



Cartagena de Indias D.T y C., doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2015-00526-01
Demandante	EDGAR ALFREDO BURGOS GONZÁLEZ
Demandado	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Reconocimiento y pagos de recargo nocturno, horas extras, dominicales y festivos, conforme lo establece el Decreto 1042 de 1978.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 28 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por EDGAR ALFREDO BURGOS GONZÁLEZ, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

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

2.1. La demanda¹.

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

¹ Folios 1-10



2.2. Pretensiones

"PRIMERO: La nulidad de los actos administrativos contenido los oficios radicados Nro. 20156110095811, del 05/03/2015, notificado por correo electrónico el 05/03/2015 y la resolución 0171 del 20/04/2015, notificada el 23/03/2015, así como del acto administrativo negativo presunto, configurado en la falta de respuesta del recurso de apelación concedido, todos ellos proferidos por la UEA Migración Colombia, por medio de los cuales se negó la solicitud deprecada.

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

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

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

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

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

Señala el accionante que, labora para la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, desde el 1 de enero de 2012, desempeñándose en el cargo de oficial de migración grado 3010-15(E), con una asignación básica mensual de \$1.618.768, y una bonificación por compensación que es factor salarial de \$301.355.

Destaca el actor que labora de acuerdo al sistema de turnos, conforme a las órdenes del día; que dichos turnos son continuos de 24 horas de labor y 48 horas

13-001-33-33-005-2015-00526-01

de descanso, pero dentro de estas últimas 48 horas, se encuentra sometido a un turno extra, denominado disponibilidad de 8 horas.

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

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

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

Afirma que el 11 de febrero de 2015, radicó reclamación administrativa ante la demandada, con el fin de solicitarle el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales, festivos, porcentaje por trabajo nocturno, desde la fecha de ingreso, hasta el día 30 de septiembre de 2013 o hasta la fecha que la Unidad hubiere comenzado a reconocerlos y pagarlos conforme a la Resolución 1411 de 26 de agosto de 2013, y que a partir de ahí se le reconozca y pague el salario, incluyéndose los recargos suplementarios por concepto de trabajo dominicales, festivos, horas extras y recargos por trabajo nocturno, prestaciones sociales, prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías y reajuste a la seguridad social.

Señala que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, mediante acto administrativo No. 20156110095811 del 2015-03-05, negó dicha solicitud, al considerar que lo establecido en la Resolución No. 1411 de 2013, respecto al reconocimiento de recargos nocturno, dominicales y festivos, regia hacia el futuro; en contra de este acto administrativo, interpuso recurso de reposición, resuelto desfavorablemente mediante Resolución 0171 del 10 de abril de 2015 y concedió recurso de apelación sin emitir pronunciamiento alguno a la fecha, quedando así agotada la vía gubernativa.

La entidad demandada dando alcance al oficio No. 20156110095811, donde se comprometió allegar las certificaciones laborales y de turnos laborados, remitió la acreditación y reconocieron que el demandante laboró 2206 horas durante



13-001-33-33-005-2015-00526-01

el periodo entre enero y diciembre de 2012, y 1611 entre enero y septiembre de 2013, sin especificar a cual correspondía cada cual que no se han pagado a la fecha.

2.4. Contestación²

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

- **Acerca de los hechos**

Respecto de los hechos, manifiesta que es cierto, que mediante Resolución No. 024 del 1 de diciembre de 2011, el señor Burgos fue incorporado en la planta de personal en el cargo de oficial de migración código 3010 grado 13.

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

Excepciones

- **Inexistencia del acto administrativo**

Respecto a la pretensión de nulidad del acto negativo presunto señala que, la concesión del recurso de apelación se hizo efectivo el 23 de abril de 2015, fecha en la que se notificó a la parte demandante la decisión del recurso de apelación, así las cosas para la configuración del acto negativo presunto debían transcurrir 3 meses los cuales se cumplían el 23 de julio de 2015. No obstante, el demandante presentó solicitud de conciliación el 6 de julio de 2015, por lo que alega la inexistencia del acto demandado.

- **Prescripción del derecho**

Resalta que en los términos de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad social, artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en 3 años, contados desde que la respectiva obligación se hizo

² Fols. 47-52 cdno 1



13-001-33-33-005-2015-00526-01

exigible, razón por la cual, todo derecho laboral anterior a los 3 años, hacia atrás desde la presentación de la reclamación se encuentra prescrito.

- **Razones de la defensa**

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

Que la Resolución 1411 de agosto de 2013, explica que con ésta, se organiza en la Unidad de Migración Colombia, el trabajo por el sistema de turnos y en jornadas mixtas para los funcionarios misionales que desarrollen funciones de control migratorio y presten servicios en puestos de control migratorio, cuya actividad se cumpla de manera habitual durante todo el año calendario, además, que dicha resolución regula el pago del recargo nocturno y dominicales y festivos incorporando las disposiciones que trae al respecto la Ley 1042 de 1978, para los demás empleados de la rama ejecutiva del poder público, por lo cual el UAMEC, hoy tiene aún para quienes laboran por el sistema de turno, el régimen ordinario de recargos nocturnos, dominicales y festivos.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 28 de mayo de 2018, la Juez de primera instancia dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda.

El Juez A quo expuso, que la jornada de trabajo por el sistema de turnos cumplida por el demandante en la UAE Migración Colombia, no podía desconocer el derecho al reconocimiento del trabajo suplementario, puesto que vulnera el principio de igualdad en relación con los empleados públicos en virtud del

³ Folios 100-108 cdno 1



13-001-33-33-005-2015-00526-01

principio de favorabilidad laboral del artículo 53 de la Carta Política, y el Decreto 1042 de 1978.

Manifestó que si bien la entidad demandada, profirió la Resolución 01411 de 2013 por el cual se dictaron los lineamientos para el reconocimiento a partir de septiembre de 2013 de recargos nocturnos, dominicales, y festivos, a favor de los funcionarios que laboran bajo el sistema de turnos, no existía una normativa especial anterior que regulara dicho sistema. Por lo que la UAE Migración Colombia, debió reconocerle y pagarle al actor conforme lo establece la norma general Decreto 1048 de 1978. Se demostró que el actor, laboró de enero de 2012 a septiembre de 2013, sin que le hicieran pagos por recargo alguno.

En cuanto a las horas extras, consideró que solo había lugar a contabilizar cuando efectivamente se hubiesen laborado, debido a que solo procede por las horas adicionales a la jornada ordinaria en la que se prestó el servicio, por lo que se demostró que el actor laboró 214 horas, sobrepasando las 190 horas mensuales reglamentarias. Declarando la prescripción de las anteriores a 11 de febrero de 2012, debido a que la reclamación fue realizada el 11 de febrero de 2015. Por lo que reconoció que, las horas extras deberán ser remuneradas aplicando un recargo equivalente al 75% sobre la asignación básica.

Sobre el recargo por trabajo nocturno, indicó que la jornada ordinaria se entiende entre las 6:00 pm y las 6:00 am del día siguiente, las cuales se remuneran con recargo del 35% o con periodos de descanso. Quedó demostrado mediante certificación de la entidad que el actor laboró más de la jornada ordinaria, por lo que accedió al reconocimiento y pago del 35% sobre la asignación básica por las horas nocturnas laboradas desde el 11 de febrero de 2012, hasta la fecha en que se aplicó la Resolución No. 01411 de 2013.

Respecto al trabajo dominical y festivo, adujo que conforme a las planillas alegadas el demandante laboró de manera habitual los dominicales y festivos, por lo que reconoció el pago al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborados desde el 11 de febrero de 2012, hasta la fecha en que se aplicó la Resolución No. 01411 de 2013.

Finalmente accedió a la reliquidación de las cesantías que incluye como factor salarial las horas extras y por dominicales y festivos. Negó la reliquidación de primas de servicios, vacaciones y navidad, por cuanto las horas, los recargos



13-001-33-33-005-2015-00526-01

nocturnos y la remuneración de dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas.

Finalmente, declaró la prescripción de los derechos causados con anterioridad al 11 de febrero de 2012.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 09 de junio de 2018, la parte demandada presenta apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que sea revocada y denegadas las pretensiones de la demanda.

Indica que no es de recibo la decisión, en cuanto al error de interpretación del despacho del artículo 36, desconociendo las escalas de asignación básica de los empleos que desempeñan los empleados públicos de la rama ejecutiva. En cuanto a las horas extras reconocidas, afirma que para la fecha de la reclamación, el demandante era un oficial de migración (nivel técnico) 3010 grado 13 por lo que no tiene derecho a horas extras.

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

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

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante Tribunal Administrativo de Bolívar, el 28 de agosto de 2018⁵, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 21 de marzo de 2019⁶; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 10 de junio de 2019⁷.

⁴ Folios 117-124 cdno 1

⁵ Folio 2 Cdno de apelación

⁶ Folio 4 cdno de apelación

⁷ Folio 8 cdno de apelación



VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁸: Presentó escrito el 20 de junio de 2019, reiterando los argumentos esgrimidos en la demanda.

6.2 Alegatos de la parte demandada⁹: Presentó escrito el 12 de junio de 2019, reiterando los argumentos del recurso de alzada.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No rindió concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

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

7.2. Competencia.

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

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

7.3 Acto administrativo demandado.

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

- Acto Administrativo contenido en el oficio radicado No. 20156110095811 del 05/03/2015.
- Resolución 0171 del 20/04/2015.
- Acto Administrativo negativo presunto configurado en la falta de respuesta del recurso de apelación.

⁸ Folios 15-20 Cdno de apelación

⁹ Folios. 11-14 cdno de apelación



7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico, se planteará, así:

Establecer ¿si el señor EDGAR BURGOS GONZÁLEZ tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos, y el reajuste de sus prestaciones con sujeción al Decreto 1042 de 1978, por laborar en turnos de 24 horas desde el 01 de enero de 2012 al 30 de septiembre de 2013?

7.5. Tesis de la Sala

La Sala **Modificará** la sentencia de primera instancia, en lo relacionado a las horas calculadas para las horas extras en el mes de febrero de 2012. En lo demás se **confirmará** en razón a que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y remunere el recargo nocturno de que trata el artículo 35 de la Decreto 1042 de 1978, al igual que los dominicales, festivo, hasta la fecha en que se haya aplicado la Resolución 01411 del 26 de agosto de 2013. Con relación a las horas extras si bien no cumple con el requisitos del nivel técnico grado 9 por ser grado 15 no puede desconocerse el pago de los mismos teniendo en cuenta que su labor se soportó en las ordenes de servicio emanadas de la entidad.

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

7.6. Marco normativo y jurisprudencial.

7.6.1. Marco normativo (Decreto 1042 de 1978)

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



remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones."

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

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

"Artículo 33º.- De la jornada de trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para la horas extras."

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



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

"ARTICULO 39. DEL TRABAJO ORDINARIO EN DIAS DOMINICALES Y FESTIVOS. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deben laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

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

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

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

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

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



13-001-33-33-005-2015-00526-01

de 1978 y en las normas que anualmente establecen las escalas de asignación básica mensual para los empleados públicos.

Para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que el empleado pertenezca al nivel técnico o asistencial hasta los grados 09 y 19, respectivamente.
- Que el trabajo suplementario sea autorizado previamente mediante comunicación escrita.
- Su remuneración se hará: con un recargo del 25% si se trata de trabajo extra diurno o con un recargo del 75% cuando se trate de horas extras nocturnas.
- No se puede pagar en dinero más de 50 horas extras mensuales.
- Las horas extras trabajadas que excedan el tope señalado se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un día hábil por cada 8 horas extras trabajadas.
- Si el empleado se encuentra en comisión de servicios, y trabaja horas extras, igualmente tendrá derecho a su reconocimiento y pago.
- Son factor de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.

7.7. Caso concreto

7.7.1. Hechos probados:

- Copia del derecho de petición radicado el 11 de febrero de 2015 por el actor, ante la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia en el que solicita el pago de horas extras, dominicales, festivos, y recargos nocturnos¹⁰.
- Respuesta a la petición radicada por la demandante, por parte de la accionada, en el que le niega el reconocimiento y pago de los factores antes mencionados¹¹.
- Certificado suscrito por la entidad accionada, en el que se plasma la fecha de ingreso del demandante a la entidad, el cargo desempeñado, su asignación básica mensual, y el tipo de vinculación¹².
- Memorando mediante la cual la entidad demandada certifica las horas laboradas por el actor entre enero de 2012 y septiembre de 2013¹³.

¹⁰ Fol. 12-14

¹¹ Fol. 15-17

¹² Fol. 18

¹³ Fol. 19





13-001-33-33-005-2015-00526-01

- Recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto por el actor, contra el acto administrativo No. 20156110095811¹⁴.
- Resolución No. 0171 del 20 de abril de 2015, por medio del cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto en contra el acto administrativo No. 20156110095811¹⁵.
- Resolución No. 00281 del 16 de abril de 2012 "Por el cual se dictan lineamientos sobre el trabajo mediante el sistema de turnos en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia"¹⁶.
- Resolución No. 01411 del 26 de agosto de 2013 "Por el cual se dictan lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran por el sistema de turnos en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia"¹⁷.
- Oficio proveniente de la entidad, en el que informa las horas laboradas por el señor Edgar Burgos desde enero de 2012 a septiembre de 2013¹⁸.
- Cd contentivo de la hoja de vida del demandante¹⁹.
- Cd contentivo de las ordenes de servicio en el que consta las fechas y turnos cumplidas por el demandante en los años 2012-2013²⁰.
- Certificado emitido por Migración Colombia en el que consta las horas y fechas laboradas por la demandante correspondiente a dominicales, festivos y nocturnas, así como las horas y días en que descansó²¹.

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

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

El demandante fue incorporado a la unidad Administrativa Especial Migración Colombia, a partir del 01 de enero de 2012, desempeñándose en el cargo de Oficial de Migración 3010-15, asignado al puesto de control migratorio Aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena, tal como consta en la certificación suscrita por el Subdirector de talento Humano de la Unidad Administrativa

¹⁴ Fols. 20-23

¹⁵ Fols. 25-28

¹⁶ Fols. 59-60

¹⁷ Fols. 61-64

¹⁸ Fol. 86

¹⁹ Fol. 68

²⁰ Fol. 88

²¹ Fol. 87





Especial Migración Colombia (fl. 18), así como de la hoja de vida allegada con el expediente administrativo (Fol. 68).

Que el 11 de febrero de 2015 el actor solicitó a la entidad el reconocimiento y pago de dominicales, festivos, nocturnos y horas extras laboradas desde la fecha de ingreso hasta el 30 de septiembre de 2013, sin embargo, dicha petición fue negada por la accionada mediante respuesta del 05 de marzo de 2015 (Fols. 15-17), la razón dada por la entidad es que el actor no trabajó más de las 44 horas permitidas y además disfrutó de descansos.

Que conforme al memorando del 30 de noviembre de 2015, emitido por la entidad, señor Burgos González laboró 2.026 horas para el año 2012 y 1.611 horas para el año 2013 (fol. 87). Información corroborada con el certificado allegado por el actor (fol. 19).

Conforme a las órdenes de servicio allegadas en CD por la parte demandada, se evidencia que la entidad relaciona la fecha del turno asignado, la función a cumplir y la intensidad horaria del mismo (fol. 88), en las mismas se evidencian que el señor Edgar Burgos laboró de lunes a viernes, además los días sábados, domingos y festivos, en horarios diurnos y nocturnos, mas allá de las horas permitidas para un trabajo de esta naturaleza.

Se encuentra probado que mediante Resolución 01411 de 2013, El Ministerio de Relaciones Exteriores- Migración Colombia, dictó lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran por el sistema de turnos. En el mismo se resolvió que las horas por turnos serían de 44 semanales distribuidas de lunes a domingo, el reconocimiento de dominicales y festivos será del doble del valor de un día de trabajo más un día de descanso compensatorio, en cuanto a las horas extras y trabajo ocasional deberá pertenecer al nivel técnico hasta grado 09 o asistencial grado 19 y sobre el recargo nocturno se reconoce el 35% sobre la asignación básica (Fols. 61-64).

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

En forma general los argumentos de **la parte demandada**, para recurrir la sentencia de primera instancia, se circunscriben en establecer que el A-quo incurre en un error conceptual al considerar que la demandante tiene derecho a los recargos nocturnos, los dominicales y festivos toda vez que los funcionarios





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 243/2019
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

13-001-33-33-005-2015-00526-01

de la Unidad Administrativa especial migración Colombia, se les aplica el régimen salarial contenido en los Decreto 850 de 2012 y Decreto 1029 de 2013.

Sin embargo para mayor entendimiento esta Sala se detendrá a estudiar cada prestación solicitada, teniendo en cuenta el certificado allegado por la entidad (fol. 87).

PERIODO A REPORTAR DEL 1 ENERO 2012 A 30 SEPTIEMBRE 2013									
MES	TURNO	HORARIO JORNADA	DIAS LABORADOS	DIAS COMPENSADOS	# DE HORAS Y MINUTOS DOMINICALES LABORADOS	# DE HORAS Y MINUTOS FESTIVOS LABORADOS	# DE HORAS Y MINUTOS NOCTURNAS LABORADAS	TOTAL HORAS LABORADAS MES.	
ene-12	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	02-04-05-08-10-11-13-14-16-17-18-19-20-23-25-29	03-06-07-09-12-15-21-22-24-25-27-28-30-31	44:00:00	0	99:00:00	240	
feb-12	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	01-02-04-05-08-09-12-13-17-20-21-24-25-28-29	03-06-07-10-11-14-15-16-18-19-22-23-26-27	44:00:00	0	68:00:00	201	
mar-12	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	04-07-08-16-18-19-20-23-24-26-27-28	01-02-03-05-06-09-10-11-12-13-14-15-17-21-22-25-29-30-31	22:00	04:30	60:00:00	173	
abr-12	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	01-03-04-05-13-16-17-19-20-20	02-05-07-14-15-18-21-22-30	0	22:00	55:00:00	149	
may-12	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	01-02-04-05-07-09-10-12-13-15-16-19-22-23-30-31	03-06-08-11-14-16-17-20-21-24-25-26-27-28-29	47:30	03:30	77:00:00	219	
jun-12	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	03-03-09-13-15-18-20-23-25-26-29	01-02-04-05-07-08-10-11-12-14-16-17-19-21-22-24-27-28-30	0	22:00	110:00:00	242	
jul-12	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	01-10-13-15-16-19-22-25-28-31	02-03-04-05-06-07-08-09-11-12-14-17-18-20-21-23-27-29-30	58:20:00	0	77:00:00	212	
ago-12	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	04-18-19-22-25-29-29-31	01-02-03-05-06-07-08-09-10-11-12-13-14-15-20-21-23-24-27-28-29-30	22:00	0	77:00:00	178	
sep-12	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	03-09-09-12-14	01-02-04-05-07-08-10-11-13-15-16-30	0	0	65:00:00	110	
oct-12	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	10-12-15-18-21-24-28-31	05-06-07-08-09-11-13-14-16-17-19-20-22-23-25-26-27-29-30	22:00	22:00	68:00:00	178	
nov-12	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	02-05-08-11-14-17-21-23-26-29	01-03-04-06-07-09-10-12-13-15-16-19-20-22-24-25-27-28-30	44:00:00	0	88:00:00	220	
dic-12	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	02-18-21-24-29-29	01-03-04-05-08-20-22-23-25-27-28-30-31	0	0	44:00:00	88	
ene-13	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	01-04-07-10-14-16-20-22-25-28-31	02-03-05-06-08-09-11-12-13-15-17-18-19-21-23-24-26-27-29-30	22:00	44:00	68:00:00	242	
feb-13	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	VACACIONES						
mar-13	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	02-05-08-11-14-17-19-23-26	01-03-04-06-07-09-10-12-13-15-16-18-20-21-22-24-25-27-28	22:00	0	77:00:00	176	
abr-13	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	09-10-13-15-18-22-25-28	11-12-14-15-17-18-20-21-23-24-26-27-29-30	22:00	0	82:00:00	159	
may-13	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	01-04-07-10-13-16-19-22	02-03-05-06-08-09-11-12-14-15-17-18-20-21-23-24	22:00	44:00:00	55:00:00	176	
jun-13	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	01-03-03-09-13-15-16-21-24-27-30	02-04-05-07-08-10-11-12-14-16-17-19-20-22-23-25-26-28-29	44:00:00	22:00	88:00:00	242	
jul-13	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	03-06-09-12-15-18-21-24-27	01-02-04-05-07-08-10-11-13-14-16-17-19-20-22-23-25-26-28-29-30	22:00	0	93:00:00	198	
ago-13	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	05-08-11-14-17-20-23-26-29	01-02-03-04-06-07-09-10-12-13-15-16-18-19-21-22-24-25-27-28-30-31	22:00	0	88:00:00	198	
sep-13	24x48 horas	08:00 am a 06:00 am	01-04-07-10-13-16-19-22-25-28	02-03-05-06-08-09-11-12-14-15-17-18-20-21-23-24-26-27-29-30	44:00:00	0	110	220	





7.7.2.1. Horas extras

El A quo, ordenó el reconocimiento y pago de las horas extras pretendidas, debido a que encontró probado que el cargo que ostenta el demandante corresponde al nivel operativo conforme a lo establecido en el art. 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978, por otro lado, se allegaron las ordenes de servicio mes por mes de los años correspondientes a enero 2012 hasta septiembre de 2013 encontrándose órdenes a cargo del actor y por último, halló que durante los meses de enero, febrero, mayo, junio, julio, noviembre de 2012, y enero, junio, julio, agosto, y septiembre de 2013 el actor superó la jornada ordinaria de 190 horas mensuales.

Los argumentos del recurso de la parte demandada, se resumen en la errada interpretación del artículo 36 por parte del A-quo, toda vez que considera que se desconocieron los decretos salariales que fijan las escalas de asignación básica de los empleados de Migración Colombia; de igual forma, manifiesta que para el periodo objeto de reclamación la demandante ocupaba el cargo de oficial de migración código 3010 grado 15, por lo que conforme al artículo 154 el Decreto 0853 de 2012 no tiene derecho.

Esta Sala frente a la petición de horas extras, modificará lo resuelto por el juez de primera instancia en cuanto a las horas calculadas para el mes de febrero de 2012, estableciendo que no son 55 horas como erradamente se expuso, sino 11 horas.

Resulta pertinente, establecer los requisitos del artículo 36, del Decreto 1042/1978 en cuanto a estas:

- a) el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.
- b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.
- c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.



13-001-33-33-005-2015-00526-01

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

ARTÍCULO 37. De las horas extras nocturnas. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

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

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

En virtud de lo anterior, tal como lo estableció la A-quo se modificará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de corregir que en el mes de febrero de 2012 no laboró 55 horas como se estableció, sino 11 horas, en todo lo demás se confirmará el reconocimiento y pago de las horas extras conforme quedó plasmado en la providencia apelada.

7.7.2.2. Dominicales y festivos:

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

El recurrente afirma que, los Decretos salariales 0853 de 2012 y 1029 de 2013, regulan los recargos dominicales y festivos, las cuales establecen que únicamente proceden para el trabajo ocasional y para aquellos funcionarios que pertenecen al nivel técnico hasta del grado 9 y asistencial hasta el grado





13-001-33-33-005-2015-00526-01

19, en consecuencia, al no estar consagrados en la norma transcrita quienes ejerzan funciones permanentes o habituales como la demandante, no tienen derecho a su reconocimiento.

En ese orden de ideas, respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que la misma debe ser equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo, lo cual equivale a una sobre remuneración del 200% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

De las pruebas allegadas al proceso, se desprende que el actor laboró dominicales y festivos en forma permanente por el sistema de turnos empleado por la entidad demandada, en razón al servicio de control migratorio, en el aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena, que presupone la habitualidad y permanencia; de la misma manera, no reposa en el expediente prueba alguna que demuestre que la parte demandada, ha pagado las horas laboradas en domingos y festivos, pero está demostrado que en el período el señor Burgos González, si laboró en esos días, tal como lo resumió el A-quo. En ese sentido, no se trataba de una labor ocasional, sino habitual que era programada por el patrono (fol. 87).

Dicho en otras palabras, del material probatorio se desprende que la UAE Migración Colombia, no ha pagado el trabajo habitual en dominicales y festivos, en el porcentaje indicado en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, tal como se desprende de la certificación que reposa a folio 87.

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

7.7.2.3. Recargo nocturno

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

En lo relativo al pago de recargo nocturno, afirma el apelante que se desconoce lo establecido en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, por cuanto la norma determina que puede compensarse con períodos de descanso, los cuales se





13-001-33-33-005-2015-00526-01

encontraban demostrados en el expediente y reconocidos por el juez de primera instancia. Adicionalmente, menciona la demandada que la Resolución 1411 de 2013, organiza el trabajo por el sistema de turno y en jornadas mixtas para los funcionarios misionales que desarrollan funciones de control migratorio, y regula el pago de recargo nocturno, dominicales y festivos, aplicable a quienes laboran por el sistema de turnos y a partir del mes de septiembre de 2013, rigiendo hacia el futuro y por ningún motivo es posible aplicarlo de manera retroactiva.

Se encuentra acreditado, que el señor Edgar Burgos, prestó sus servicios en sus jornadas de 24 horas de labor * 48 horas de descanso, desde las 7:00 am, luego entonces, la jornada laboral nocturna se desarrolla desde las 6:00 p.m. a las 6:00 a.m. Al respecto, la Sala aclara que al tenor del artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, el recargo nocturno equivale a un 35% del valor de la hora ordinaria la cual se determina con sujeción a la asignación básica que corresponde a la jornada de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 ibídem.

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

7.8. Conclusión

La respuesta al interrogante planteado en el problema jurídico es positiva, en razón a que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y remunere las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos laborados, conforme lo establece el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, hasta la fecha en que se haya aplicado la Resolución 01411 del 26 de agosto de 2013.

En consecuencia, se modificará el numeral segundo de lo resuelto en cuanto a las horas extras calculadas para el mes de febrero de 2012, estableciendo que no son 55 horas como erradamente se expuso, sino 11 horas, en lo demás se confirmará la sentencia apelada.



VII.- COSTAS -

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la UAE MIGRACIÓN COLOMBIA, toda vez que el recurso le es parcialmente favorable.

VIII.- DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia del 28 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado de primera instancia, que accedió a las pretensiones de la demanda, el cual quedará así:

"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 EDGAR BURGOS GONZÁLEZ las horas extras nocturnas laboradas en los meses de febrero de 2012 (11 horas), mayo de 2012 (29 horas), junio de 2012 (52 horas), julio de 2012 (22 horas), noviembre de 2012 (30 horas), enero de 2013 (52 horas), junio de 2013 (52 horas), julio de 2013 (8 horas), agosto de 2013 (8 horas) y septiembre de 2013 (30 horas), el recargo por dominicales, festivos y trabajo nocturno, de conformidad con lo establecido en los artículos 33 a 38 del Decreto 1042 de 1978, y los señalado en la parte motiva de esta providencia. Así mismo el valor del recargo por trabajo nocturno de 35% por ciento sobre la asignación básica por las horas nocturnas laboradas desde el 11 de febrero de 2012 y hasta la fecha en que haya empezado a aplicarse la Resolución 01411 del 26 de agosto de 2013, de acuerdo a los lineamientos señalados en los artículos 34 y 35 del Decreto 1042 de 1978".

SEGUNDO: CONFIRMAR EN TODO LO DEMÁS la providencia apelada.





13-001-33-33-005-2015-00526-01

TERCERO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a la parte demandada, UAE MIGRACIÓN COLOMBIA, como quiera que esta decisión le fue parcialmente favorable.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 085 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

100

100

100

100