

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2016-00090-01
Demandante	DANIEL CARDOSO ESCORCIA
Demandado	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
Tema	RECONOCIMIENTO Y PAGO DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES, FESTIVOS Y HORAS EXTRAS,
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha dieciséis (16) de agosto de dos diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo N° 201561,10555751 del 25 de noviembre de 2015, mediante el cual le fue negado el reconocimiento y pago de trabajo en dominicales y festivos, horas extras, recargos nocturnos, y días compensatorios, así como el reajuste de las prestaciones sociales con la inclusión de los nuevos valores.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia al reconocimiento y pago de los siguientes conceptos:

- i) Recargos por trabajo en dominicales y festivos.
- ii) Recargos nocturnos ordinarios, recargos nocturnos dominicales y recargos nocturnos en días festivos, atendiendo la jornada máxima legal establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.
- iii) Horas extras diurnas y nocturnas laboradas en días ordinarios y las horas extras diurnas y nocturnas laboradas en días festivos y dominicales, conforme lo previsto en los artículos 33 y 36 del Decreto 1042 de 1978.
- iv) La remuneración por compensación por cada 8 horas extras laboradas en exceso al tope legal, conforme lo consagra el literal d) del artículo 36 del Decreto 1042 de 1978.
- v) Compensación en dinero por los descansos compensatorios previstos en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, en concordancia con el literal e) del artículo 36 ibídem, por haber laborado habitualmente en días dominicales y festivos, que no fueron otorgados en su debida oportunidad, y que se causaron en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de agosto de 2013, o hasta la fecha en que se hubiesen comenzado a reconocerse y pagarse conforme lo estipulado en la Resolución 1411 de 2013.

TERCERO: Condenar a la entidad demandada a reajustar, liquidar y pagar las prestaciones sociales causadas y las que se causen a futuro, como lo son las primas de navidad, primas de vacaciones, primas de servicio, primas de antigüedad, vacaciones, cesantías, e interés de las cesantías y reajuste de aportes a seguridad social, con la inclusión de los nuevos valores correspondientes a trabajo en dominicales, horas extras, recargos nocturnos y días compensatorios.

CUARTO: Condenar a la entidad accionada a reconocer y pagar los intereses de mora causados desde el momento en que se hicieron exigibles las

obligaciones hasta 'cuando efectivamente se produzca el pago, de conformidad con lo preceptuado el inciso 3 del artículo 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar el ajuste al valor o indexación laboral sobre las sumas que resulten adeudadas y sobre las costas del proceso, si a ello hubiere lugar.

SEXTO: Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- El señor CARLOS CARDOSO ESCORCIA laboró para la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA desde el 22 de marzo de 2012 hasta el 31 de julio de 2015, ocupando el cargo de Oficial de Migración 3010- Grado 15.
- A su turno, afirma que el señor CARLOS CARDOSO ESCORCIA laboró en un sistema de turnos, conforme a las órdenes del día; dichos turnos eran continuos de 12 de labor y 24 horas de descanso, o 24 horas de labor y 48 de descanso, completando semanalmente más de 70 horas laboradas.
- Afirma que mediante Resolución No. 00281 del 16 de abril de 2012, se reglamentó el trabajo por el sistema de turnos de conformidad con lo establecido en el Decreto 1042 de 1978.
- Posteriormente, mediante la Resolución No. 1411 del 26 de agosto de 2013 se reglamento los recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboraban en el sistema de turnos en la entidad.

- Agregó que desde su ingreso a la UAE MIGRACIÓN COLOMBIA y hasta el mes de septiembre de 2013, fecha en la cual empezó a regir las prestaciones fijadas en la Resolución 1411 de 2013, laboró días dominicales y festivos, horas extras y recargos nocturnos, y que, no recibió el pago por dichos conceptos ni días compensatorios a que tenía derecho.
- La parte actora presentó ante la accionada reclamación administrativa solicitando el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales, festivos, porcentaje de trabajo nocturno, desde la fecha de ingreso a la institución hasta su desvinculación, la reclamación fue resuelta de forma desfavorable mediante acto administrativo No. 20156110555751 del 25 de noviembre de 2015.

2. Normas violadas y Concepto de violación.

Señalo como normas violadas las siguientes: Artículos 1, 2, 25 y 53 de la Constitución Política Ley 1437 de 2011 Código General del Proceso Decretos 1042 y 1045 de 1978, Decreto 1029 de 2013 Resolución 00281 de 2012 Resolución 01411 de 2013.

Manifestó que el acto acusado fue proferido con desconocimiento de derechos laborales consagrados en la Constitución y en la Ley, al omitir la aplicación integral de los preceptos establecidos en los Decretos 1042 y 1045 de 1978. Desarrolló el concepto de la violación en los siguientes términos: i) Jornada laboral de los empleados públicos del orden nacional, ii) Jornada extraordinaria de trabajo - horas extras, iii) Recargo nocturno, iv) Trabajo dominicales y festivos.

Respecto de la jornada laboral para empleados públicos del orden nacional adujo que de conformidad con lo establecido en la Resolución 1411 de 2013, los funcionarios de Migración Colombia tienen una jornada laboral ordinaria de 44 horas semanales, que conforme al artículo 2° de dicha Resolución, podrán distribuirse en turnos de lunes a domingo para los funcionarios misionales que desarrollan funciones de control migratorio y prestan sus servicios laborando bajo el sistema de turnos.

En relación a la Jornada extraordinaria de trabajo - horas extras, indicó que los funcionarios de Migración Colombia desempeñan actividades especiales, relacionadas con el control migratorio y de extranjería, actividades que es necesario desarrollar por fuera de la jornada ordinaria y que requieren el establecimiento de un sistema de turnos, en el que cualquier hora adicional que se haya laborado en exceso de las 44 horas semanales ordinarias, conforme a lo establecido en los artículos 36, 37 y 38 del Decreto 1042 de 1978, debe ser remunerada en los términos del artículo 7 de la Resolución N° 0281 de 2012.

En cuanto al Recargo nocturno, argumentó que conforme a lo establecido en la Resolución N° 0281, cuando las labores se desarrollen ordinarias o permanentes en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo laborado durante estas últimas se remunerará con recargo del 35% sobre el valor de la asignación mensual. Sin embargo, en los términos del artículo 35° del Decreto 1042 de 1978, el Recargo nocturno también podrá compensarse con periodos de descansos.

En lo concerniente al Trabajo en dominicales y festivos manifestó que la legislación Colombiana ha establecido que el trabajo en los días de descanso obligatorio es un trabajo suplementario por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria de trabajo, y por lo mismo tiene un recargo propio y diferente del que las normas estipulan para el trabajo suplementario que se realiza en horas hábiles.

Agregó que la entidad accionada mediante Resoluciones N° 00281 de 2012 y N° 01411 de 2013, definió que el trabajo realizado en días domingos y festivos, se remuneraría con el equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

3. Contestación de la demanda

La parte accionada presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Respecto de los hechos relativos a la vinculación laboral del señor Daniel de Jesús Cardozo Escórela a la UAE Migración Colombia, indicó que el actor trabajó bajo el sistema de turnos de 12 y 24 horas, y las labores eran desempeñadas en días domingos, festivos, horas extras y recargos nocturnos, siempre que los mismos no excedieron las 44 horas semanales de trabajo ordinario.

Agregó que la regulación de la jornada laboral permite que la entidad pública adopte el sistema de turnos, en cuyo caso no se aplican las normas del trabajo ordinario, sino que debe expedirse reglamentación especial.

De manera que aun cuando no existe norma positiva que regule para los empleados públicos la jornada laboral por el sistema de turnos, las entidades públicas, atendiendo a la naturaleza del servicio público y la necesidad de garantizar su continuidad, puede adecuar su jornada laboral para que el servicio se satisfaga de manera ininterrumpida en jornadas diurnas, nocturnas o mixtas, como también distribuir la jornada máxima en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y la disponibilidad presupuestal.

Señaló que el trabajo por el sistema de turnos no constituye trabajo suplementario o de horas extras a menos que se labore en horas que exceden la jornada ordinaria de trabajo y es útil para que no se interrumpa el servicio público en empleos que por la naturaleza del servicio requieren un funcionamiento sin solución de continuidad.

Sobre este punto precisó que, cuando los trabajadores laboran en la modalidad de turnos no hay lugar al descanso remunerado porque ya lo han disfrutado en tiempo, así lo ha avalado por reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado. En este sistema como en los demás casos de jornada por turnos en donde por ejemplo, se labora 24 horas y se descansan 24 horas, no hay lugar al reconocimiento del descanso remuneratorio. El trabajo en dominicales y festivos se compensa con los días de descanso propios del sistema de turnos.

Indicó que la regulación de la jornada de trabajo en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia cuenta con referentes normativos, a saber:

- 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", el cual se aplicó a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia por referencia normativa.
- Resolución 00281 de 16 de abril de 2012 "Por la cual se dictan lineamientos sobre el trabajo mediante el sistema de turnos en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia".
- Resolución 1411 de 26 de agosto de 2013 "Por la cual se dictan lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboral por el sistema de turnos en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia".

El Decreto 1932 de 1989, por el cual se establece el sistema de clasificación y nomenclatura de los empleos del Departamento Administrativo de Seguridad, fija la escala de remuneración y se dictan otras disposiciones regula la jornada laboral en los siguientes términos.

"ARTICULO 12. JORNADA DE TRABAJO. La asignación básica mensual fijada en la escala de remuneración señalada en este Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad, podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce (12) horas diarias sin que en la semana excedan un límite de sesenta y seis (66) horas.

Sin embargo, por especiales razones del servicio, el Jefe del Departamento podrá disponer jornadas hasta de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de setenta y dos (72) horas.

Dentro de los límites máximos fijados en este artículo el Jefe del Departamento 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 constituya trabajo suplementario o de horas extras.

PARÁGRAFO. Por la naturaleza del servicio que prestan los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, en horas diurnas o nocturnas adicionales a la jornada ordinaria de trabajo prevista en este artículo o en días dominicales y festivos, no tendrán derecho al reconocimiento y pago de horas extras. Únicamente procederá la compensación en tiempo de descanso del servicio prestado, en la forma prevista por el artículo 68 del Decreto 512 de 1989.

El artículo 68 del Decreto 512 de 1989 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad y se establecen las funciones de la entidad y específicas de sus dependencias." Dispone:

"ARTÍCULO 68. DISPONIBILIDAD. Corresponde a los empleados del Departamento prestar los servicios que la entidad necesite y para ello podrán ser requeridos a cualquier hora por el Jefe del Departamento, el Subjefe, el Secretario General, los Directores y los Jefes de Oficina. No hacerlo sin excusa válida es causal de mala conducta.

La División de Personal del Departamento adoptará las medidas que resulten indispensables para compensar en tiempo de descanso el servicio prestado en estas condiciones."

Indicó que esa es una reglamentación especial de la jornada laboral en el extinto Departamento Administrativo de Seguridad, que 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", se hizo una referencia normativa que permite aplicar a la Unidad toda la regulación vigente que regía en el DAS.

Precisó que al suprimirse el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, sus funciones fueron trasladadas a otras entidades que se crearon, entre ellas a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, y que el decreto de supresión del DAS dispuso que los empleados que cumplían tales funciones en el Departamento se incorporarían directamente a las entidades que asumían sus funciones, de manera que la continuidad de la regulación del servicio en el DAS quedó garantizada con la continuidad del régimen.

De manera que el artículo 12 del Decreto 1932 de 1989 se tuvo en cuenta como norma positiva para la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, hasta cuando fue reemplazada por la regulación propia. Así las cosas, indicó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 1932 de 1989 la jornada laboral para los empleados que realizan actividades discontinuas, intermitentes, de control, de vigilancia o de investigación y seguridad, podrá señalarse de doce (12) horas diarias sin que en la semana excedan un límite de sesenta y seis (66) horas, pudiendo por especiales razones del servicio el Jefe del Departamento disponer de dieciocho (18) horas diarias, sin que en la semana se exceda el límite de setenta y dos (72) horas; igualmente advirtió 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.

Posteriormente, mediante Resolución 00281 de 16 de abril de 2012, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia dictó los primeros lineamientos para la regulación de la jornada laboral de la entidad, adoptando el sistema de turnos que como anotó no hay lugar a trabajo suplementario y a descanso remunerado.

El 26 de agosto de 2013 Migración Colombia profirió la Resolución 01411 que organiza 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. La Resolución 01411 regula el pago del recargo nocturno y dominicales y festivos incorporando las disposiciones que trae al respecto el Decreto Ley 1042 de 1978 para los demás empleados de la rama ejecutiva del poder público, por lo cual la UAE MIGRACION COLOMBIA hoy tiene aún para quienes laboran por el sistema de turnos, el régimen ordinario de recargo nocturno y dominicales y festivos.

En tal sentido, indicó 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.

Por último, propuso la excepción de falta de competencia, argumentando que la última Unidad donde prestó sus servicios el accionante fue el puesto de control migratorio adscrito a la Regional Guajira, y por tanto el competente para conocer de esta demanda era el Juez Administrativo de Riohacha. Ésta excepción fue resuelta en la audiencia inicial, llevada a cabo el 9 de octubre de 2017, y no tuvo ocasión de prosperar como quiera que la última unidad donde laboró el accionante fue la ciudad de Cartagena, en el puesto migratorio Rafael Núñez, conforme a los certificados allegados por parte de la misma entidad demandada.

Adicionalmente propuso la excepción de prescripción, que será resuelta en el evento que se acceda a las pretensiones de la demanda.

4. Sentencia apelada

En sentencia de fecha dieciséis (16) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, se concedieron las pretensiones de la demanda, señalando lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR parcialmente la nulidad del acto administrativo 20156110555751 de 25 de noviembre de 2015, proferido por la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA MIGRACIÓN COLOMBIA.

La nulidad que se declara comprende la decisión de negar al actor el reconocimiento y pago de recargos nocturnos y por trabajo en días dominicales y festivos y la reliquidación de las cesantías, en los términos Indicados en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho SE CONDENA a la UNIDAD ESPECIAL ADMINISTRATIVA MIGRACIÓN COLOMBIA a reconocer y pagar al señor Daniel de Jesús Cardozo Escórela:

a) El valor del recargo por trabajo nocturno, cuya remuneración corresponde al 35% sobre la asignación básica, aplicado a las horas nocturnas laboradas desde el 18; de noviembre de 2012, y hasta el 31 de agosto de 2013 o hasta la fecha en que haya empezado á aplicarse la Resolución 01411 de 26 de agosto de 2013, de acuerdo a los lineamientos señalados en el artículo 5 de la Resolución N° 0281 de 2012.

b) El valor del recargo por trabajo dominical y en días festivos, cuya remuneración equivale al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado desde el 18 de noviembre de 2012, y hasta el 31 de agosto de 2013 o hasta la fecha en que haya empezado a aplicarse la Resolución 01411 de 26 de agosto de 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Resolución N° 0281 de 2012.

c) Reliquidar y pagar la diferencia de las cesantías causadas por el demandante desde el 18 de noviembre de 2012 hasta el 31 de agosto de 2013 o hasta la fecha en que haya empezado a aplicarse la Resolución 01411 de 26 de agosto de 2013, teniendo en cuenta los mayores valores reconocidos en la sentencia por concepto de recargos



nocturnos, dominicales y festivos, de conformidad con lo ordenado por el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

d) Reajustar y pagar al fondo respectivo, la diferencia de los aportes á pensión a cargo de la demandada teniendo en cuenta los mayores valores reconocidos en la sentencia por concepto de horas extras y recargos nocturnos, dominicales y festivos, desde el 3 de junio de 2012 y hasta el 31 de agosto de 2013 o hasta la fecha en que haya empezado a aplicarse la Resolución 01411 de 26 de agosto de 2013.

Las sumas resultantes de la condena a favor del demandante se actualizarán, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DAÑE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el Índice vigente a la fecha en la cual se causó el derecho. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: NEGAR la reliquidación de las primas de servicios, vacaciones y navidad, por cuanto el trabajo suplementario no constituye factor salarial para su liquidación.

QUINTO: Declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, respecto de los derechos causados con anterioridad al 18 de noviembre de 2012, excepto en lo relativo al Incremento de los aportes a pensión, que no prescriben.

SEXTO: Abstenerse de condenar en costas y agencias en derecho, de acuerdo a lo expresado en los considerandos de la sentencia.

SÉPTIMO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 192 a 195 del OPACA.

OCTAVO: Una vez en firme ésta sentencia, hágase devolución del remanente de gastos del proceso, si hubiere, expídanse copias de la misma con las anotaciones legales con destino a la entidad demandada, al demandante y al Ministerio Público y archívese el expediente dejando las constancias del caso."

Señala el Juez de primera instancia que en el caso concreto, analizadas las pruebas allegadas al proceso, se advirtió que si bien el ingreso del actor a la U.A.E. Migración Colombia se produjo el 22 de marzo de 2012, de acuerdo a las certificaciones de turnos emitidas por la entidad accionada, se tiene que sólo comenzó a laborar por el sistema de turnos a partir del 3 de junio de 2012 conforme a las mismas certificaciones.

Que en el mismo sentido, se acreditó que la Resolución N° 01411 de 2013 entró en vigencia el 1° de septiembre de 2013, de lo cual se infiere que a partir de esa fecha la demandada comenzó a reconocer los conceptos salariales de horas extras, dominicales y festivos y el recargo por trabajo nocturno, y dada la ausencia de prueba en contrario, como quiera que el actor reconoce que a partir de la vigencia de dicha disposición su liquidación y reconocimiento se hizo en debida forma, el Despacho se limitó al análisis del período comprendido entre el **3 de junio de 2012 y el 31 de agosto de 2013**.

A partir de la delimitación fáctica antes indicada, concluyó que a fin determinar si el actor tiene derecho a los conceptos salariales y prestacionales reclamados, debe ser aplicada la **Resolución N° 0281 de 2012**, por ser la normatividad especial en la materia que se encontraba vigente en el lapso antes indicado.

- Horas extras

Indicó que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 7 de la Resolución N° 0281 de 2012, la jornada ordinaria es de 44 horas semanales y en consecuencia se entiende por trabajo suplementario el que excede o sobrepasa este número de horas, y su pago sólo procede para los empleos del Nivel Técnico hasta el grado 9 y del Nivel Asistencial hasta el grado 19.

Que en el presente asunto se acreditó, conforme a la certificación expedida por el Director Regional Guajira con destino al Subdirector de Talento Humano de Migración Colombia, que durante el lapso comprendido entre junio de 2012 y agosto de 2013, la jornada laborada del actor sólo superó el límite de las 190 horas mensuales en los meses de enero y julio de 2013, trabajando 248 horas y 191 horas, respectivamente, es decir, durante el periodo objeto de este litigio laboró 59 horas extras en total.

No obstante lo anterior, precisó que el señor Daniel de Jesús Cardozo Escórela ocupó desde su vinculación con la demandada el cargo de Oficial de Migración 3010 - Grado 15, cargo que según lo previsto en el artículo 1° del Decreto 4064 de 2011, pertenece al nivel técnico, evidenciándose en tal sentido que el actor no se encuentra dentro de los empleados con derecho al reconocimiento y pago de horas extras conforme a lo establecido en la Resolución N° 0281 de 2013, que como se indicó en líneas anteriores, autoriza el reconocimiento de este concepto, hasta el grado 9 del Nivel Técnico. En tal orden de ideas, el Despacho negó la pretensión orientada al reconocimiento de horas extras.

- Recargo nocturno

Manifestó que en el artículo 5 de la Resolución N° 0281 de 2012, se establece que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, éstas últimas se remunerarán con recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre la asignación salarial. En el presente asunto, se acreditó mediante certificado de horas y turnos laborados emitido por la entidad demandada, que el señor

Cardozo Escórela desarrolló sus labores ordinariamente en virtud del sistema de turnos establecido en la U.A.E. Migración Colombia, y en dicha jornada se incluían tanto horas diurnas como horas nocturnas, razón por la cual consideró el A quo que en los términos de la Resolución antes mencionada, al actor le asiste derecho al reconocimiento y pago de un recargo del 35% sobre su asignación básica, recargo que deberá ser aplicado a las horas nocturnas laboradas.

- Trabajo en dominicales y festivos

Que la Resolución N° 0281 de 2012, aplicable en el presente asunto, establece que cuando el empleado labore habitualmente en dominicales o festivos, tendrá derecho a que se le reconozca y pague una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso complementario, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho por haber laborado el mes completo.

En el asunto en cuestión, resaltó el A quo que, conforme a la certificación de turnos y los documentos consignados en el C.D. allegados al expediente, el actor laboraba bajo el sistema de turnos que se implementa en la entidad demandada, y por tal razón existía una programación mensual previa de los turnos en que debía laborar el actor, incluyendo dominicales y festivos, de lo cual se concluye que el trabajo desempeñado en estos, tenía carácter habitual, y de acuerdo con la normatividad aplicable le asiste el derecho a que se le reconozca y pague la remuneración equivalente al doble del valor por cada día dominical o festivo laborado. Advirtió que conforme a los certificados que obran en el expediente, se observó que al actor se le reconoció el descanso compensatorio por los días dominicales y festivos que laboró, motivo por el cual indicó que habría lugar a reconocer el recargo con una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo

5. Recurso de apelación.

La parte accionada en el escrito de apelación, solicita se revoque el fallo de primera instancia, bajo los siguientes argumentos.

Manifiesta la accionada que, el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992, con base en la cual el Gobierno Nacional fija anualmente las escalas de asignación básica de los empleos desempeñados por empleados de la Rama Ejecutiva, como es el caso de los funcionarios de la UAE Migración Colombia

En primer lugar, precisa que para el periodo objeto de reclamación - 1 de enero de 2012 a 31 de agosto del 2013-, las normas aplicables en materia prestacional para la Rama Ejecutiva, eran los **Decretos 0853 de 2012 y 1029 de 2013**, los cuales establecían de manera expresa, que *"(...) Las asignaciones básicas mensuales de las escalas, señaladas en el presente artículo corresponden a empleos de carácter permanente y de tiempo completo (...)*

Así pues, indicó que a aquellos funcionarios de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que ejercen labores de control migratorio, como el demandante, se les debe aplicar en su régimen salarial, los citados decretos, dada la naturaleza habitual y permanente del servicio que prestan. En tal consideración, manifestó que se debe hacer una distinción en el tratamiento de los recargos nocturnos de un lado, y de los dominicales y festivos de otro, toda vez que tiene regulación diferente.

Al estar regulados de manera expresa en los Decretos salariales 0853 de 2012 y ,1929 de 2013, los recargos dominicales y festivos deben sujetarse a estas normas, las cuales disponen que estos únicamente proceden para el trabajo ocasional, y para aquellos funcionarios que pertenezcan al nivel técnico hasta el arado 9 y en el asistencial hasta el grado 19.

Así las cosas, el demandante se encuentra en un grado superior al permitido para acceder al reconocimiento de horas extras y en tal virtud no se le pueden legalmente reconocer ni pagar como lo ordena el Despacho en el literal d) del Resuelve de la sentencia recurrida.

Por otro lado, indicó que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia ha compensado al demandante con tiempo, el recargo que corresponde por

las horas nocturnas laboradas, durante el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 2013 y el 31 de agosto de 2013.

5. Trámite procesal de segunda instancia

Mediante auto de fecha veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada; y, por medio de auto de fecha cuatro (04) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Parte demandante

La parte accionante en escrito de alegatos de conclusión de segunda instancia, solicitando se confirme la sentencia impugnada.

6.2 Parte demandada

La parte demandada en escrito de alegatos de conclusión de segunda instancia, solicita se revoque la sentencia recurrida y en consecuencia se denieguen las pretensiones de la demanda.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

1. 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 N° 20156110555751 del 25 de noviembre de 2015, mediante el cual le fue negado el reconocimiento y pago de trabajo en dominicales y festivos, y recargos nocturnos al actor, así como el reajuste de las prestaciones sociales causados desde de la vinculación del actor a la entidad accionada hasta el 31 de agosto de 2013, fecha de la entrada en vigencia de la Resolución No. 1411 de 2013?

3. TESIS

La Sala confirmará la sentencia impugnada, toda vez que al actor le es aplicable lo dispuesto en la Resolución No. 00281 de 2012 en armonía con lo señalado en el Decreto 1042 de 1978, por lo que tiene derecho al reconocimiento pago de remuneración por recargos nocturnos, dominicales y festivos.

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

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. Sobre la jornada de trabajo de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

El Director General de la UAE Migración Colombia expidió la **Resolución 00281 de 16 de abril de 2012** con el fin de establecer unos «lineamientos sobre el trabajo mediante el sistema de turnos», sistema que definió como «toda forma de organización del trabajo según la cual los servidores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo», y que implica que el trabajador se ve en la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes a la de la jornada ordinaria de 8 horas diarias, pero en un periodo determinado de días o semanas.

El artículo 4 de la resolución ibídem dispone que los turnos que establezca cada entidad acorde con sus propias' características o necesidades deben ajustarse al cumplimiento de la jornada ordinaria de cuarenta y cuatro (44) horas a la semana y puede ser diurnos nocturnos o mixtos. Igualmente señala lo siguiente:

“PARAGRAFO 1. Para efectos del establecimiento de turnos, se tendrá en cuenta lo siguiente;

1. La Jornada Ordinaria Laboral Diurna se desarrolla entre las 6:00 A.M. y las 6:00 P.M.

2. La Jornada Ordinaria Laboral Nocturna se desarrolla entre las 6:00 P.M. y las 6:00 A.M.

Quienes deban trabajar en jornada nocturna de manera habitual tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual. No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6:00 p.m completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

3.La Jornada ordinaria Laboral Mixta tiene lugar cuando el tiempo ordinario transcurre tanto en diurno como en nocturno.

En caso de la jornada mixta, la parte de la jornada que sea nocturna tendrá que pagarse con un recargo del 35% sobre el valor de la asignación mensual.

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

En relación con el trabajo en **dominical o festivo**, el artículo 6 de la referida norma señaló que cuando este sea habitual, el empleado tendrá derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso complementario, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho por haber laborado el mes completo.

La norma precisó, además, que cuando el trabajo en dominical o festivo sea ocasional, se debe compensar con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero correspondiente a un día ordinario de trabajo o proporcionalmente al tiempo laborado si éste fuere menor.

Respecto de las **horas extras** indicó en su artículo 7 que el trabajo suplementario es aquel que excede o sobrepase las jornadas de 44 horas semanales.

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

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

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

Para el pago de horas extras debe tenerse en cuenta que:

1. Debe existir razones especiales del servicio.
2. El trabajo suplementario debe ser autorizado previamente mediante comunicación escrita del jefe Inmediato, aprobada por el Secretario General de la Unidad, en el cual se especifiquen los turnos y las actividades que hayan de desarrollarse. La programación de turnos deberá presentarse a la Secretaría General con por lo menos quince (15) días de anticipación.
3. El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará soportado en una certificación del jefe inmediato, donde especifique el número de horas extras laboradas por cada funcionario y su carácter nocturno o diurno.
4. En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales, salvo el caso de los conductores mecánicos quienes tienen derecho al reconocimiento de cien horas extras mensuales.
5. Solo se puede autorizar el reconocimiento y pago de hora extras siempre y cuando el empleado pertenezca al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.
6. En todo caso, la autorización para laborar horas extras solo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.
7. Por ningún motivo el pago podrá ser retroactivo o se reconocerán hechos cumplidos.

Con posterioridad, la entidad expidió la **Resolución 01411 de 26 de agosto de 2013**, por medio de la cual expidió los «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».

En el artículo 1 de la Resolución referida, la administración dispuso que únicamente laborarán por el sistema de turnos y en jornadas mixtas, los funcionarios misionales que desarrollen funciones de control migratorio y presten sus servicios en puestos de control migratorio, cuya actividad se cumpla de manera habitual durante todo el año calendario.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

Las probanzas que seguidamente se relacionan, dan cuenta de los hechos que resultan relevantes para resolver la presente causa:

5.1.1. Se encuentra acreditado en el sub examine que el señor DANIEL CARDOSO ESCORCIA laboró en la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA a partir del 22 de marzo de 2012 hasta el 31 de julio de 2015 en el cargo de OFICIAL DE MIGRACIÓN 3010 grado 15 asignado al AEROPUERTO RAFAEL NUÑEZ CARTAGENA (BOLIVAR). (Fl. 34 Archivo "01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf")

5.1.2. A su turno, obra en el sub examine reportes de nómina, en los cuales se consignan los valores pagados por concepto de salario, durante los años 2012, 2013, 2014 y 2015 al funcionario DANIEL DE JESÚS CARDÓSE ESCORCIA. (Fl. -35-43 Archivo "01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf")

5.1.3. Obra en el expediente Oficio No. 20167060000893 de fecha 18 de enero de 2016 proferido por el Directo Regional Guajira de Migración Colombia y dirigido a la Subdirección de Talento Humano en la cual indica las horas laboradas en jornada nocturna, dominicales y festivos del funcionario DANIEL CARDOSO ESCORCIA, así como el sistema de turnos utilizados conforme a las órdenes del día, en las que laboro en el Puesto de Control Migratorio Terrestre de Paraguachón en el año 2012 y 2013. (Fl. -54-46 Archivo "01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf")

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. 60-63 Archivo "01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf")

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. 64-70 Archivo "01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf")

5.1.6. Obra en el sub examine certificación de fecha 3 de enero de 2018 proferida por el SUBDIRECTOR DE TALENTO HUMANO DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA en la cual indican que el señor DANIEL CARDOSO ESCORCIA laboró en la entidad desde el 22 de marzo de 2012 hasta el 31 de julio de 2015, desempeño el cargo de OFICIAL DE MIGRACIÓN 3010 grado 15 NIVEL TECNICO y su nombramiento fue provisional, adscrito a las siguientes dependencias. (Fl. 178 Archivo "01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf")

- REGIONAL GUAJIRA- PUESTO DE CONTROL MIGRATORIO TERRESTRE PARAGUACHO, del 1 de abril de 2012 a 1 de agosto de 2013.
- REGIONAL CARBIE- GRUPO INTERNO DE TRABAJO CARTAGENA, del 2 de agosto de 2013 a 31 de julio de 2015.

5.1.7. Obra en el sub examine certificación de fecha 30 de noviembre de 2017 proferida por el Director Regional Guajira-Cesar en el cual indica que el funcionario DANIEL CARDOZO ESCORCIA ocupó el cargo Oficial de Migración, Código 3010, Grado 15, adscrito a la Regional Guajira, laboro en el Puesto de Control Migratorio Terrestre de Paraguachón desde el 1 de junio de 2012 hasta agosto 2013, y en atención a las ordenes se servicio del Puesto de Control Migratorio Terrestre de Paraguachón - Guajira laboró los turnos nocturnos,

dominicales y festivos así: (Fl. 179-180 Archivo "01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf")

MES	NOCTURNO	DOMINICALES	FESTIVOS	DIAS DESCANSO
Enero 2012				
Febrero 2012				
Marzo 2012				
Abril 2012				
Mayo 2012				
Junio 2012	8-9-10-12-13-16-22-25-26-29-30	3-17-18-24		11-14-15-19-20-21-17-28
Julio 2012	6-7-10-11-14-18-19-23-26- 27	8-15-22	20	1-2-3-4-5-9-12-13-16-17-21-24-25-28-29-30-31
Agosto 2012	3-6-7-10-11-14-17-31	19	7	1-2-4-5-8-9-12-13-15-16-18-20-21-22-23-24-25-26-27
Septiembre 2012	3-6-7-8-12-15-18-21-24	9		4-5-10-11-13-14-16-17-19-20-22-23
Octubre 2012	8-11-12-16-19	7	15	9-10-13-14-17-18
Noviembre 2012	14-15-19-22-26-27	18		16-17-20-21-22-23-24-25
Diciembre 2012	1-5-6-19-22-28	2-9-16		3-4-7-8-10-11-12-13-14-15-17-18-20-21-23-24-25-26-27 I-2-4-5
Enero 2013	3-9-12-15-18-29-31	6		I-2-4-5-7-8-10- II-13-14-16-17- 19-20-21-22-23-24-25-26-27-28
Febrero 2013	2-6-9-12-15			I-3-4-5-7-8-10 II-13-14
Marzo 2013		3		
Abril 2013	24-26			
Mayo 2013	3-20			4-5
Junio 2013	14	10		
Junio 2013	11-17	20		

Agosto 2013		7		
-------------	--	---	--	--

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el sub judice, pretende la parte accionante se declare la nulidad del acto administrativo N° 201561,10555751 del 25 de noviembre de 2015, mediante el cual le fue negado el reconocimiento y pago de trabajo en dominicales y festivos, horas extras, recargos nocturnos, y días compensatorios, así como el reajuste de las prestaciones sociales con la inclusión de dichos conceptos.

El juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda al considerar que, analizadas las pruebas allegadas al proceso, se advirtió que si bien el ingreso del actor a la U.A.E. Migración Colombia se produjo el 22 de marzo de 2012, de acuerdo a las certificaciones de turnos emitidas por la entidad accionada, se tiene que sólo comenzó a laborar por el sistema de turnos a partir del 3 de junio de 2012 conforme a las mismas certificaciones.

Que en el mismo sentido, se acreditó que la Resolución N° 01411 de 2013 entró en vigencia el 1° de septiembre de 2013, de lo cual se infiere que a partir de esa fecha la demandada comenzó a reconocer los conceptos salariales de horas extras, dominicales y festivos y el recargo por trabajo nocturno, y dada la ausencia de prueba en contrario, como quiera que el actor reconoce que a partir de la vigencia de dicha disposición su liquidación y reconocimiento se hizo en debida forma, el Despacho se limitó al análisis del período comprendido entre el **3 de junio de 2012 y el 31 de agosto de 2013**.

A partir de la delimitación fáctica antes indicada, concluyó que a fin determinar si el actor tiene derecho a los conceptos salariales y prestacionales reclamados, debe ser aplicada la **Resolución N° 0281 de 2012**, por ser la normatividad especial en la materia que se encontraba vigente en el lapso antes indicado.

- Horas extras

Indicó que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 7 de la Resolución N° 0281 de 2012, la jornada ordinaria es de 44 horas semanales y en consecuencia se entiende por trabajo suplementario el que excede o sobrepasa este número de horas, y su pago sólo procede para los empleos del Nivel Técnico hasta el grado 9 y del Nivel Asistencial hasta el grado 19.

Que en el presente asunto se acreditó, conforme a la certificación expedida por el Director Regional Guajira con destino al Subdirector de Talento Humano de Migración Colombia, que durante el lapso comprendido entre junio de 2012 y agosto de 2013, la jornada laborada del actor sólo superó el límite de las 190 horas mensuales en los meses de enero y julio de 2013, trabajando 248 horas y 191 horas, respectivamente, es decir, durante el periodo objeto de este litigio laboró 59 horas extras en total.

No obstante lo anterior, precisó que el señor Daniel de Jesús Cardozo Escórela ocupó desde su vinculación con la demandada el cargo de Oficial de Migración 3010 - Grado 15, cargo que según lo previsto en el artículo 1° del Decreto 4064 de 2011, pertenece al nivel técnico, evidenciándose en tal sentido que el actor no se encuentra dentro de los empleados con derecho al reconocimiento y pago de horas extras conforme a lo establecido en la Resolución N° 0281 de 2013, que como se indicó en líneas anteriores, autoriza el reconocimiento de este concepto, hasta el grado 9 del Nivel Técnico. En tal orden de ideas, el Despacho negó la pretensión orientada al reconocimiento de horas extras.

- Recargo nocturno

Manifestó que en el artículo 5 de la Resolución N° 0281 de 2012, se establece que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, éstas últimas se remunerarán con recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre la asignación salarial. En el presente asunto, se acreditó mediante certificado de horas y turnos laborados emitido por la entidad demandada, que el señor

Cardozo Escórela desarrolló sus labores ordinariamente en virtud del sistema de turnos establecido en la U.A.E. Migración Colombia, y en dicha jornada se incluían tanto horas diurnas como horas nocturnas, razón por la cual consideró el A quo que en los términos de la Resolución antes mencionada, al actor le asiste derecho al reconocimiento y pago de un recargo del 35% sobre su asignación básica, recargo que deberá ser aplicado a las horas nocturnas laboradas.

- Trabajo en dominicales y festivos

Que la Resolución N° 0281 de 2012, aplicable en el presente asunto, establece que cuando el empleado labore habitualmente en dominicales o festivos, tendrá derecho a que se le reconozca y pague una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso complementario, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho por haber laborado el mes completo.

En el asunto en cuestión, resaltó el A quo que, conforme a la certificación de turnos y los documentos consignados en el C.D. allegados al expediente, el actor laboraba bajo el sistema de turnos que se implementa en la entidad demandada, y por tal razón existía una programación mensual previa de los turnos en que debía laborar el actor, incluyendo dominicales y festivos, de lo cual se concluye que el trabajo desempeñado en estos, tenía carácter habitual, y de acuerdo con la normatividad aplicable le asiste el derecho a que se le reconozca y pague la remuneración equivalente al doble del valor por cada día dominical o festivo laborado. Advirtió que conforme a los certificados que obran en el expediente, se observó que al actor se le reconoció el descanso compensatorio por los días dominicales y festivos que laboró, motivo por el cual indicó que habría lugar a reconocer el recargo con una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo

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

En primer lugar, precisa que para el periodo objeto de reclamación - 1 de enero de 2012 a 31 de agosto del 2013-, las normas aplicables en materia prestacional para la Rama Ejecutiva, eran los **Decretos 0853 de 2012 y 1029 de 2013**, los cuales establecían de manera expresa, que "(...) *Las asignaciones básicas mensuales de las escalas, señaladas en el presente artículo corresponden a empleos de carácter permanente y de tiempo completo (...)*

Así pues, indicó que a aquellos funcionarios de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que ejercen labores de control migratorio, como el demandante, se les debe aplicar en su régimen salarial, los citados decretos, dada la naturaleza habitual y permanente del servicio que prestan. En tal consideración, manifestó que se debe hacer una distinción en el tratamiento de los recargos nocturnos de un lado, y de los dominicales y festivos de otro, toda vez que tiene regulación diferente.

Que al estar regulados de manera expresa en los Decretos salariales 0853 de 2012 y ,1929 de 2013, **los recargos dominicales y festivos** deben sujetarse a estas normas, las cuales disponen que estos únicamente proceden para el trabajo ocasional, y para aquellos funcionarios que pertenezcan al nivel técnico hasta el arado 9 y en el asistencial hasta el grado 19.

Así las cosas indicó que el demandante se encuentra en un grado superior al permitido para acceder al reconocimiento de horas extras y en tal virtud no se le pueden legalmente reconocer ni pagar como lo ordena el Despacho en el literal d) del Resuelve de la sentencia recurrida.

Por otro lado, respecto de los recargos nocturnos preciso que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia ha compensado al demandante con tiempo, el recargo que corresponde por las horas nocturnas laboradas, durante el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 213 y el 31 de agosto de 2013, que en efecto, 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.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial citado, los hechos probados en el presente asunto, y el objeto del recurso de apelación impetrado; procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, el cual se concretara a determinar si el actor tiene derecho al pago de los **recargos nocturnos, dominicales y festivos** en el periodo comprendido entre el 3 de junio de 2012 (fecha desde la cual comenzó a laborar por el sistema de turnos) hasta el 31 de agosto de 2013 (vigencia de la Resolución No. 0141 de 2013); toda vez que el reconocimiento y pago de las horas extras fueron denegadas en la sentencia proferida en primera instancia, y no fueron objeto de pronunciamiento en el recurso de apelación.

En primer lugar, precisa la Sala que mediante la Resolución No. 00281 del 6 de abril de 2012 se dictaron lineamientos sobre el trabajo mediante el sistema de turnos en la UAE Migración Colombia.

Posteriormente, 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 2012.

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 la Resolución 00281 de 2012, en armonía con el Decreto 1042 de 1978.

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 2012¹ y 1029 de 2013² estaban vigentes, los mismos

¹ 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"

² 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

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.

Precisado lo anterior, procede la Sala a verificar si en el sub examine el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de recargos nocturnos y dominicales y festivos en el periodo comprendido entre el 3 de junio de 2012 y el 30 de septiembre de 2013 en virtud de la Resolución No. 00281 de 2012, en armonía con lo señalado en Decreto 1042 de 1978.

- **Del reconocimiento y pago de dominicales y festivos.**

De lo probado en el sub examine se encuentra acreditado que el señor DANIEL CARDOSO ESCORCIA prestó sus servicios a la UEA MIGRACIÓN COLOMBIA desde el 22 de marzo de 2012 hasta el 31 de julio de 2015 en el cargo de OFICIAL DE MIGRACIÓN 3010 grado 15 asignado al AEROPUERTO RAFAEL NUÑEZ CARTAGENA (BOLIVAR). (Fl. 34 Archivo "01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf")

Ahora bien, en este punto advierte la Sala que el artículo 6 de la Resolución No. 281 de 2012 dispone:

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

Cuando el trabajo en dominical o festivo sea habitual, el empleado tendrá derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso complementario,

Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional, y se dictan otras disposiciones."

sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

Cuando el trabajador en dominical o festivo sea ocasional se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si éste fuere menor. El domingo siempre deberá ser remunerado acorde con el porcentaje correspondiente."

Ahora bien, con respecto al término "habitual" enmarcado dentro de las jornadas ordinarias de trabajo el tratadista Diego Younes, expresó: *"Tal sistema presupone la calificación básica de habitualidad y permanencia de un servicio de trabajo, por oposición a la que recaería sobre un trabajo ocasional, transitorio, ajeno por naturaleza a sistemas o prospectos, determinables en cada caso y sólo para uno, con un ámbito restringido orgánicamente y viable sólo por razones de servicio. Y es apenas lógico que como habitual se considere un trabajo de tal naturaleza que no puede interrumpirse domingos y festivos, aunque no lo cumplan siempre los mismos empleados, sino se alterne al efecto conforme a un sistema establecido previamente por requerirlo la naturaleza de dicho trabajo"*

Por su parte la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 13 de agosto de 1.998, expediente 21-98, precisó: *" (...) el trabajo habitual u ordinario en dominical y festivo, es aquél que se presta en forma permanente, aun cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos, pues la permanencia se refiere a la habitualidad del servicio. (...) "*

En este orden, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 00281 de 2012, si el trabajo de los días dominicales o festivos es habitual y permanente, el trabajador tiene derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de compensatorio, independientemente del nivel jerárquico al que pertenezca el empleado.

Por el contrario, si el trabajo ocasional en días dominicales o festivos, se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero a elección del funcionario.

En el sub examine, se encuentra acreditado que el actor laboró los siguientes dominicales y festivos:

Año 2012	
Mes	Dominicales y festivos
Junio	3,17,18,24
Julio	8,15,22,20
Agosto	19,7
Septiembre	9
Octubre	7,15
Noviembre	18
Diciembre	2, 9, 16

Año 2013	
Mes	Dominicales y festivos
Enero	6
Febrero	
Marzo	3
Abril	
Mayo	
Junio	10
Julio	20
Agosto	7

En virtud de lo anterior, como quiera que el actor laboraba bajo el sistema de turnos de la entidad, y para ello se requería de una programación mensual previa de los turnos en que debía laborar en los cuales se incluyó los dominicales y festivos, es claro que el actor laboraba en dichos días de manera habitual, de tal manera que tiene derecho a que se le reconozca y pague la remuneración equivalente al doble del valor por cada día dominical o festivo laborado, tal como lo ordenó el A quo.

- **Del reconocimiento y pago de recargos nocturnos.**

Al respecto, el artículo 5 de la Resolución N° 0281 de 2012, señala que cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, éstas últimas se remunerarán con recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre la asignación salarial.

En el sub examine se acreditó con el certificado de horas y turnos laborados emitido por la entidad demandada visible a folios 46 a 46 del expediente digitalizado, que el señor DANIEL CARDOSO ESCORCIA, en cumplimiento de su jornada laboral en el sistema por turnos, laboró en las siguientes horas nocturnas:

Año 2012	
Mes	Horas nocturnas
Junio	44
Julio	25
Agosto	26
Septiembre	87
Octubre	42
Noviembre	14
Diciembre	25

Año 2013	
Mes	Horas nocturnas
Enero	80
Febrero	48
Marzo	0
Abril	0
Mayo	16
Junio	0
Julio	42
Agosto	21

En este orden, se advierte que el señor DANIEL CARDOSO ESCORCIA laboró 263 horas nocturnas en el año 2012 y 207 horas en el año 2013, 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 18 de noviembre de 2012, toda vez que el actor presentó la reclamación administrativa el 18 de noviembre de 2012, tal como lo estableció el A quo en la sentencia impugnada.

En todo lo demás se confirmará el fallo recurrido.

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 desfavorable el recurso de apelación de la parte demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante³.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

³ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.

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

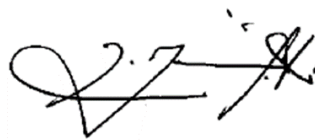
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha dieciséis (16) de agosto de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA