



Cartagena de Indias D.T y C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2016-00027-01
Demandante	SANDRA YANIRA PINEDA FIQUE
Demandado	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Reconocimiento y pagos de recargo nocturno, horas extras, dominicales y festivos, conforme lo establece el Decreto 1042 de 1978.

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 23 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### **2.1. Demandante**

La presente acción fue instaurada por SANDRA YANIRA PINEDA FIQUE, por conducto de apoderado judicial.

#### **2.2.- Demandado**

La acción está dirigida en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA.

#### **2.1. La demanda<sup>1</sup>.**

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, SANDRA YANIRA PINEDA FIQUE, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

---

<sup>1</sup> Folios 1-10



## 2.2. Pretensiones

*"PRIMERO: La nulidad del acto administrativo contenido en el oficio radicado N° número 20156110558801, de fecha 2015-11-26 y notificado por correo certificado el 10/12/2015, proferido por la UAE Migración Colombia, por medio del cual se negó la solicitud deprecada.*

*SEGUNDA: Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho disponga el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y festivos, así como al 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 a 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 de cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 CPACA. (...)"*

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

## 2.3 Hechos

Señala el accionante que, labora para la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, desde el 22 de marzo de 2012, desempeñándose en el cargo de oficial de migración grado 3010-15, con una asignación básica mensual de \$1.694.203.

Destaca el actor que labora de acuerdo al sistema de turnos, conforme a las órdenes del día; que dichos turnos son continuos de 24 horas de labor y 48 horas de descanso, pero dentro de estas últimas 48 horas, se encuentra sometido a un turno extra, denominado disponibilidad de 8 horas.



13-001-33-33-004-2016-00027-01

Explica que, labora cada semana 72 horas, más de las 8 horas adicionales de turno extra de disponibilidad.

Indica que la demandada, reglamentó el trabajo por el sistema de turnos y mediante la Resolución No. 1411 de 26 de agosto de 2013, estableció los procedimientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos.

Explica que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, no le ha pagado lo que le adeuda por conceptos de recargos por trabajo en dominicales, festivos y por tiempo extra suplementario, causados desde cuando ingresó a trabajar, hasta septiembre de 2013, cuando en cumplimiento de la Resolución 1411 de 2013 comenzó a reconocerlos y pagarlos.

Afirma que el 3 de noviembre de 2015, radicó reclamación administrativa ante la demandada, con el fin de solicitarle el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales, festivos, porcentaje por trabajo nocturno, desde la fecha de ingreso, hasta el día 30 de septiembre de 2013 o hasta la fecha que la Unidad hubiere comenzado a reconocerlos y pagarlos conforme a la Resolución 1411 de 26 de agosto de 2013, y que a partir de ahí se le reconozca y pague el salario, incluyéndose los recargos suplementarios por concepto de trabajo dominicales, festivos, horas extras y recargos por trabajo nocturno, prestaciones sociales, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías y reajuste a la seguridad social.

Señala que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, mediante acto administrativo No. 20156110558801 de 26 de noviembre de 2015, negó dicha solicitud, al considerar que lo establecido en la Resolución No. 1411 de 2013, respecto al reconocimiento de recargos nocturno, dominicales y festivos, regia hacia el futuro; en contra de este acto administrativo, no interpuso recursos porque en el mismo no se le indicó cuales procedían, quedando así agotada la vía gubernativa.

#### **2.4. Contestación**

La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia<sup>2</sup> se opone a la prosperidad de las pretensiones, solicitando se denieguen las suplicas de la demanda y se condene en costas y perjuicios a la parte demandante.

<sup>2</sup> Folios 44-48





- **Acerca de los hechos**

Respecto de los hechos, manifiesta que es cierto, que mediante Resolución No. 00200 del 21 de marzo de 2012, la señora Pineda fue nombrada en provisionalidad en el cargo de oficial de migración código 3010 grado 15.

Que el sistema de turno de disponibilidad no implica necesariamente el ejercicio de funciones por parte del demandante; que los funcionarios que laboran bajo el sistema de turnos pueden trabajar los días domingos y festivos, no obstante, en ningún caso exceden las 48 horas semanales.

### **Excepciones**

- **Prescripción del derecho**

Resalta que en los términos de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad social, artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en 3 años, contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible, razón por la cual, todo derecho laboral anterior a los 3 años, hacia atrás desde la presentación de la reclamación se encuentra prescrito.

- **Razones de la defensa**

Explica que respecto al artículo 33 de la Ley 1042 de 1978, los empleados públicos deben cumplir una jornada laboral máxima de 44 o de 66 horas semanales, para quienes cumplan actividades discontinuas o intermitentes, y que en razón a ello, se autoriza al jefe de la respectiva entidad para señalar dentro de tales límites, los horarios de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo adicional de labor, sin que, en ningún caso, dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras, y complementó indicando, que el trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal, en cuyo caso, considera se debe aplicar lo dispuesto para las horas extras, en dicho decreto.

Que la Resolución 1411 de agosto de 2013, explica que con ésta, se organiza en la Unidad de migración Colombia, el trabajo por el sistema de turnos y en jornadas mixtas para los funcionarios misionales que desarrollen funciones de control migratorio y presten servicios en puestos de control migratorio, cuya actividad se cumpla de manera habitual durante todo el año calendario, además, que dicha resolución regula el pago del recargo nocturno y dominicales y festivos incorporando las disposiciones que trae al respecto la Ley





13-001-33-33-004-2016-00027-01

1042 de 1978, para los demás empleados de la rama ejecutiva del poder público, por lo cual el UAMEC, hoy tiene aún para quienes laboran por el sistema de turno, el régimen ordinario de recargos nocturnos, dominicales y festivos.

### **III. – SENTENCIA IMPUGNADA<sup>3</sup>**

Por medio de providencia del 23 de marzo de 2018, la Juez Cuarto Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda.

El Juez *A quo* expuso, que el demandante tiene derecho, a que se le reconozca y pague recargo por trabajo nocturno y el trabajo realizado en dominicales y festivos porque está probado que prestó sus servicios como trabajador de la entidad demandada de manera ordinaria y permanente, durante el tiempo que se discute (1º de enero de 2012 a septiembre de 2013), en jornadas que incluían horas diurnas y nocturnas, sin que exista prueba al interior del expediente que certifique, que al actor, se le pagó dichas acreencias laborales o que se le compensaron las mismas con periodos de descanso.

Con relación al recargo nocturno, determina que conforme a la certificación allegada por la entidad, se demuestra que la actora laboró 416 horas con 240 minutos equivalentes a 420 horas, por lo que ordenó su reconocimiento en un porcentaje del 35% sobre la asignación básica, por lo que el argumento de la entidad demandada acerca de que rige a partir de la Resolución 1411/2013, no fue de recibo, como garantía del artículo 48 Constitución Política.

Continuó, explicando que las horas extras se reconocerán al 75% sobre la asignación básica, el trabajo dominical y festivos por un día de salario, las horas nocturnas equivalente al 35% sobre la asignación básica, la reliquidación de las cesantías y el pago de la diferencia de los aportes a pensión a cargo de la demandada.

Finalmente, aplica la prescripción trienal y ordena a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, a pagar el recargo nocturno, dominical y festivo y prestaciones sociales del actor, a partir del 03 de noviembre de 2012.

<sup>3</sup> Folios 86-93 cdno 1





#### **IV.- RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>**

Por medio de escrito del 24 de abril de 2018, la parte demandada presenta apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que sea revocada y denegadas las pretensiones de la demanda.

Indica que no es de recibo la decisión, en cuanto al error de interpretación del despacho del artículo 36, desconociendo las escalas de asignación básica de los empleos que desempeñan los empleados públicos de la rama ejecutiva. En cuanto a las horas extras reconocidas, afirma que para la fecha de la reclamación, la demandante ocupaba el cargo de oficial de migración código 3010 grado 15, razón por la cual no tenía derecho al reconocimiento y pago de las horas extras.

En cuanto, a los recargos en el trabajo dominical y festivo, afirma que quienes ejerzan funciones permanentes o habituales, como la demandante, no tienen derecho a dicho reconocimiento.

Concluye manifestando que la demandante no excedió las 44 horas semanales ni la jornada máxima mensual, además que descansó los compensatorios del 24 y 48 horas, por lo que no puede percibir el recargo del 35% ni el descanso remunerado por trabajo en jornada mixta, de manera simultánea.

#### **V.- TRÁMITE PROCESAL**

La demanda en comento fue repartida ante Tribunal Administrativo de Bolívar, el 24 de julio de 2018<sup>5</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 13 de diciembre de 2018<sup>6</sup>; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 10 de junio de 2019<sup>7</sup>.

#### **VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**6.1. Alegatos de la parte demandante<sup>8</sup>:** La parte demandante reitera los argumentos esgrimidos en la demanda.

<sup>4</sup> Folios 125-132 cdno 1

<sup>5</sup> Folio 2 Cdno de apelación

<sup>6</sup> Folio 4 cdno de apelación

<sup>7</sup> Folio 8 cdno de apelación

<sup>8</sup> Folios 11-16 Cuaderno de apelación





**6.2 Alegatos de la parte demandada:** La demandada no alegó de conclusión.

**6.3. Concepto del Ministerio Público:** El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

## VII.- CONSIDERACIONES

### **7.1. Control de legalidad**

Tramitada la segunda instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

### **7.2. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

### **7.3 Acto administrativo demandado.**

En el presente asunto, los actos acusados son expedidos por la UAE Migración Colombia, por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales, festivos y el porcentaje de recargo nocturno desde la fecha de ingreso 1 de enero de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013:

- Acto Administrativo contenido en el oficio radicado No. 20156110558801 del 26/11/2015. (Folios 14-15).

### **7.4 Problema jurídico.**

El problema jurídico, se planteará, así:

Establecer ¿si la señora SANDRA PINEDA FIQUE tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos, y el reajuste de sus prestaciones con sujeción al Decreto 1042 de 1978, por laborar en turnos de 24 horas desde el 22 de marzo de 2012 al 30 de septiembre de 2013?

### **7.5. Tesis de la Sala**

La Sala **confirmará** la sentencia de primera instancia, en razón a que la demandante tiene derecho a que se le reconozca y remunere el recargo nocturno de que trata el artículo 35 de la Decreto 1042 de 1978, al igual que los



13-001-33-33-004-2016-00027-01

dominicales, festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales, a partir del 3 de noviembre de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013, por haber operado el fenómeno prescriptivo. Con relación a la horas extras si bien no cumple con el requisitos del nivel técnico grado 9 por ser grado 15 no puede desconocerse el pago de los mismos teniendo en cuenta que su labor se soportó en las ordenes de servicio emanadas de la entidad.

De cara a lo anterior, esta Judicatura abordaran el siguiente temario: (i) marco normativo relativo a la jornada de trabajo y remuneración de horas extras, dominicales y festivos regulado en el Decreto 1042 de 1978, (ii) caso concreto y (iii) conclusiones.

## 7.6. Antecedentes normativos y jurisprudenciales

### 7.6.1. Marco normativo (Decreto 1042 de 1978)

Para reforzar estos planteamientos, se procederá a analizar la normatividad que se refiere a la jornada de trabajo del sector público, específicamente, en lo relativo a las horas extras, recargo nocturno, dominical y festivo. Por lo tanto, se transcribirán distintos artículos del Decreto 1042 de 1978 "**Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.**"

Así las cosas, esta Corporación entiende como jornada de trabajo en el sector público, aquel periodo de tiempo establecido por autoridad competente dentro del máximo legal, durante el cual los empleados deben cumplir las funciones que le han sido previamente asignadas por la Constitución, la Ley o el reglamento; su duración dependerá de las funciones impuestas y las condiciones en que deban ejecutarse.

El Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados públicos del orden nacional, en lo concerniente a jornada laboral y trabajo en días de descanso obligatorio, estableciendo en su artículo 33, **la jornada ordinaria** laboral de los empleados públicos, la cual corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, no obstante, la mencionada disposición prevé la existencia de una **jornada especial** de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para





13-001-33-33-004-2016-00027-01

empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

*"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 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 la horas extras."*

Con relación al **recargo nocturno**, el artículo 35 del mencionado Decreto, regula que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo laborado durante éstas últimas se remunerará con recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso.

Ahora, bien en lo relativo al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, lo regula y establece la forma en que se debe remunerar, así:

*"ARTICULO 39. DEL TRABAJO ORDINARIO EN DIAS 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 deben laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, 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.*



13-001-33-33-004-2016-00027-01

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

Conforme a la disposición trascrita, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, es decir, con un recargo del 100%, sin perjuicio de la remuneración habitual.

Contempla igualmente la norma el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, cuya remuneración se entiende incluida en el valor del salario mensual y cuando dicho compensatorio no se concede o el funcionario opta porque se retribuya o compense en dinero (si el trabajo en dominical es ocasional), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

Con relación a las horas extras, se denomina así a la jornada que excede la jornada ordinaria; se presenta cuando por razones especiales del servicio es necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, en cuyo caso, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes esté delegada la función, autorizan el descanso compensatorio o el pago de horas extras. Se encuentran reguladas en los artículos 36, 37 y 38 del Decreto Ley 1042 de 1978 y en las normas que anualmente establecen las escalas de asignación básica mensual para los empleados públicos.

Para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que el empleado pertenezca al nivel técnico o asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente.
- Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita.
- Su remuneración se hará: con un recargo del 25% si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas.
- No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales.
- Las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras trabajadas.





13-001-33-33-004-2016-00027-01

- Si el empleado se encuentra en comisión de servicios, y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago.
- Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.

## **7.7. Caso concreto**

### **7.7.1. Hechos probados:**

- Copia del derecho de petición radicado el 3 de noviembre de 2015 por la actora, ante la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia en el que solicita el pago de horas extras, dominicales, festivos, y recargos nocturnos<sup>9</sup>.
- Respuesta a la petición radicada por la demandante el 3 de noviembre de 2015, por parte de la accionada, en el que le niega el reconocimiento y pago de los factores antes mencionados<sup>10</sup>.
- Copia de la complementación a la respuesta anterior por parte de Migración Colombia, por la cual le adjunta documentación sobre la solicitud de la actora<sup>11</sup>.
- Certificado suscrito por la entidad accionada, en el que se plasma la fecha de ingreso de la demandante a la entidad, el cargo desempeñado, su asignación básica mensual, y el tipo de vinculación<sup>12</sup>.
- Memorando proveniente de la entidad, en el que informa las horas laboradas por la señora Sandra Pineda Figue desde el 22 de marzo a 31 de diciembre de 2012 y 01 de enero a 31 de agosto de 2013<sup>13</sup>.
- Reportes de nómina de la demandante en el que consta los factores salariales que devenga y el monto, desde el 01/04/2012 al 31/10/2015<sup>14</sup>.
- Cd contentivo de las ordenes de servicio en el que consta las fechas y turnos que cumplida la demandante en los años 2012-2013<sup>15</sup>.
- Cd contentivo del expediente administrativo de la señora Sandra Pineda Figue<sup>16</sup>.
- Resolución No. 01411 del 26 de agosto de 2013 *"Por el cual se dictan lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales*

<sup>9</sup> Fol. 12-13

<sup>10</sup> Fol. 14-15

<sup>11</sup> Fol. 17

<sup>12</sup> Fol. 18 y 71

<sup>13</sup> Fol. 19

<sup>14</sup> Fols. 20-27 y 72-75

<sup>15</sup> Fol. 31

<sup>16</sup> Fol. 55





13-001-33-33-004-2016-00027-01

y festivos para quienes laboran por el sistema de turnos en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia"<sup>17</sup>.

- Resolución No. 00281 del 16 de abril de 2012 "Por el cual se dictan lineamientos sobre el trabajo mediante el sistema de turnos en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia"<sup>18</sup>.
- Certificado emitido por Migración Colombia en el que consta las horas y fechas laboradas por la demandante correspondiente a dominicales, festivos y nocturnas, así como las horas y días en que descansó<sup>19</sup>.
- Ordenes de servicio de la demandante, allegadas por la entidad accionada<sup>20</sup>.

### **7.7.2 Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.**

De las pruebas aportadas y presentadas de manera oportuna, se tienen como hechos probados los siguientes:

La demandante fue incorporado a la unidad Administrativa Especial Migración Colombia, a partir del 22 de marzo de 2012, desempeñándose en el cargo de Oficial de Migración 3010-15, asignado al puesto de control migratorio Aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena, tal como consta en la certificación suscrita por el Subdirector de talento Humano de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, así como de la hoja de vida allegada con el expediente administrativo (fl. 55-70).

Que el 3 de noviembre de 2015 solicitó a la entidad el reconocimiento y pago de dominicales, festivos, nocturnos y horas extras laboradas desde la fecha de ingreso hasta el 30 de septiembre de 2013, sin embargo, dicha petición fue negada por la accionada mediante respuesta del 26 de noviembre de 2015, la cual fue complementada el 07 de enero de 2016 (Fols. 14-15; 17), la razón dada por la entidad es que la actora no trabajó mas de las 44 horas permitidas y además disfrutó de descansos.

Que conforme al memorando del 30 de noviembre de 2015, emitido por la entidad, la señora Pineda Figue laboró 1399.25 horas para el año 2012 y 1197.64 horas para el año 2013 (fol. 19). De igual forma que, en el año 2012 los factores salariales que devengó fueron: asignación básica y prima de navidad; en

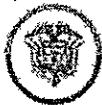
<sup>17</sup> Fols. 76-79

<sup>18</sup> Fols. 80-81

<sup>19</sup> Fol. 82-87

<sup>20</sup> Fol. 88





13-001-33-33-004-2016-00027-01

cuanto al año 2013, percibió asignación básica, bonificación pro servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, recargo dominical, vacaciones, recargo festivo, auxilio de cesantías, bonificación por recreación, recargo nocturno (fol. 22-27).

Conforme a las órdenes de servicio allegadas en CD por la parte actora, se evidencia que la entidad relaciona la fecha del turno asignado, la función a cumplir y la intensidad horaria del mismo (fol. 31), en las mismas se evidencian que la señora Sandra Pineda laboró aparte de lunes a viernes, los días sábados, domingos y festivos, en horarios diurnos y nocturnos. Información que se corrobora de manera detallada con la allegada por Migración Colombia a (folios. 88).

Se encuentra probado que mediante Resolución 01411 de 2013, El Ministerio de Relaciones Exteriores- Migración Colombia, dictó lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran por el sistema de turnos. En el mismo se resolvió que las horas por turnos serían de 44 semanales distribuidas de lunes a domingo, el reconocimiento de dominicales y festivos será del doble del valor de un día de trabajo más un día de descanso compensatorio, en cuanto a las horas extras y trabajo ocasional deberá pertenecer al nivel técnico hasta grado 09 o asistencial grado 19 y sobre el recargo nocturno se reconoce el 35% sobre la asignación básica (Fols. 76-79).

Con relación a la Resolución No. 0281 de 2012, se tiene que mediante la misma la entidad demandada reglamentó el sistema de turnos, resolvió que eran aquellos el trabajador cumplía en horas distintas a la ordinaria de 8 horas en periodos de días o semanas.

En forma general los argumentos de **la parte demandada**, para recurrir la sentencia de primera instancia, se circunscriben en establecer que el A-quo incurre en un error conceptual al considerar que la demandante tiene derecho a los recargos nocturnos, los dominicales y festivos toda vez que los funcionarios de la Unidad Administrativa especial migración Colombia, se les aplica el régimen salarial contenido en los Decreto 850 de 2012 y Decreto 1029 de 2013.





13-001-33-33-004-2016-00027-01

Sin embargo para mayor entendimiento esta Sala se detendrá a estudiar cada prestación solicitada, teniendo en cuenta el certificado allegado por la entidad (fol. 82).

MES	DIAS LABORADOS	FECHAS DIAS DE DESCANSO POR TURNO LABORADO	# DE HORAS Y MINUTOS DOMINICALES LABORADOS	# DE HORAS Y MINUTOS FESTIVOS LABORADOS	# DE HORAS Y MINUTOS NOCTURNAS LABORADAS	TOTAL HORAS LABORADAS MES
abr-12	01-03-04-05-06-08-09-10-12-13-15-17-19-21-23-24-25-27-28-29-30	02-07-11-14-16-18-20-22-26-31	34:00:00	18:30	15:00:00	196:00:00
may-12	02-03-04-05-06-08-09-10-11-13-14-15-16-18-19-20-21-23-24-26-27-28-29-31	01-07-12-17-22-25-30	44:45:00	0:00:00	24:40:00	247:35:00
jun-12	01-02-04-05-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-26-27-30	03-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-28-29	8:00:00	14:45:00	25:00:00	163:45:00
jul-12	01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-28-29	02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-26-27-30-31	44:00:00	7:30:00	28:10:00	169:10:00
ago-12	01-02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26-29-30	03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-27-28-31	23:00:00	0:00:00	35:10:00	177:40:00
sep-12	02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-26-27-30	01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-28-29	32:30:00	0:00:00	29:15:00	154:15:00
oct-12	01-08-09-12-13	02-03-04-05-06-07-10-11-14	0:00:00	0:00:00	12:10:00	54:00:00
nov-12	01-02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26-29-30	03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-27-28	23:00:00	5:00:00	29:00:00	164:00:00
dic-12	03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-27-28-31	01-02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26-29-30	22:30:00	15:00:00	29:50:00	164:20:00





MES	DIAS LABORADOS	FECHAS DIAS DE DESCANSO POR TURNO LABORADO	# DE HORAS Y MINUTOS DOMINICALES LABORADOS	# DE HORAS Y MINUTOS FESTIVOS LABORADOS	# DE HORAS Y MINUTOS NOCTURNAS LABORADAS	TOTAL HORAS LABORADAS MES
ene-13	01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-28-29	02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-26-27-30-31	20:00:00	15:00:00	18:00:00	148:50:00
feb-13	01-02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26	03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-27-28	24:00:00	0:00:00	31:35:00	158:25:00
mar-13	01-02-13-14-17-18-21-22-25-26-29-30	03-04-15-16-19-20-23-24-27-28-31	8:00:00	10:20:00	11:10:00	118:30:00
abr-13	02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-26-27-30	01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-28-29	24:10:00	0:00:00	15:00:00	145:25:00
may-13	01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-28-29	02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-26-27-30-31	23:15:00	19:45:00	20:00:00	147:15:00
jun-13	01-02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26-29-30	03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-27-28	38:30:00	11:00:00	19:30:00	145:49:00
jul-13	03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-31	01-02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26-27-28-29-30	8:10:00	11:30:00	14:30:00	138:40:00
ago-13	01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-28-29	02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-26-27-30-31	24:00:00	0:00:00	32:00:00	170:30:00
sep-13	02-05-06-09-10-13-14-17-18-22-23-26-27-30	01-03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-21-24-25-28-29	8:00:00	0:00:00	30:00:00	155:00:00





### 7.7.2.1. Horas extras

El A quo, ordenó el reconocimiento y pago de las horas extras pretendidas, debido a que encontró probado que el cargo que ostenta la demandante corresponde al nivel técnico conforme a la normativa aplicable, por otro lado, se allegaron las ordenes de servicio mes por mes de los años 2012 al 2013 encontrándose órdenes a cargo de la actora y por último, halló que durante los meses de abril y mayo de 2012 la demandante superó la jornada ordinaria de 190 horas mensuales.

Los argumentos del recurso de la parte demandada, se resumen en la errada interpretación del artículo 36 por parte del A-quo, toda vez que considera que se desconocieron los Decretos salariales que fijan las escalas de asignación básica de los empleados de Migración Colombia; de igual forma, manifiesta que para el periodo objeto de reclamación la demandante ocupaba el cargo de oficial de migración código 3010 grado 15, por lo que conforme al artículo 154 el Decreto 0853 no tiene derecho.

Esta Sala frente a la petición de horas extras diurnas, confirmará lo resuelto por el juez de primera instancia, sin embargo se deja la salvedad de que los requisitos establecidos en el artículo 36, del Decreto 1042/1978 en cuanto a estas son los siguientes:

- a) el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19
- 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.

De igual forma, en cuanto al reconocimiento y pago de las horas extras nocturnas, el artículo 37 de la misma norma, determina:

**ARTÍCULO 37.** De las horas extras nocturnas. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6 p.m. y las 6 a.m.,





13-001-33-33-004-2016-00027-01

del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento sobre la asignación básica mensual.

Considera pertinente esta Sala indicar que, si bien la Resolución 00281 de 2012 expedida en abril del año en mención, reitera lo expuesto en el Decreto 1042 de 1978 con relación a que no puede haber horas extras para empleados que no pertenezcan al Nivel Técnico hasta el grado 09; no es dable desconocer que desde esa fecha- abril de 2012-, la señora Pineda Figue viene laborando bajo el sistema de turnos más allá de la jornada ordinaria laboral, así como domingos y festivos. Por lo que mal haría esta Corporación, en negar la remuneración por el trabajo efectuado, cuando fue en cumplimiento de las órdenes de servicios emanadas por la entidad demandada; por otra parte, se violaría y desconocería lo establecido en el artículo 53 y 25 de la Constitución Política, al igual que las convenciones de la OIT suscritas por Colombia.

En virtud de lo anterior, tal como lo estableció la A-quo se confirmará el reconocimiento y pago de las horas extras conforme quedó plasmado en la providencia apelada.

#### **7.7.2.2. Dominicales y festivos:**

En la sentencia de primera instancia, se estableció que la demandante laboró 37 domingos y 15 festivos, por lo que conforme al artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, ordenó pagar el equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado.

El recurrente afirma que, los Decretos salariales 0853 de 2012 y 1029 de 2013, regulan los recargos dominicales y festivos, las cuales establecen que únicamente proceden para el trabajo ocasional y para aquellos funcionarios que pertenecen al nivel técnico hasta del grado 9 y asistencial hasta el grado 19, en consecuencia, al no estar consagrados en la norma transcrita quienes ejerzan funciones permanentes o habituales como la demandante, no tienen derecho a su reconocimiento.

En ese orden de ideas, respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que la misma debe ser



13-001-33-33-004-2016-00027-01

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, lo cual equivale a una sobre remuneración del 200% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

De las pruebas allegadas al proceso, se desprende que la actora laboró dominicales y festivos en forma permanente por el sistema de turnos empleado por la entidad demandada, en razón al servicio de control migratorio, en el aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena, que presupone la habitualidad y permanencia, de la misma manera, no reposa en el expediente prueba alguna que demuestre que la parte demandada, ha pagado las horas laboradas en domingos y festivos, pero está demostrado que en el período demandado la señora Sandra Pineda, sí laboró en esos días, tal como lo resumió el A-quo. En ese sentido, no se trataba de una labor ocasional, sino habitual que era programada por el patrono.

Dicho en otras palabras, del material probatorio se desprende que la UAE Migración Colombia, no ha pagado el trabajo habitual en dominicales y festivos, en el porcentaje indicado en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, tal como se desprende de la certificación que reposa a folio 82.

Por lo anterior, la Sala confirmará lo ordenado por el A-quo en cuanto al reconocimiento y pago de esta prestación.

### **7.7.2.3. Recargo nocturno**

En la providencia apelada, se determinó que conforme al certificado allegado por la entidad, la demandante laboró horas nocturnas, relacionando cada una de ellas por meses y horas. Por lo anterior, resolvió que debía reconocerse 420 horas laboradas por este concepto.

En lo relativo al pago de recargo nocturno, afirma el apelante que se desconoce lo establecido en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, por cuanto la norma determina que puede compensarse con periodos de descanso, los cuales se encontraban demostrados en el expediente y reconocidos por el juez de primera instancia. Adicionalmente, menciona la demandada que la Resolución 1411 de 2013, organiza el trabajo por el sistema de turno y en jornadas mixtas para los funcionarios misionales que desarrollan funciones de control migratorio, y regula el pago de recargo nocturno, dominicales y festivos, aplicable a quienes laboran





13-001-33-33-004-2016-00027-01

por el sistema de turnos y a partir del mes de septiembre de 2013, rigiendo hacia el futuro y por ningún motivo es posible aplicarlo de manera retroactiva.

Se encuentra acreditado, que la señora Sandra Pineda, prestó sus servicios en su jornada ordinaria de 12 horas diarias, es decir, con un turno de 7:00 a.m. a 7: a.m., luego entonces, la jornada laboral nocturna se desarrolla desde las 6:00 p.m. a las 6:00 a.m. Al respecto, la Sala aclara que al tenor del artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, el recargo nocturno equivale a un 35% del valor de la hora ordinaria la cual se determina con sujeción a la asignación básica que corresponde a la jornada de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 ibídem.

Así las cosas, el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el trabajo realizado en recargo nocturno, porque se demostró con la prueba transcrita en el cuadro, que durante el periodo demandado abril de 2012 a 30 de septiembre de 2013, la señora Pineda Figue , prestó sus servicios en horas diurnas y nocturnas, es decir, una jornada mixta, que se encuentra regulada en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, que establece que los funcionarios que trabajen en la jornada mixta, la parte del tiempo laborado durante las horas nocturnas, se remuneraran con recargo del 35%, pero se podrá compensar con descanso; pero al revisar el plenario no reposa prueba del pago o de la compensación del descanso, por lo tanto, esta Corporación, comparte los decidido por el juez de primera instancia y procederá a confirmar lo resuelto.

#### **7.7.2.4. Reliquidación de factores salariales y prestaciones sociales:**

Si bien el mismo no fue objeto de apelación esta Corporación confirmará lo resuelto por el A-quo, atendiendo, el reconocimiento del trabajo suplementario a que tiene derecho la demandante con fundamento en las directrices señaladas en el Decreto 1042 de 1978, la cual conlleva el reajuste o reliquidación de las cesantías, de conformidad con lo previsto en el artículo 45<sup>21</sup> del Decreto

<sup>21</sup> "Artículo 45º.-De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) (...)
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) (...)"





13-001-33-33-004-2016-00027-01

Ley 1045 de 1978, respecto a los periodos que no se encuentren afectados por el fenómeno de la prescripción.

Por lo tanto, los argumentos del recurso de apelación propuesto por la parte demandada, resultan infundados, atendiendo que no desvanecen las razones que tuvo el juez de primera instancia, para reconocer el pago de recargo nocturno, domingos y festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales.

### **7.8. Conclusión**

La respuesta al interrogante planteado en el problema jurídico es positiva, en razón a que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y remunere el recargo nocturno de que trata el artículo 35 de la Decreto 1042 de 1978, al igual que los dominicales y festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales, a partir del 3 de noviembre de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013, por haber operado el fenómeno prescriptivo. Con relación a las horas extras se logró establecer que, si bien no le asistía derecho por pertenecer al cargo de oficial de migración grado 3010-15, pues el artículo 36 ibidem, tiene como requisito que solo procede hasta el nivel técnico grado 09, no puede desconocerse la labor realizada en cumplimiento de una orden del patrono.

En cuanto a la parte demandada, tenía la carga de demostrar que efectivamente la señora Sandra Pineda gozó de descansos por la labor realizada o efectuó el pago de las mismas, sin embargo, solo fue una afirmación que no tuvo sustento probatorio alguno.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

### **VII.- COSTAS -**

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala condenará en costas a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA, toda vez que el recurso le es desfavorable.

### **VIII.- DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



13-001-33-33-004-2016-00027-01

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 23 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

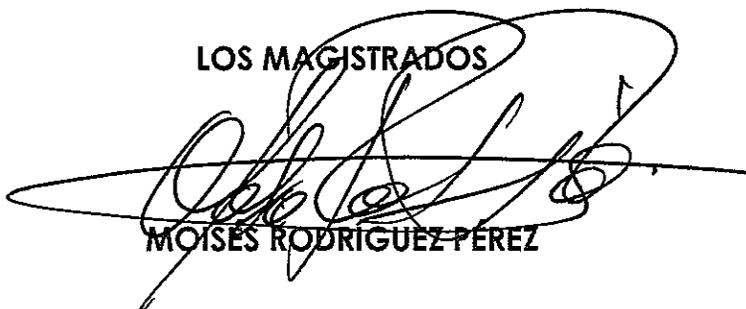
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte vencida, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 067 de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**



**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**



**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**



**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

Handwritten marks and scribbles in the top right corner.



Faint, illegible handwritten text or scribbles in the center of the page.



Handwritten mark resembling a checkmark or the number '7' in the bottom right corner.

