

Cartagena de Indias D, T y C, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2021).

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2015-00527-01
Demandante	EFRAIN HERRERA TORRES
Demandado	U.A.E. MIGRACIÓN COLOMBIA
Tema	RECONOCIMIENTO Y PAGO DE RECARGOS NOCTURNOS, HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS-DECRETO 1042 DE 1978.
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- El señor EFRAIN HERRERA TORRES labora para la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA desde el 1 de enero de 2012 desempeñando el cargo de Oficial de Migración Grado 3010-15 (E).

- A su turno, afirma que el señor HERRERA TORRES labora en un sistema de turnos, conforme a las órdenes del día; dichos de turnos son continuos de 26 horas de labor y 48 horas de descanso, pero dentro de esas 48 horas el funcionario se encuentra sometido a un turno extra denominado “disponibilidad de 8 horas”.
- Señala que en total cada semana el accionante labora 72 horas, más las horas adicionales del turno extra de disponibilidad (8 horas).
- Afirma que mediante Resolución No. 1411 de agosto 26 de 2013, la accionada reglamentó el trabajo por el sistema de turnos, dispuso los procedimientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran en el sistema de turnos.
- El 4 de marzo de 2015 solicitó a la accionada el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales, festivos, porcentaje de trabajo nocturno, 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 No. 1411 de agosto 26 de 2013. Así mismo, solicitó la reliquidación y pago de sus prestaciones sociales con el salario realmente devengado en el que queden incluidos los recargos suplementarios.
- Sin embargo, a la fecha, la entidad no ha proferido respuesta alguna frente a la solicitud.

1.2 Las pretensiones de la demanda

Se señalan como pretensiones de la demanda las siguientes:

“PRIMERO: La nulidad del acto administrativo negativo presunto, configurado en la falta de respuesta a la reclamación administrativa radicada el 4 de marzo de 2015, 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 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 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. **QUINTA:** Que se condene en costas a la entidad demandada.
..."

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas: artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53 de la Constitución Política; 140 del C. S. T.; Decreto 1042/78; Ley 27 de 1992 y la Resolución 00281 de 2012.

Aduce la parte demandante que la entidad demandada desconoce los principios constitucionales de los trabajadores al negar el pago del trabajo suplementario, aduciendo que la Resolución 1411 de 2013 rige hacia el futuro.

Señala que de conformidad con el artículo 127 del C.S.T, constituye salario además de la remuneración fija o variable, todo aquello que recibe el trabajador de forma habitual y como contraprestación directa del servicio, indistintamente de la denominación que se le pretenda dar.

Ahora bien, precisa la parte demandante que mediante la Resolución No. 1411 de agosto 26 de 2013, la UAE MIGRACIÓN COLOMBIA reglamentó el trabajo por el sistema de turnos, dispuso los procedimientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran en el sistema de turnos, sin embargo, afirma la entidad que dicha resolución rige hacia el futuro por lo que no es posible ordenar el reconocimiento y pago de recargos nocturnos, horas; en virtud de lo anterior, considera el actor que se vulneran los principios constitucionales toda vez que a su juicio, los funcionarios que laboraban en el sistema de turnos ya venían laborando en jornadas extras o suplementarias antes de la expedición de la Resolución No. 1411 de 2013.

2. Contestación de la demanda (Fl. 21-26)

La entidad accionada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Para tal efecto señala la entidad que el señor HERRERA TORRES fue incorporado a la planta de personal de la entidad mediante Resolución No. 024 de 21 de diciembre de 2011, en el cargo de oficial de migración código 3010 grado 15.

Afirma que el demandante trabaja bajo el sistema de turnos, en razón a la naturaleza de la función que desempeña, pero dicho sistema de turnos de disponibilidad no implica el ejercicio de funciones por parte del demandante, a menos que así lo exija el servicio.

Señala la entidad, que el artículo 33 de la Ley 1042 de 1978, establece que 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.

Indica que el trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal, en cuyo caso se debe aplicar lo dispuesto para las horas extras en dicho decreto.

Por su parte señala que mediante la Resolución 01411 de 2013 la entidad accionada organizó 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.

Manifestó que en dicha resolución reguló el pago del recargo nocturno y dominicales y festivos incorporando las disposiciones que trae al respecto el Decreto Ley 1042/78 para los demás empleados de la rama ejecutiva del poder público, por afirma que dicha entidad tiene aún para quienes laboran por el sistema de turnos, el régimen ordinario de recargo nocturno y dominicales y festivos. En tal sentido, señala que la fijación del horario de trabajo corresponde al ejercicio de dirección y organización de la entidad, y la implementación del sistema de turnos o de jornadas ordinarias de los empleados es del resorte exclusivo del jefe de la respectiva entidad, siempre y cuando no desconozca lo regulado por la Ley, con relación a la jornada máxima establecida para cada caso.

Concluyó que las labores realizadas por el demandante en domingos y festivos no tienen el carácter de trabajo extra o suplementario, porque este labora por el sistema de turnos, por ello dichas horas laboradas se entienden dentro de un horario de trabajo ordinario.

3. Sentencia de Primera Instancia¹

En sentencia oral de fecha veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de

¹ 72-115

Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda, resolviendo lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la excepción de prescripción de las horas extras y recargos nocturnos, dominicales y festivos, como de las cesantías e intereses de cesantías causados entre el 1 de enero de 2012 y el 3 de marzo de 2012, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del acto ficto negativo que resulto de la falta de respuesta radicada el 4 de marzo de 2015, y por la cual se negó el reconocimiento y pago de los recargos nocturnos, dominicales y festivos, y las horas extras laboradas entre el 1 de enero de 2012 y el 30 de septiembre de 2013, y la reliquidación en consecuencia de las cesantías e intereses de las cesantías causadas para los años 2012 y 2013.

TERCERO: ORDENAR a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que proceda a:

3.1 Pagar al señor Efrain Herrera Torres la suma de quince millones seiscientos setenta y un mil setecientos setenta y seis pesos con cuarenta y ocho centavos (\$15.671.776.48), valor que corresponde a recargos nocturnos, dominicales y festivos, y horas extras diurnas y nocturnas causados en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 30 de septiembre de 2013, pero con efectos fiscales a partir del 4 de marzo de 2012. La suma antes mencionada ya se encuentra debidamente indexada a la fecha de la sentencia.

3.2 Reliquidar al auxilio de cesantías y los intereses a las cesantías del señor Efrain Herrera Torres para los años 2012 y 2013, teniendo como factor los recargos nocturnos, dominicales y festivos, y las horas extras aquí reconocidas, pero con efectos fiscales a partir del 4 de marzo de 2012.

3.3 Descontar los valores que por concepto de aportes a salud y pensión le corresponden al actor sobre los recargos nocturnos, dominicales y festivos y las horas extras aquí decretadas.

3.4 Dar cumplimiento a la sentencia en los términos que señala el artículo 192 del Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: NO CONDENAR a la parte demandada al pago de costas y agencias en derecho.

(...)”

En virtud de lo anterior el A quo manifestó lo siguiente:

Precisó el A quo en primer lugar que el accionante labora en la entidad accionada en el sistema de turnos, y en atención al horario que le fue certificado observó que dicho horario supero en algunas ocasiones las 8 horas diarias que corresponden a una jornada ordinaria laboral para servidores públicos, y que por tanto tiene derecho a que se le reconozca y paguen esos valores que conllevan a la causación de horas extras y recargos nocturnos.

Señaló que solo a partir de octubre de 2013 con la expedición de la Resolución No. 01411 de 26 de agosto de 2013, se reglamentó por la hoy accionada el sistema de turnos para cumplir con las labores en los procesos de migración, y que por la actividad, ello implica que no puede ser paralizada, pero que no constituye ni es fue ni razón para que los derechos que la ley ha consagrado a favor de los trabajadores sean obviados, y ante jornadas que superan los máximos establecidos, no se obtenga un incremento en la remuneración.

Indicó que el sub examine se acreditó que a favor del actor se causaron recargos en horarios nocturnos, dominicales, festivos y además horas extras

diurnas y nocturnas entre el 1 de enero de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013 que deben ser reconocidas hasta el tope de 50 horas extras.

El A quo precisó que el tiempo extra que excedió el tope legalmente permitido fueron de 81 horas, igualmente indicó que se abstuvo de ordenar el reconocimiento de un día de descanso por cada 8 horas extras excedidas toda vez que, las horas extras que superaron las 50 horas permitidas por la ley fueron compensadas.

En cuanto a la reliquidación de las prestaciones sociales periódicas correspondientes a prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de antigüedad, vacaciones, cesantías e intereses de cesantías, manifestó que las prestaciones sociales y salariales de los servidores públicos de encuentran reguladas en el Decreto 1045 de 1978 y en dicha disposición se indica que los únicos emolumentos que tienen como factor para su liquidación los recargos dominicales festivos y horas extras, son el auxilio de cesantías y los intereses de las cesantías, por lo anterior solo se ordenó la reliquidación de las cesantías e intereses de las cesantías reconocidas en los años 2012 y 2013, teniendo en cuenta los valores que por concepto de recargos dominicales, festivos y horas extras se reconozcan.

También determinó que sobre dichos valores, esto es, lo correspondientes a recargos dominicales, festivos y horas extras, se liquidan los aportes que el trabajador debe cubrir por concepto de seguridad social en salud y pensión.

En relación al reconocimiento y pago de los calores por turnos de disponibilidad, indicó que en el material probatorio el demandante no acreditó que lo aludidos turnos existieran, por lo que negó su reconocimiento.

Finalmente, en cuanto a la prescripción de los derechos laborales manifestó que como quiera que el actor elevó petición el 4 de marzo de 2015, declaró el reconocimiento de los derechos a partir del 4 de marzo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013, en atención al término prescripción de 3 años previstos en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

4. Recurso de Apelación (Fl. 117-120)

La parte demandada en su escrito de apelación solicita que se revoque la sentencia proferida argumentando lo siguiente:

Para el periodo objeto de reclamación – 1º de enero de 2012 a 31 de agosto de 2013-, las normas aplicables en materia prestacional para la Rama Ejecutiva eran los Decretos 0853/12 y 1029/13, los cuales establecían que “(...) *Las asignaciones básicas mensuales de las escalas señaladas en el presente artículo corresponden a empleos de carácter permanente y de tiempo completo (...)*”. En ese sentido afirmó que aquellos funcionarios de la UAE Migración Colombia que ejercen labores de control migratorio, como el demandante, se les debe aplicar a su régimen salarial los citados decretos, dada la naturaleza habitual y permanente del servicio que prestan.

Señaló que los recargos nocturnos y los dominicales y festivos únicamente proceden para el trabajo ocasional, y para aquellos funcionarios que pertenezcan al nivel técnico hasta el grado 9 y en el asistencial hasta el grado 19, de conformidad con los Decretos No. 0853/12 y 1029/13.

Afirmó que el artículo 35 del Decreto 1042/78, faculta a compensar al demandante con tiempo, el recargo que corresponde por las horas nocturnas laboradas, tal como lo ha hecho durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013. En efecto, indica que el mismo demandante admite trabajar bajo el sistema de turnos, y reconoce que por cada 24 horas laboradas se le reconocen 48 de descanso, las cuales, a la luz de la Jurisprudencia, se traduce en tiempo compensado.

Señala que el Decreto 1932 de 1989, “*por el cual se establece el sistema de clasificación y nomenclatura de los empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, se fija la escala de remuneración y se dictan otras disposiciones*”, resulta aplicable a la Unidad de Migración respecto de los empleados que realizan las actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad descritas, ya que en el Decreto

4062 de 2011 *"Por el cual se crea la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, se establece su objetivo y estructura"*, hizo una referencia normativa que permite aplicar a la Unidad toda la regulación vigente que regía en el DAS.

Indicó que el decreto que dispuso la supresión del DAS dispuso la continuidad del régimen aplicable a sus empleados que se incorporaran directamente a las entidades que asumieran sus funciones.

Asimismo, que de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 1932/89, para la jornada laboral de los empleados que realizan actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad, podrá señalarse 12 horas diarias sin que en la semana excedan un límite de 66, pudiendo por especiales razones del servicio el Jefe del Departamento disponer de 18 horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de 72 horas. Además manifiesta que no hay lugar al pago de trabajo de dominicales y festivos laborados dentro de la jornada máxima, pues lo que se estableció fue la compensación en tiempo de descanso por el servicio prestado.

5. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de fecha veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fls. 4 Cdr. 2). Mediante auto del veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciocho (2018) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls. 8 Cdr. 2)

6. Alegatos de conclusión

6.1. Parte demandante (Fl. 11-15)

La parte demandante solicito que se confirmará la sentencia impugnada reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

7. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto en esta instancia.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Es procedente declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado en la falta de respuesta a la reclamación administrativa radicada el 4 de marzo de 2015, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y festivos y recargo nocturno al actor causadas entre 1º de enero de 2012 y el 30 de septiembre de 2013?

3. Tesis de la Sala.

La Sala modificará el numeral primero, segundo y tercero de la sentencia impugnada, toda vez que a juicio de esta Corporación el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos debido a que de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 modificado por el artículo 12 del Decreto 660 de 2002, para que proceda el pago de horas extras, dominicales y festivos, el funcionario deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19, sin embargo en el sub examine se acreditó que el actor se desempeña como Oficial de Migración del grado 15, y posteriormente fue encargado en el empleo de Oficial de Migración Código 3010 grado 18, por lo que no es beneficiario de dicho reconocimiento.

Por otro lado, se confirmará en todo lo demás la sentencia impugnada toda vez que se acreditó que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague los recargos nocturnos, en aplicación del Decreto 1042 de 1978, durante el periodo comprendido entre el 4 de marzo de 2012 al 30 de septiembre de 2013.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

La jornada de trabajo en el sector público es el periodo 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.

A su turno, el Decreto 1042/78 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”***, y regula lo concerniente a las horas extras, recargo nocturno, dominical y festivo.

El decreto en cita se aplica a los empleados públicos del orden nacional en lo concerniente a jornada laboral y trabajo en días de descanso obligatorio; en su artículo 33 establece la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos, la cual corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, y 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, así:

“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 las horas extras.”

Con relación al recargo nocturno, el artículo 35 ibídem establece 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, el artículo 39 ibídem establece la forma en que se debe remunerar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, así:

"ARTICULO 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 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.

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, definidas como 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 1042/78 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.
- 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. EL CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados.

5.1.1. Se encuentra acreditado en el sub examine que el señor EFRAIN HERRERA TORRES fue incorporado a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA sin solución de continuidad a partir del 1 de enero de 2012 en el cargo de OFICIAL DE MIGRACIÓN 3010 grado 15 asignado a la DIRECCIÓN REGIONAL CARBIE (BOLIVAR). Posteriormente, fue encargado en el empleo de Oficial de Migración Código 3010 Grado 18. (Fl. 54-33)

5.1.2. A su turno, obra en el sub examine certificación expedida por el Subdirector de Talento Humano de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia en la cual hace constar que el actor percibe las siguientes prestaciones sociales: asignación básica, bonificación por servicios, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones y cesantías.

Igualmente se anexó el resumen de los pagos y descuentos realizados al actor desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de marzo de 2017. (Fl. -57-63)

5.1.3. Obra en e expediente certificación de fecha 10 de abril de 2017 en el cual el DIRECTOR DE LA REGIONAL NORTE de la UAE MIGRACIÓN COLOMBIA indica los meses laborados por el señor EFRAIN HERRERA TORRES, días de descanso por turno nocturno, horas y minutos dominicales laborados, horas y minutos festivos laborados, horas y minutos nocturnos laborados y tota de horas laboradas por mes den el año 2012 y 2013. (Fl. 48-53)

5.1.4. Obra en el expediente Resolución No. 01411 del 26 de agosto de 2013 por medio de la cual se dictan lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran en el sistema de turnos en la UAE Migración Colombia. (Fl. 57-60)

5.1.5. Mediante petición radicada el 4 de marzo de 2015 el actor le solicito a la entidad accionada el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y festivos, así como el porcentaje de trabajo nocturno, desde su fecha de ingreso hasta el 30 de septiembre de 2013. (Fl. 11-12)

5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, pretende la parte demandante la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado en la falta de respuesta a la reclamación administrativa radicada el 4 de marzo de 2015, ante la UEA Migración Colombia, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y festivos y recargo nocturno al actor causadas entre 1º de enero de 2012 y el 30 de septiembre de 2013.

El A quo concedió las pretensiones de la demanda. Para tal efecto consideró el juzgador que en primer lugar que el accionante labora en la entidad accionada en el sistema de turnos, y en atención al horario que le fue certificado observó que dicho horario supero en algunas ocasiones las 8 horas diarias que corresponden a una jornada ordinaria laboral para servidores públicos, y que por tanto tiene derecho a que se le reconozca y paguen esos valores que conllevan a la causación de horas extras y recargos nocturnos.

Señaló que solo a partir de octubre de 2013 con la expedición de la Resolución No. 01411 de 26 de agosto de 2013, se reglamentó por la hoy accionada el sistema de turnos para cumplir con las labores en los procesos de migración, y que, por la actividad, ello implica que no puede ser paralizada, pero que no constituye ni es fue ni razón para que los derechos que la ley ha consagrado a

favor de los trabajadores sean obviados, y ante jornadas que superan los máximos establecidos, no se obtenga un incremento en la remuneración. Indicó que el sub examine se acreditó que a favor del actor se causaron recargos en horarios nocturnos, dominicales, festivos y además horas extras diurnas y nocturnas entre el 1 de enero de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013 que deben ser reconocidas hasta el tope de 50 horas extras.

El A quo precisó que el tiempo extra que excedió el tope legalmente permitido fueron de 81 horas, igualmente indicó que se abstuvo de ordenar el reconocimiento de un día de descanso por cada 8 horas extras excedidas toda vez que, las horas extras que superaron las 50 horas permitidas por la ley fueron compensadas.

En cuanto a la reliquidación de las prestaciones sociales periódicas correspondientes a prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de antigüedad, vacaciones, cesantías e intereses de cesantías, manifestó que las prestaciones sociales y salariales de los servidores públicos de encuentran reguladas en el Decreto 1045 de 1978 y en dicha disposición se indica que los únicos emolumentos que tienen como factor para su liquidación los recargos dominicales festivos y horas extras, son el auxilio de cesantías y los intereses de las cesantías, por lo anterior solo se ordenó la reliquidación de las cesantías e intereses de las cesantías reconocidas en los años 2012 y 2013, teniendo en cuenta los valores que por concepto de recargos dominicales, festivos y horas extras se reconozcan.

También determinó que, sobre dichos valores, esto es, lo correspondientes a recargos dominicales, festivos y horas extras, se liquidan los aportes que el trabajador debe cubrir por concepto de seguridad social en salud y pensión.

En relación al reconocimiento y pago de los valores por turnos de disponibilidad, indicó que en el material probatorio el demandante no acreditó que los aludidos turnos existieran, por lo que negó su reconocimiento.

Finalmente, en cuanto a la prescripción de los derechos laborales manifestó que como quiera que el actor elevó petición el 4 de marzo de 2015, declaró el reconocimiento de los derechos a partir del 4 de marzo de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013, en atención al término prescripción de 3 años previstos en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

Por lo anterior, la parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que se revoque la misma argumentando lo siguiente:

Indicó que para el periodo objeto de reclamación – 1º de enero de 2012 a 31 de agosto de 2013-, las normas aplicables en materia prestacional para la Rama Ejecutiva eran los Decretos 0853/12 y 1029/13, los cuales establecían que “(...) Las asignaciones básicas mensuales de las escalas señaladas en el presente artículo corresponden a empleos de carácter permanente y de tiempo completo (...)”. En ese sentido afirmó que aquellos funcionarios de la UAE Migración Colombia que ejercen labores de control migratorio, como el demandante, se les debe aplicar a su régimen salarial los citados decretos, dada la naturaleza habitual y permanente del servicio que prestan.

Señaló que los recargos nocturnos y los dominicales y festivos únicamente proceden para el trabajo ocasional, y para aquellos funcionarios que pertenezcan al nivel técnico hasta el grado 9 y en el asistencial hasta el grado 19, de conformidad con los Decretos No. 0853/12 y 1029/13.

Afirmó que el artículo 35 del Decreto 1042/78, faculta a compensar al demandante con tiempo, el recargo que corresponde por las horas nocturnas laboradas, tal como lo ha hecho durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013. En efecto, indica que el mismo demandante admite trabajar bajo el sistema de turnos, y reconoce que por cada 24 horas laboradas se le reconocen 48 de descanso, las cuales, a la luz de la Jurisprudencia, se traduce en tiempo compensado.

Señaló que el Decreto 1932 de 1989, *“por el cual se establece el sistema de clasificación y nomenclatura de los empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, se fija la escala de remuneración y se dictan otras disposiciones”*, resulta aplicable a la Unidad de Migración respecto de los empleados que realizan las actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad descritas, ya que en el Decreto 4062 de 2011 *“Por el cual se crea la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, se establece su objetivo y estructura”*, hizo una referencia normativa que permite aplicar a la Unidad toda la regulación vigente que regía en el DAS.

Afirmó que el decreto que dispuso la supresión del DAS dispuso la continuidad del régimen aplicable a sus empleados que se incorporaran directamente a las entidades que asumieran sus funciones.

Asimismo, que de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 1932/89, para la jornada laboral de los empleados que realizan actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad, podrá señalarse 12 horas diarias sin que en la semana excedan un límite de 66, pudiendo por especiales razones del servicio el Jefe del Departamento disponer de 18 horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de 72 horas. Además, manifestó que no hay lugar al pago de trabajo de dominicales y festivos laborados dentro de la jornada máxima, pues lo que se estableció fue la compensación en tiempo de descanso por el servicio prestado.

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto del recurso de apelación presentado.

En primer lugar, precisa la Sala que mediante la Resolución 1411 del 26 de agosto de 2011 se dictaron los lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran en el sistema de turnos en la UAE Migración Colombia, sin embargo, los pagos efectuados por dicha regulación se realizaron a partir del 30 de septiembre de 2011.

En este sentido para esta Magistratura, el régimen aplicable para los trabajadores que laboraban en el sistema de turnos en la entidad accionada antes de la expedición de la Resolución 1411 del 26 de agosto de 2011 es el Decreto 1042 de 1978, toda vez que, ante la falta de una norma especial al interior de la entidad accionada, para el reconocimiento y pago de horas extras laboradas y de los recargos causados tanto por trabajo nocturno como por trabajo en dominicales y festivos se debe aplicar la norma general dispuesta para los servidores públicos.

Lo anterior en razón a que, si bien, entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013, los Decretos 853 de 2012² y 1029 de 2013³ estaban vigentes, los mismos no hacen referencia a la jornada laboral aplicable a aquellos empleados públicos cuyas condiciones de prestación del servicio son especiales, como por ejemplo, el trabajo mediante turnos, tal como lo hace el demandante, sino que únicamente aluden a la remuneración de los recargos y demás reajustes por trabajo suplementario que deban hacerse a quienes trabajan de manera habitual y permanente, de manera general, por lo cual no pueden ser aplicados al caso concreto.

En efecto, la el Departamento Administrativo de la Función Pública en el Concepto No. 20136000101321 de junio 28 de 2013, precisó que la norma aplicable para el reconocimiento y pago de ese trabajo en horas extras, en dominicales y festivos por Migración Colombia, es el Decreto 1042 de 1978 que rige para todos los servidores públicos del nivel nacional y en las entidades en las que no se hayan reglamentado tales servicios en jornadas excepcionales y

² Decreto 853 del 2011 “Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional, y se dictan otras disposiciones”

³ Decreto 1029 de 2013 “Por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional, y se dictan otras disposiciones.”

adicionales. En dicho concepto, se respondió la solicitud elevada por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, sobre la jornada laboral - turnos y horas extras de esta entidad, señalando en lo relevante, lo siguiente:

*“La norma que señala la jornada laboral de los empleados públicos es el Decreto **1042 de 1978**, que en su artículo 33, que consagra la jornada de trabajo en 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 exceda un límite de 66 horas.*

Dentro del límite 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 sólo se aplicará lo dispuesto para las horas extras”.

En ese sentido, el Consejo de Estado, al resolver un caso similar, referido a servidores públicos del orden territorial, como los bomberos, frente a quienes se discutía el reconocimiento y pago de horas extras y recargos por trabajo en jornadas nocturnas y en dominicales y festivos, sostuvo lo siguiente:

“La Jurisprudencia de la Corporación ha señalado que por la labor que ejercen las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, no están sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial, que es la regulada por el ente empleador; y como en el sub lite el ente demandado omitió expedir tal regulación, se debe entender que la jornada de trabajo aplicable al trabajador es la correspondiente a 44 horas semanales fijada en el Decreto 1042 de 1978(...).

De manera que, no puede el actor asumir la carga derivada de la omisión del Distrito Capital de Bogotá de fijar una jornada especial de trabajo para los bomberos; entonces, como de conformidad con lo manifestado por la Subdirectora de Gestión Corporativa del Cuerpo Oficial de Bomberos se puede establecer que el demandante laboraba en un sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso remunerado y como no existía una reglamentación especial que fijara una jornada laboral diferente, fuerza concluir que debe aplicarse la jornada laboral que cubre a los demás empleados públicos del orden territorial, es decir, el Decreto 1042 de 1978⁴”.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION A, Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil

En igual sentido, ha manifestado que:

*“Dicha postura no desconoce que las labores realizadas por los bomberos implican una disponibilidad permanente por lo que es razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una **jornada especial**. Sin embargo, precisa la Sala que tal jornada especial ha de ser regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a dicha jornada máxima legal excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales¹⁶, es decir, dentro de los límites allí previstos¹⁷, y observando la forma de remuneración establecida para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno, en dominicales y festivos.*

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

*A falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los bomberos y su remuneración, reitera la Sala que regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se desprende del referido Decreto 1042 de 1978, **debiéndose remunerar el trabajo suplementario** para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, del personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá”⁵.*

Los criterios anteriores, si bien referidos a empleados del orden territorial, se aplica, mutatis mutandi al caso bajo estudio, referido a empleados del orden

catorce (2014), Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00347-01(0944-13), Actor: HECTOR ENRIQUE TORRES ROJAS, Demandado: BOGOTÁ D.C. - CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015), Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00780-01(3594-13), Actor: WILMAR BERNARDO CRISTANCHO MORALES, Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE GOBIERNO DISTRITAL – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL – CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS

nacional, dado que en uno y otro caso se estudia la necesidad de remunerar el trabajo suplementario y las horas extras de empleados sometidos a una jornada especial, sin que se hubiese regulado la retribución de dicho trabajo por parte de la entidad empleadora. Por ello, a los empleados vinculados a la UAEMC, se les debe aplicar el Decreto 1042 de 1978, por las razones expuestas tanto en el concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública como en la sentencia comentada del Consejo de Estado.

Aunado a lo anterior, porque resulta claro que los empleados públicos cuyo trabajo por razones especiales del servicio cumplen una jornada especial, como en el caso del demandante, es necesario que el jefe del organismo regule tal jornada y su remuneración, lo cual no ocurrió, toda vez que los trabajadores que laboran por el sistema de turnos en la UAE Migración Colombia durante el tiempo al que se refiere la demanda, no tenían una norma específica en la cual se estableciera una jornada laboral especial que regulara las condiciones que representa el trabajo por turnos y por consiguiente su remuneración, por lo que se les aplican las normas generales previstas en el Decreto 1042 de 1978 en la materia.

Precisado lo anterior, procede la Sala a verificar si en el sub examine el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 30 de septiembre de 2013 en virtud del Decreto 1042 de 1978.

- **Del reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos.**

De lo probado en el sub examine se encuentra acreditado que el señor EFARIN HERRERA TORRES presta sus servicios a la UEA MIGRACIÓN COLOMBIA desde el 1 de enero de 2012 en el cargo de OFICIAL DE MIGRACIÓN 3010-13 asignado a la DIRECCIÓN REGIONAL CARBIE (BOLIVAR).

Ahora bien, en este punto advierte la Sala que el artículo 36 del Decreto Decreto 1042 de 1978 modificado por el Decreto 662 de 2002 establece lo siguiente:

Artículo 12. Horas extras, dominicales y festivos. Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el

reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.

Los Secretarios Ejecutivos del despacho de los Ministros, Viceministros, Directores y Subdirectores de Departamento Administrativo y los Secretarios Ejecutivos de Grado 20 en adelante que desempeñen sus funciones en los Despachos de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, Viceministros y Subdirectores de Departamento Administrativo, Secretarías Generales de Ministerios y Departamento Administrativo, tendrán derecho a devengar horas extras, dominicales y días festivos, siempre y cuando laboren en jornadas superiores a cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

En los Despachos antes señalados sólo se podrán reconocer horas extras máximos a dos (2) Secretarios a las que se refiere el inciso anterior.

(...)"

Asimismo, el decreto ibidem fue derogado por el Decreto 3533 de 2003 y este a su vez por el Decreto 4150 de 2004, hasta llegar al Decreto 1031 2011 el cual surtió efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2011, vigente para la fecha de vinculación del actor a la entidad accionada, el cual mantuvo la misma limitante del artículo 12 del Decreto 660 de 2002 citado en precedencia.

"Artículo 13°. Horas extras, dominicales y festivos. Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el Grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el Grado 19.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, se infiere que, para que proceda el pago de horas extras, dominicales y festivos, **el funcionario deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19**, a tal conclusión también arribó el Departamento Administrativo de la Función pública en Concepto 101321 del 26 de junio de 2013 en el cual indico lo siguiente:

Ahora bien, respecto de las horas extras y compensatorios tenemos que los rasgos esenciales de la reglamentación del pago de horas extras son la excepcionalidad, la

necesaria autorización previa escrita y el límite en su número por razón del nivel de los empleos.

Sobre este aspecto, debemos precisar que en el nivel nacional sólo tendrán derecho a horas extras los empleados que pertenezca al nivel técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19. (Decretos salariales dictados anualmente, el actual es el Decreto 1029 de 2013).

Es decir, taxativamente se señala tal derecho y dentro de este marco legal deberá proceder la entidad.

En este orden, para la Sala, al actor no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos, debido a que, si bien se encuentra en el nivel técnico de conformidad con lo señalado en la Resolución No. 3671 del 17 de diciembre de 2021 mediante la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Planta de Personal de la UAE Migración Colombia, por ser OFICIAL DE MIGRACIÓN Código 3010, pertenece al **GRADO 15**, es decir, no se encuentra dentro del grado permitido por la norma para ser beneficiario de la prestación en cuestión, el cual corresponde al grado 09.

Así las cosas, esta Corporación modificará la sentencia impugnada en el sentido de negar el reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos.

- **Del reconocimiento de recargo nocturno.**

En relación al reconocimiento y pago del recargo nocturno precisa esta Corporación que el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, regula el recargo nocturno y establece que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas nocturnas, la parte del tiempo laborado se remunerará con recargo del 35%, pero podrá compensarse con periodos de descanso.

Ahora bien, la jornada nocturna estará comprendida entre las 6 de la tarde y las 6 de la mañana del día siguiente, por lo que el tiempo laborado en dicho periodo se remunerará con recargo del 35%.

En efecto, de la certificación expedida por el DIRECTOR DE LA REGIONAL NORTE de la UAE MIGRACIÓN COLOMBIA se advierte que el señor EFARIN HERRERA TORRES laboró los siguientes días en la jornada nocturna del periodo comprendido entre el año 2012 y 2013 (Fl. 66-68)

Año 2012

Mes	Horas nocturnas
Enero	70 horas y 40 minutos
Febrero	74 horas
Marzo	84 horas
Abril	84 horas
Mayo	45 horas
Junio	5 horas
Julio	13 horas
Agosto	5 horas
Septiembre	20 horas
Octubre	9 horas
Noviembre	24 horas
Diciembre	4 horas

Total: 437

Año 2013

Mes	Horas nocturnas
Enero	19 horas
Febrero	87 horas
Marzo	35 horas
Abril	53 horas
Mayo	132 horas
Junio	120 horas
Julio	120 horas
Agosto	120 horas
Septiembre	120 horas

Total: 806

En este orden, se advierte que el señor EFARIN HERRERA TORRES laboró 1.247 horas nocturnas en total, por lo que la Sala también confirmará la sentencia impugnada respecto de esta pretensión.

Finalmente, respecto de la prescripción de las sumas reconocidas precisa esta Colegiatura que en aplicación de la prescripción trienal de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y artículo 102 de Decreto 1848 de 1969, existe prescripción respecto de las sumas causadas con anterioridad al 4 de marzo de 2012, toda vez que el actor presentó la reclamación administrativa el 10 de abril de 2015 tal como lo estableció el A quo en la sentencia impugnada.

Por todo lo anotado la Sala modificará el numeral primero, segundo y tercero de la sentencia de fecha veinticinco (25) de agosto de 2017 la cual quedará así:

“PRIMERO: DECLARAR la excepción de prescripción de los recargos nocturnos, causados entre el 1 de enero de 2012 y el 3 de marzo de 2012, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del acto ficto negativo que resulto de la falta de respuesta radicada el 4 de marzo de 2015, y por la cual se negó el reconocimiento y pago de los recargos nocturnos.

TERCERO: ORDENAR a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que proceda a reconocer y pagar al señor EFARIN HERRERA TORRES los recargos nocturnos correspondientes a 1.247 horas nocturnas causados en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 30 de septiembre de 2013, pero con efectos fiscales a partir del 4 de marzo de 2012. Suma que sebera estar debidamente indexada.

Descontar los valores que por concepto de aportes a salud y pensión le corresponden al actor sobre los recargos nocturnos aquí decretadas.

6. Condena en Costas.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma parcialmente desfavorable el recurso de apelación de la parte demandada en el presente asunto, la Sala se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero, segundo y tercero de la sentencia de fecha veinticinco (25) de agosto de 2017 la cual quedará así:

“PRIMERO: DECLARAR la excepción de prescripción de los recargos nocturnos, causados entre el 1 de enero de 2012 y el 3 de marzo de 2012, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del acto ficto negativo que resulto de la falta de respuesta radicada el 4 de marzo de 2015, y por la cual se negó el reconocimiento y pago de los recargos nocturnos.

TERCERO: ORDENAR a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que proceda a reconocer y pagar al señor EFARIN HERRERA TORRES los recargos nocturnos correspondientes a 1.247 horas nocturnas causados en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 30 de septiembre de 2013, pero con efectos fiscales a partir del 4 de marzo de 2012. Suma que sebera estar debidamente indexada.

Descontar los valores que por concepto de aportes a salud y pensión le corresponden al actor sobre los recargos nocturnos aquí decretadas. “

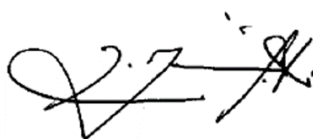
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia impugnada.

TERCERO: No condenar en costas en esta instancia procesal; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

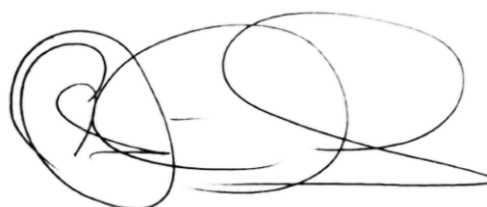
LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA