



Cartagena de Indias D.T. y C., cuatro (04) de diciembre de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2015-00511-02
Demandante	OSWALDO LEDEZMA MERCADO
Demandado	U.A.E. MIGRACIÓN COLOMBIA
Tema	<i>Modifica sentencia- Reconocimiento y pago de recargos nocturnos, horas extras, dominicales y festivos, conforme lo establece el Decreto 1042 de 1978.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar 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, mediante la cual resolvió acceder a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, por el señor OSWALDO LEDEZMA MERCADO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la U.A.E. MIGRACIÓN COLOMBIA, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

3.1.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la presente acción, la demandante elevó en resumen las siguientes pretensiones:

¹Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 1-10 cdno 1

³ Fols. 3 Cdno 1.

13-001-33-33-004-2015-00511-02

Primero: Declárese la nulidad del acto administrativo particular oficio No. 20156110269181 de fecha 2015-06-23, proferido por la UAE Migración Colombia, por el cual se negó la solicitud deprecada.

Segundo: Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se reconozca y pague las horas extras, dominicales, festivos, y trabajo nocturno, laborados desde la fecha de ingreso a la institución hasta el 30 de septiembre de 2013 o hasta la fecha en que la unidad hubiera empezado a reconocerlos y pagarlos conforme a la Resolución 1411 de 2013, de igual forma, se ordene la reliquidación y pago con el salario devengado en el que quede incluidos los recargos suplementarios por concepto de dominicales y festivos, horas extras, recargos nocturnos, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, primas de vacaciones, primas de servicios, primas de antigüedad, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y reajuste de aportes a seguridad social.

Tercero: Se ordene la indexación de las sumas reconocidas.

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

Quinto: Que se condene en costas a la entidad demandada.

3.1.2. Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Señala el accionante que labora para la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA, desde el 1 de enero de 2012 desempeñándose en el cargo de oficial de migración grado 3010-18 (E), con una asignación básica mensual de \$2.151.650, y una bonificación por compensación que es factor salarial de \$392.971.

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.

⁴ Fols. 1-2 Cdno 1

13-001-33-33-004-2015-00511-02

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

Indica que la demandada, reglamentó el trabajo por sistema de turnos mediante Resolución 1411 de 2013, estableció los procedimientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos.

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

Afirma que, el 29 de abril 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 30 de septiembre de 2013, o hasta la fecha en que la unidad hubiera empezado a reconocerlos y pagarlos conforme a la Resolución 1411 de 2013, y que a partir de ahí se le reconozca y pague el salario incluyéndose los recargos suplementarios por concepto de dominicales y festivos, horas extras, recargos nocturnos, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, primas de vacaciones, primas de servicios, primas de antigüedad, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y reajuste de aportes a seguridad social.

Aduce que, la demandada mediante oficio No. 20156110269181 de fecha 2015-06-23, negó dicha solicitud, al considerar que lo establecido en la Resolución No. 1411 de 2013, respecto al reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos, regía hacía el futuro, en dicho acto no se le indicó que recursos procedían negando la posibilidad de interponerlos, quedando agotada la vía gubernativa.

La entidad demandada, dando alcance al oficio No. 20156110269181, remitió de manera parcial la certificación requerida en la que reconocen que el demandante laboró 1762.25 horas durante el periodo de enero a diciembre de 2013 y 1378.15 horas laboradas entre enero y septiembre de 2013, sin precisar a cuál correspondía cada cual.

13-001-33-33-004-2015-00511-02

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes

- Art. 138 CPACA
- Art. 1,2,13,25, 29 y 53 Constitución Política
- Decreto 1042 de 1978
- Ley 27 de 1992
- Art. 140 Código Sustantivo del Trabajo

Expone que, la demandada desconoce los principios constitucionales propios de los trabajadores contenidos en la Carta Política, al negar el pago del trabajo suplementario con la justificación que la Resolución 1411 de 2013 rige hacia el futuro.

Finaliza aduciendo en resumen que, sus jornadas laborales exceden considerablemente la jornada laboral ordinaria y que la remuneración que recibían antes de la Resolución 1411 de 2013 es por la jornada preestablecida, significando que, el tiempo adicional constituye trabajo suplementario extra el cual debe ser remunerado.

3.2. CONTESTACIÓN UAE MIGRACIÓN COLOMBIA⁵

La entidad demandada, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, y se concede en costas a la parte demandante.

- **Acerca de los hechos**

Manifiesta que es cierto, que mediante la Resolución 024 del 21 de diciembre de 2011, el señor Ledezma fue incorporado a la planta de personal 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 actor; 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.

⁵ Fols. 29- 34 cdno 1

13-001-33-33-004-2015-00511-02

- **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.
- **Genérica.**

- **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 continuas 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 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 103, explica que con esta, se organiza en la entidad, el trabajo por sistema de turnos y en jornada mixta 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, dominicales y festivos, incorporando las disposiciones que trae la Decreto-Ley 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 turnos, el régimen ordinario de recargos nocturnos, dominicales y festivos.



13-001-33-33-004-2015-00511-02

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 23 de marzo de 2018, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda.

“Primero: Declárese la nulidad del acto administrativo, contenido en la respuesta a la petición presentada por el señor Oswaldo Ledezma Mercado del 23 de abril de 2015 radicada con el N°. 201520944732

Segundo: CONDENESE a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia a favor del señor Oswaldo Ledezma Mercado, al pago de los siguientes conceptos:

- *El recargo equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) sobre la asignación básica por 4 horas laborales, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 1042 de 1978, y 2 horas laboradas, con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre la asignación básica, según lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1042 de 1978.*
- *El equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical (36) días, y festivos (11 días) laborados.*
- *el recargo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) sobre la asignación básica por las horas nocturnas laboradas, las cuales equivalen a 515 horas con 325 minutos, es decir, el equivalente a 520 horas.*
- *Reliquidación de las cesantías proporcionales al tiempo laborado, con inclusión de las horas extras reconocidas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.*
- *Pagar al fondo respectivo, la diferencia de los aportes a pensión a cargo de la demandada, desde la fecha de vinculación del demandante, es decir, 1 de enero de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013.*

Tercero: Declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, en el sentido de tener por extinguido el derecho del demandante a que se le pague los derechos laborales reconocidos con anterioridad al 23 de abril de 2012.

(...)”

El A quo estudió de manera separada cada pretensión, determinando que en cuanto a las horas extras encontró probadas conforme a la certificación

⁶ Fols. 109-118 cdno 1



13-001-33-33-004-2015-00511-02

remitida por la entidad demandada, que el actor en el mes de febrero de 2012 laboró 196 horas mensuales, y de esas 6 fueron horas extras. Por lo que estableció que, de esas 6 horas extras, 4 fueron nocturnas y los 2 restantes fueron diurnas, por lo que ordenó la liquidación de las horas extras en un 75% de la asignación básica y, las segundas con un recargo del 25%.

En cuanto a los domingos y festivos, indicó que, de la certificación emitida por la entidad donde constan los horarios laborados por el actor, encontró que, laboró 36 domingos y 11 festivos. De la siguiente forma:

DIAS	MES/AÑO	DOMINGOS	FESTIVOS
1, 8, 29 (D)	Abril-2012	3	0
27 (D)	Mayo-2012	1	0
3 y 24 (D), 11 (F)	Junio- 2012	2	1
1 (D), 2 (F), 22 (D), 29 (D)	Julio-2012	3	1
20 (F)	Agosto-2012	0	1
16 y 23 (D)	Septiembre- 2012	2	0
14 y 21 (D)	Octubre-2012	2	0
11 y 18 (D)	Noviembre-2012	2	0
8 (F), 9 (D), 16 (D), 25 (F)	Diciembre-2012	2	2
1 (F), 6 (D), 13 (D)	Enero-2013	2	1
3 y 10 (D)	Febrero-2013	2	0
3,10 y 31 (D)	Marzo-2013	3	0
7 y 28 (D)	Abril-2013	2	0
1 (F), 5 (D)	Mayo-2013	1	1
3 (F), 2 (D), 10 (F), 23 (D), 30 (D)	Junio-2013	3	2
1(F), 20 (F), 21 (D), 28 (D)	Julio-2013	2	2
18 y 25 (D)	Agosto-2013	2	0
15 y 22 (D)	Septiembre-2013	2	0

En relación con el recargo nocturno, determinó que el actor había laborado horas nocturnas como a continuación se relaciona, el cual debía pagarse en un 35% sobre la asignación básica, correspondiente a 515 horas, 325 minutos, es decir, el equivalente a 520 horas.

MES	AÑO	HORAS NOCTURNAS
Enero	2012	2 horas
febrero	2012	4 horas
Marzo	2012	17 horas
Abril	2012	31 horas 30 minutos
Mayo	2012	30 horas
Junio	2012	30 horas 50 minutos
Julio	2012	36 horas 25 minutos
Agosto	2012	20 horas 40 minutos
Septiembre	2012	31 horas
Octubre	2012	35 horas
Noviembre	2012	30 horas
diciembre	2012	34 horas 30 minutos
Enero	2013	25 horas



13-001-33-33-004-2015-00511-02

febrero	2013	13 horas 5 minutos
Marzo	2013	26 horas 45 minutos
Abril	2013	22 horas 20 minutos
Mayo	2013	20 horas 40 minutos
Junio	2013	26 horas 10 minutos
Julio	2013	20 horas
Agosto	2013	28 horas
Septiembre	2013	30 horas 30 minutos

Al resolver la inclusión de los recargos suplementarios en las prestaciones periódicas, la misma fue denegada, en virtud al artículo 59 del Decreto en mención. Finalmente, accedió al reajuste de los aportes por concepto de seguridad social, desde la fecha de vinculación hasta el 30 de septiembre de 2013.

Igualmente, declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas desde el 22 de abril de 2012 hacia atrás, teniendo en cuenta que la petición fue instaurada el 23 de abril de 2015, la demanda se presentó el 3 de noviembre de 2015 dentro de los 3 años siguientes, y como quiera que las prestaciones reclamadas comprenden desde el 1 de enero de 2012 al 30 de septiembre de 2013, se entienden prescritas, excepto, las aportes a pensión.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

Por medio de escrito del 24 de abril de 2018, la parte demandada solicita se revoque el fallo apelado, indicando 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, el 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 el 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 de las 24 y 48 horas, por lo que no puede percibir el recargo

⁷ Fols. 120-127 cdno 1

13-001-33-33-004-2015-00511-02

del 35% ni el descanso remunerado por trabajo en jornada mixta, de manera simultánea

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 26 de junio de 2018⁸ se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 04 de diciembre 2018⁹; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 05 de febrero de 2019¹⁰.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹¹: Presentó escrito de alegatos, solicitando se confirme la sentencia apelada.

3.6.2. Parte demandada: No presentó escrito de alegatos

3.6.3. Ministerio Público: No presentó el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera 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, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

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

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

⁸ Fol. 2 cdno 2

⁹ Fol. 4 Cdno 2

¹⁰ Fol. 8 Cdno 2

¹¹ Fols. 11-17 cdno 2



13-001-33-33-004-2015-00511-02

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿El señor OSWALDO LEDEZMA MERCADO tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos, y el reajuste de sus prestaciones con sujeción al Decreto-Ley 1042 de 1978, por laborar en turnos de 24 horas desde el 01 de enero de 2012 al 30 de septiembre de 2013?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala **modificará** la sentencia de primera instancia, en razón a que, si bien, el demandante tiene derecho a que se le reconozca y remunere el recargo nocturno de que trata el artículo 35 de la Decreto-Ley 1042 de 1978, al igual que los dominicales, festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales, la prescripción declarada por el A-quo, no puede ser tenida en cuenta desde el 23 de abril de 2012 como quedó consignado en el fallo apelado, debido a que, la reclamación administrativa fue presentada el 29 de abril de 2015.

Con relación a las horas extras si bien no cumple con los 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.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL¹²

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,**

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)., Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00341-01(2001-13) Actor: RICARDO JOSÉ CORRALES, Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA.



13-001-33-33-004-2015-00511-02

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 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.



13-001-33-33-004-2015-00511-02

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 que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

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

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

Conforme a la disposición trascrita, el trabajo realizado en días de descanso obligatorio es trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y recibe una remuneración diferente a la señalada para el trabajo realizado como suplementario en días hábiles, que corresponde al doble 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.



13-001-33-33-004-2015-00511-02

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.
- 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.

5.5. Caso concreto

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Derecho de petición elevado por el actor el 29 de abril de 2015, en donde solicita a la entidad demandada el pago de horas extras, dominicales, festivos y recargo nocturno¹³.
- Respuesta por parte de Migración Colombia, a la petición elevada por el actor el 29 de abril de 2015, donde resuelve de manera desfavorable sus solicitudes y anexa memorando contentivo de horas laboradas¹⁴.
- Certificado expedido por el Director Regional Caribe de Migración Colombia, en el que informa las horas laboradas por el señor Ledezma desde enero de 2012 a septiembre de 2013¹⁵.
- Certificado de tiempo de servicio expedido por la Subdirectora de Talento Humano de la entidad demandada, en el que se plasma la fecha de ingreso del demandante a la entidad, el cargo

¹³ Fols. 12-13 cdno 1

¹⁴ Fols. 14-15 cdno 1

¹⁵ Fols. 57-62 cdno 1



13-001-33-33-004-2015-00511-02

desempeñado, su asignación básica mensual, el tipo de vinculación, los factores salariales que devengó y el monto ¹⁶.

- Certificado suscrito por el Subdirector de talento humano en el que indica, los cargos desempeñados por el actor¹⁷.
- Resolución No. 01411 del 26 de agosto de 2013 *“Por el cual se dictan lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran por el sistema de turnos en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia”*¹⁸.
- 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”*¹⁹.
- Historia laboral del demandante²⁰.
- Ordenes de servicio, donde se establecen los turnos diarios y los integrantes de los mismos²¹.

5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

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

El demandante fue incorporado a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, a partir del 01 de enero de 2012, desempeñándose en el cargo de Oficial de Migración código 3010- grado 15, asignado a la Regional Caribe (Bolívar), 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 (fol. 69, 83).

Que el 29 de abril de 2015²² 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 23 de junio de 2015 y recibida por el demandante el 30 de junio del mismo año, la razón dada por la entidad es que en ese momento no contaban con soporte legal, ni con

¹⁶ Fols. 63-68 cdno 1

¹⁷ Fols. 69 cdno 1

¹⁸ Fols. 76-79 cdno 1

¹⁹ Fols. 80-82 cdno 1

²⁰ Fol. 83 cdno 1

²¹ Fols. 84 cdno 1

²² Ver escrito de demanda hecho N0. 10, y fols. 12 y 13



13-001-33-33-004-2015-00511-02

disponibilidad presupuestal, de igual forma, fundamentó su negativa en una jurisprudencia del Consejo de Estado que establece que los trabajadores que laboran en modalidad de turnos no tienen lugar a descanso remunerado cuando lo hayan disfrutado a tiempo, y que la Resolución 1411 de 2013 rige hacia futuro.

Que, conforme al memorando del 30 de junio de 2015, emitido por la entidad, el señor Ledezma Mercado laboró 1762,25 horas para el año 2012 y 1378,15 horas para el año 2013 (fol. 15). De igual forma que, en el año 2012 los factores salariales que devengó fueron: asignación básica, bonificación por compensación, bonificación por servicios 50%, prima de servicios, y prima de navidad; en cuanto al año 2013, percibió asignación básica, bonificación por compensación, bonificación por servicios 50%, prima de servicios, prima de navidad, recargo dominical, y recargo nocturno, (fol. 64-65).

Conforme a las órdenes de servicio allegadas en CD por la parte demandada, se evidencia que la entidad relaciona la fecha del turno asignado, la función a cumplir y la intensidad horaria del mismo (fol. 84), en las mismas se evidencian que el señor Ledezma Mercado laboró aparte de lunes a viernes, los días sábados, domingos y festivos, en horarios diurnos y nocturnos.

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 y que significaba el mismo.

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 el 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 178/2020
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

13-001-33-33-004-2015-00511-02

aplica el régimen salarial contenido en los Decreto 850 de 2012 y Decreto 1029 de 2013.

Sin embargo, para mayor entendimiento esta Sala se detendrá a estudiar cada prestación solicitada, teniendo en cuenta el certificado allegado por la entidad (fol. 84).

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-12	Horario oficina (08:00 am a 12:00 pm y 02:00 pm a 18:00 pm)	0	0:00:00	00:00	2:00:00	182:00:00
feb-12	Horario oficina (08:00 am a 12:00 pm y 02:00 pm a 18:00 pm)	0	0:00:00	0:00:00	4:00:00	196:00:00
mar-12	Horario oficina (08:00 am a 12:00 pm y 02:00 pm a 18:00 pm)	0	0:00:00	0:00:00	17:00:00	169:00:00
abr-12	01-03-04-08-09-11-12-13-16-17-19-20-23-25-26-28-29	01-05-06-07-10-14-15-18-19-21-22-24-27-30	21:30:00	0:00:00	31:30:00	147:00:00
may-12	01-02-04-05-14-15-18-19-22-23-26-27-30-31	03-06-07-16-17-20-21-24-25-28-29	15:00:00	4:30:00	30:00:00	131:30:00
jun-12	03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-27-28	01-02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26-29-30	16:30:00	8:15:00	30:50:00	143:45:00
jul-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	30:30:00	9:45:00	36:25:00	175:40:00
ago-12	02-03-20-23-24-27-28-31	01-04-05-21-22-25-26-29-30	0:00:00	15:00:00	20:40:00	89:40:00
sep-12	01-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-27-28	02-03-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26-29-30	23:10:00	0:00:00	31:00:00	158:40:00
oct-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	20:00:00	0:00:00	35:00:00	177:00:00
nov-12	02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-26-27-30	01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-22-28-29	23:00:00	0:00:00	30:00:00	142:00:00
dic-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	23:00:00	23:00:00	34:30:00	167:30:00





13-001-33-33-004-2015-00511-02

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	01-02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26-29-30	03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-27-28	23:00:00	06:00:00	25:00:00	170:40:00
feb-13	02-03-06-07-10-11-14-15-18-19	01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21	23:00:00	0:00:00	13:05:00	104:35:00
mar-13	02-03-06-07-10-11-14-15-18-19-22-23-26-27-30-31	01-04-05-08-09-12-13-16-17-20-21-24-25-28-29	38:45:00	0:00:00	26:45:00	165:45:00
abr-13	03-04-07-08-11-12-15-16-19-20-23-24-27-28	01-02-05-06-09-10-13-14-17-18-21-22-25-26-29-30	21:00:00	0:00:00	22:20:00	138:45:00
may-13	01-02-05-06-09-10-14-17-18-21-22-29-30	03-04-07-08-11-12-13-15-16-19-20-23-24	8:00:00	5:00:00	20:40:00	126:40:00
jun-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	12:50:00	19:15:00	26:10:00	148:55:00
jul-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	19:30:00	25:00:00	163:40:00
ago-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	22:00:00	0:00:00	28:00:00	170:00:00
sep-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	21:30:00	0:00:00	30:30:00	163:15:00

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 del actor y, por último, halló que durante el mes de febrero de 2012 el 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 el 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:



13-001-33-33-004-2015-00511-02

- 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., 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 antes de esa fecha- abril de 2012-, el señor Ledezma Mercado 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 el actor laboró 36 domingos y 11 festivos, por lo que conforme al artículo 39 del Decreto 1042 de



13-001-33-33-004-2015-00511-02

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 el 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 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 el actor 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 el señor Oswaldo Ledezma, si 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 84.

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

13-001-33-33-004-2015-00511-02

7.7.2.3. Recargo nocturno

En la providencia apelada, se determinó que, conforme al certificado allegado por la entidad, el demandante laboró horas nocturnas, relacionando cada una de ellas por meses y horas. Por lo anterior, resolvió que debía reconocerse 520 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 turnos 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 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 el señor Oswaldo Ledezma, prestó sus servicios en su jornada ordinaria de 12 horas diarias, es decir, con un turno de 8:00 a.m. a 12:00 a.m. y de 2:00 pm a 18:00 pm, 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 enero de 2012 a 30 de septiembre de 2013, el señor Ledezma, 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 lo decidido por el juez de primera instancia y procederá a confirmar lo resuelto.



13-001-33-33-004-2015-00511-02

En cuanto a la prescripción, si bien, no fue motivo de apelación, esta Sala modificará lo resuelto por el Aquo, en el sentido de tener por prescritas los derechos laborales reconocidos con anterioridad al 29 de abril de 2012, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa fue presentada el 29 de abril de 2015, por lo que el término de los 3 años, culminan en la primera fecha aquí relacionada, y no como erradamente se dejó sentado en el fallo apelado, el cual declaró la prescripción de los periodos desde el 23 de abril de 2012 al 30 de septiembre de 2013, teniendo como fecha de presentación de la solicitud el 23 de abril de 2015.

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.

En consecuencia, se modificará la sentencia apelada, solo en el acápite correspondiente a la prescripción

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 MIGRACIÓN COLOMBIA, toda vez que el recurso le fue desfavorable.

VI. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia del 23 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda, el cual quedará así:

“Tercero: Declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, en el sentido de tener por



13-001-33-33-004-2015-00511-02

extinguido el derecho del demandante a que se le pague los derechos laborales reconocidos con anterioridad al 29 de abril de 2012".

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, 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 virtual No. 082 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

DIGNA MARIA GUERRA PICÓN