empleado."

Así las cosas, el trabajo del personal que implica el trabajo habitual en domingos y festivos, genera no sólo un recargo equivalente al 100% de la remuneración, sino un descanso compensatorio equivalente a un día ordinario de trabajo.

2.3.5 Reliquidación de prestaciones sociales

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 a su tenor prevé:

³ sentencias dictadas el 17 de abril de 2008 en el expediente 2003-00041, el 2 de abril de 2009 en el expediente 2003-00039 y el 28 de enero de 2010 en el expediente 2003-00042

ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA Y PENSIONES. *Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a. La asignación básica mensual;*
- b. Los gastos de representación y la prima técnica*
- c. Los dominicales y feriados;*
- d. Las horas extras;*
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f. La prima de Navidad;*
- g. La bonificación por servicios prestados;*
- h. La prima de servicios;*
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;*
- k. La prima de vacaciones;*

- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll .Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.*

Así las cosas, queda claro que las horas extras, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio constituyen factor de salario para la liquidación de las prestaciones sociales, incluyendo las cesantías e intereses de éstas, de tal suerte que es deber del empleador incluir aquellos conceptos en tal liquidación.

Se precisa que, de acuerdo al artículo precitado el valor pagado por concepto de trabajo suplementario (horas extras) solo tiene connotación salarial para el pago de cesantías y pensiones, por ello, no es posible reliquidar las primas de servicios, navidad y vacaciones y demás emolumentos salariales con la inclusión del citado rubro, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 del Decreto 1042 de 1978 y 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978.

4. Caso Concreto

Se encuentra demostrado que el señor Gustavo Bayona Vargas trabaja al servicio de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, desarrollando su labor como Oficial de Migración Grado 3010-15 mediante el sistema de turnos 12*24 y 12*48, según lo evidencia la certificación suscrita por la Subdirectora de Talento

Humano de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia visible a folios 8 y 9 del expediente.

Igualmente, se acreditó en el proceso que al demandante no le fueron reconocidas las horas extras laborales en exceso de la jornada ordinaria. En efecto, la entidad demandada en el acto administrativo demandado niega su reconocimiento aduciendo que las horas extras cuadas con exceso a la jornada máxima laboral solo debían ser reconocidos a partir de la entrada en vigencia de la resolución 1411 de 26 de agosto 2013, esto es, a partir del mes de septiembre del mismo año.

Lo anterior, permite inferir que el demandante durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2012 y el 30 de agosto de 2013, no le fueron reconocidas las horas extras de que trata el artículo el 36 del Decreto 1042 de 1972, por exceder la jornada máxima laboral contenida en el artículo 33 ídem.

Así las cosas, es claro que el acto administrativo acusado es nulo por ser contrario a lo dispuesto en el Decreto Ley 1042 de 1978 (art. 33, 34, 36, 37 y 39), razón por la cual se declarará su nulidad.

A título de restablecimiento del derecho, la entidad demandada demandada, será condenada a lo siguiente:

- Reconocer y pagar las horas extras diurnas y nocturnas mensuales laboradas en exceso de la jornada máxima legal para empleados públicos fijada por el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978. El reconocimiento del trabajo suplementario no podrá exceder de 50 horas extras mensuales
- Reliquidar los recargos ordinarios nocturnos y los festivos diurnos y nocturnos, teniendo en cuenta la jornada máxima legal para empleados públicos territoriales (*fijada en 190 horas mensuales por el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978*) y pagar las diferencias que resulten de la reliquidación aquí ordenada y lo efectivamente pagado.
- Reliquidar las cesantías teniendo en cuenta los mayores valores por concepto de recargos y los nuevos valores por concepto de horas extras y descansos compensatorios. Así mismo, a pagar las diferencias que resulten de la reliquidación aquí ordenada.

No se ordenará la reliquidación de primas, dado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 1042 de 1978 y en los artículos 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978, el trabajo suplementario no es factor salarial para la liquidación de las primas de servicios navidad y vacaciones.

De otra parte se observa, que no es posible ordenar el pago de compensatorios por las horas extras adicionales a las 50 establecidas en el literal d artículo 36 decreto 1042 de 1978, dado que de acuerdo a la certificación obrante a folio 67 del expediente, al demandante le fueron compensados 15 días al mes (promedio), situación que permite inferir que las 120 horas adicionales a las 50, ya le fueron reconocidas:

Lo anterior, atendiendo al guarismo que resulta de dividir el número de horas en exceso (120) por el número de horas por cada día compensado (8), el resultado sería 15 días, los cuales, se reitera ya fueron compensados.

La entidad demandada, pagará al demandante los valores de las condenas teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \quad X \quad \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió realizarse el pago de la moratoria.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada período, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno.

Prescripción

Respecto a la prescripción del derecho considera necesario el Despacho tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que al referirse a la prescripción prevé:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

Igualmente, el artículo 102 del Decreto 1868 de 1969, respecto el término de prescripción dispone:

“Artículo 102°.- Prescripción de acciones.

- 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
- 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”*

3.

Atendiendo lo dispuesto en las normas precitadas, se tiene que en el presente caso, la prescripción se interrumpió con la solicitud de reconocimiento de horas extras presentada el día **29 de septiembre de 2015** (folio 2), lo que quiere decir que los valores causados con anterioridad al **29 de septiembre de 2012**, se encuentran prescritas.

Costas.

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *“Salvo en los procesos en 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.”*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la

obligación de condenar de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones⁴ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de defensa ejercido por la demandada estuvo

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, sentencia de 28 de octubre de 2016, radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez. demandado: UGPP.

* Subsección “B” consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 3 de noviembre de 2016, radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: teresa Elena Sánchez Bermúdez., Demandado: COLPENSIONES.

* Subsección “B”, consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter., sentencia de 19 de enero de 2017, radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14), Actor: Ana Orfilia Palacios de Mosquera. demandado: UGPP.

* Sección Cuarta. consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, providencia de 20 de febrero de 2017, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429), Actor: Cooperativa de Consumo, Demandado: Municipio de Medellín.

orientada a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del oficio N°. 20156110506331 de 23 de octubre de 2015, proferido por la Subdirectora de Talento Humano de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, por medio del cual se le negó el reconocimiento y pago de las horas extras al señor Gustavo Bayona Vargas, identificado con C.C. N°. 79.623.516, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA**, a:

- Reconocer y pagar las horas extras diurnas y nocturnas mensuales laboradas en exceso de la jornada máxima legal para empleados públicos fijada por el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978. El reconocimiento del trabajo suplementario no podrá exceder de 50 horas extras mensuales
- Reliquidar los recargos ordinarios nocturnos y los festivos diurnos y nocturnos, teniendo en cuenta la jornada máxima legal para empleados públicos territoriales (*fijada en 190 horas mensuales por el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978*) y pagar las diferencias que resulten de la reliquidación aquí ordenada y lo efectivamente pagado.
- Reliquidar las cesantías teniendo en cuenta los mayores valores por concepto de recargos y los nuevos valores por concepto de horas extras y

descansos compensatorios. Así mismo, a pagar las diferencias que resulten de la reliquidación aquí ordenada.

- Las sumas que resulten adeudadas al demandante serán ajustadas en los términos previstos en la parte motiva de esta providencia utilizando la siguiente fórmula:

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

TERCERO: Declarar la prescripción sobre las diferencias causadas con anterioridad al 29 de septiembre de 2012

CUARTO: Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

QUINTO: Sin lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y reconocer intereses conforme al artículo 195 ibídem.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ELNIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez