

Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2015-00540-01
Demandante	ELIO ENRIQUE PRADA BELTRÁN
Demandado	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Reconocimiento y pago de recargo nocturno, dominicales y festivo, conforme lo establece el Decreto 1042 de 1978 -Costas procesales Ley 1437 de 2011-criterio objetivo

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia del 22 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por ELIO ENRIQUE PRADA BELTRÁN, 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, ELIO ENRIQUE PRADA BELTRÁN, 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 contenidos los oficios radicados Nro. 20156110095811, DEL 05/0/2015, notificado por correo electrónico el 05/03/2015 y la resolución 0171 del 20/04/2015, notificado el 23/04/2015, 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 a la reliquidación y pago con el salario realmente devengado en el que quede incluido los recargos suplementarios por concepto de trabajo en dominicales y festivos, horas extras y recargos por trabajo nocturno, de las prestaciones sociales periódicas causadas como primas de navidad, bonificaciones por servicios prestados, primas de vacaciones, primas de servicios, primas de antigüedad, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y el reajuste de los aportes a la seguridad social.

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

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

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

Señala el accionante que, labora para la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, desde el 1º de enero de 2012, desempeñándose en el cargo de oficial de migración grado 3010-13, con una asignación básica mensual de \$1.494.296 y una bonificación por compensación de \$259.887.00.

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

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 de 5 de marzo de 2015, negó dicha solicitud, al considerar que lo establecido en la Resolución No. 1411 de 2013, respecto al reconocimiento de recargos nocturno, dominicales y festivos, regia hacia el futuro; en contra de este acto administrativo, interpuso recurso de reposición y la demandada mediante Resolución 0171 de 20 de abril de 2015, confirmó el acto atacado, concediendo el recurso de apelación que hasta la fecha de presentación de la demanda no fue resuelto.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

- | | |
|--------------------------------|-----------------------------|
| • Constitución Política | artículos 1,2,13,25,29 y 53 |
| • Ley 1437 de 2011 | artículo 138 |
| • Decreto 1042 de 1978 | artículo 33 |
| • Ley 443 de 1998 | artículos 3 y 87 |
| • Código Sustantivo de Trabajo | artículos 140 |

2.4.1 Concepto de la violación

En síntesis señala el demandante que la violación normativa, estriba, en que la unidad Administrativa Especial Migración Colombia, niega el pago de las horas

extras y los reajustes que debe darse, amparada en la Resolución No. 1411 de 26 de agosto de 2013 y al considerar que dicha norma rige desde su expedición hacia el futuro, con lo cual se desconoce los principios constitucionales, en especial, los principios protectores de los derechos de los trabajadores consagrados en la constitución, y también, el mandato que dispone la supremacía de la Constitución, sobre cualquier otra norma, establecido en el artículo 4ª de la misma Carta Política.

Explica que es inaceptable, tener por excusa para no pagar un derecho laboral, como la remuneración del tiempo extra o suplementario laborado, considerar que la Resolución 1411 de agosto de 2013 rige hacia futuro, según explicó, porque la Constitución Política en el artículo 53 consagra la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos; agregando que aceptar el formalismo para no pagar el tiempo efectivamente laborado como extra o suplementario, sería prohijar el enriquecimiento injusto por parte demandada y empobrecimiento del trabajador.

Finalmente, señala que la jornada laboral de los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, entre ellos, el demandante, excede la jornada ordinaria y que la remuneración mensual que recibían antes de la expedición de la resolución 1411 de 2013 es por esa jornada preestablecidas, significado que el tiempo adicional a esa jornada, constituye tiempo extra suplementario, que debe ser remunerado como lo establece la Ley, además que esa sobre remuneración constituye salario e integra la base salarial promedio con la cual deben liquidarse los dominicales y festivos, los recargos nocturnos, las prestaciones sociales, tanto las periódicas, como las prestaciones definitivas.

2.5 Contestación

La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia² 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 de 21 de diciembre de 2011, el señor Prada Beltrán fue incorporado a la planta de personal de la UAEMC, al cargo de oficial de migración código 3010 grado 11.

² Folios 43-48

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**

Como excepción de fondo la demandada propone la siguiente:

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

- **Razones de la defensa**

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

Que la Resolución 1411 de agosto de 2013, explica que con ésta, se organiza en la Unidad de migración Colombia, el trabajo por el sistema de turnos y en jornadas mixtas para los funcionarios misionales que desarrollen funciones de control migratorio y presten servicios en puestos de control migratorio, cuya actividad se cumpla de manera habitual durante todo el año calendario, además, que dicha resolución regula el pago del recargo nocturno y dominicales y festivos incorporando las disposiciones que trae al respecto la Ley 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 22 de noviembre de 2016, el Juez Octavo Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda.

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

Continuó el juez de primera instancia, explicando que no le asiste derecho al demandante a que se le reconozca y pague horas extras, puesto que, para ello, tal y como la ha indicado el Consejo de Estado, al estudiar el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, el empleado debe pertenecer al grado 9 del nivel técnico, sin embargo, en el caso del demandante, el señor ELIO ENRIQUE PRADA BELTRÁN, está probado que éste pertenece al Nivel técnico, desempeñándose como oficial de migración Código 3010 grado 13, en consecuencia no tendrían derecho al pago de las horas extras.

Finalmente, aplica la prescripción trienal y ordena a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, a pagar el recargo nocturno, dominical y festivo y prestaciones sociales del actor, a partir del 11 de febrero de 2012, hasta el 30 de septiembre de 2013, dado que la petición fue presentada el 11 de febrero de 2015 y el tiempo que se discute va hasta el 30 de septiembre de 2013.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Parte demandante⁴:

Por medio de escrito del 1 de diciembre de 2016, la parte demandante presenta apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que

³ Folios 86-93

⁴ Folios 95-97

sea revocada lo relativo a la no condena en costas y a la negativa de reconocer y pagar horas extras.

Indica que no es de recibo la decisión, que no reconoce el pago de las horas extras, porque UAE- Migración Colombia, no cuenta en su planta global de personal con cargos en el nivel técnico grado 9, si ha venido pagando las horas extras a partir del mes de septiembre de 2013, a todos los funcionarios que están en rangos superiores o similares, entre ellos, el demandante, y que por definición de la norma no tendrán derecho a percibirla.

Que en la sentencia el Despacho reconoció que la jornada laboral del demandante es de 24 horas continuas de servicio por 48 horas de descanso y que dentro de estas últimas, el actor presta el denominado turno de disponibilidad de ocho horas adicionales. Si bien el Decreto 1042 de 1978 fue promulgado al amparo de la constitución de 1886 y la Carta actual que nos rige contiene en su artículo 53, la protección de los derechos de los trabajadores, entre ellos los de la primacía de la realidad sobre las formas y la irrenunciabilidad de los derechos laborales, norma de orden constitucional de obligatorio cumplimiento y que genera el efecto de inaplicabilidad de las normas que la contravengan a la luz del artículo 4 del mismo estatuto constitucional. Para el caso el hecho que el decreto en mención, consagrara limitaciones al derecho al pago de las horas extra laboradas de los empleados públicos del nivel técnico hasta el grado 9, no significa que el hecho de trabajarlas por disposición de las autoridades y de manera constante para cumplir con un servicio público esencial como lo es el control migratorio a nacionales y extranjeros en los puertos fronterizo, no le dé el derecho a percibir las.

En cuanto al segundo motivo de inconformidad, la no condena en costas, pues estas se causaron y la parte demandante debido cubrir todos los gastos requeridos por concepto de notificaciones y correos, el valor del depósito judicial para efectos de los pagos de gastos procesales, a pesar que el artículo 188 del CPACA, indica que en la sentencia se dispondrá sobre costas las que se regirán conforme al CPC, que la época presente es el CGP, que en su artículo 365 dispone que se condenara en costas a la parte vencida.

Por lo tanto, solicita confirmar lo favorable de la sentencia apelada y revocar en cuanto a la decisión de no ordenar el reconocimiento y pago de horas extras al demandante y la no condena en costas.

- **4.2. Parte demandada⁵**

Explica que aquellos funcionario de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, que ejercen laborales de control migratorio, como el demandante, se le debe aplicar en su régimen salarial los Decreto 0853 de 2012 y Decreto 1029 de 2013, haciendo la distinción en el tratamiento de los recargos nocturnos, de un lado y de los dominicales y festivos de otros, toda vez que tiene regulación diferente; al estar regulados de manera expresa en los mencionados decretos, los recargos dominicales y festivos deben sujetarse a esas normas, las cuales disponen que estos únicamente proceden para el trabajo ocasional, y para aquellos funcionarios que pertenezcan a nivel técnico hasta el grado 9 y en el asistencial hasta el grado 19. En tal virtud, al no estar consagrados en la norma transcrita, quienes ejerzan funciones permanentes o habituales, no tendrán derecho al reconocimiento de recargos en el trabajo dominical y festivo.

En lo relativo al recargo nocturno, el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, tal como lo señala la norma, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, ha compensado al demandante con tiempo, el recargo que corresponde por horas nocturnas laboradas, durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2012 al 31 de agosto de 2013.

En efecto el 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.

Finaliza solicitando se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 19 de enero de 2017⁶ se concedió los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada; con providencia del 11 de mayo de 2017⁷, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 14 de Agosto de 2017⁸, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

⁵ Folios 98-100

⁶ Folio 103-104

⁷ Folio 5 C. 2ª instancia

⁸ Fol. 15 C. 2ª instancia

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁹

La parte demandante reitera los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación, relativo a la no condena en costas y al no reconocimiento de las horas extras.

6.2 Alegatos de la parte demandada

La demandada no alegó de conclusión

6.3. Concepto del Ministerio Público:

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

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

7.2. Competencia.

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

7.3 Acto administrativo demandado.

En el presente asunto, los actos acusados son expedidos por la UAE Migración Colombia, por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y 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. (Folios 15-17)

⁹ Folios 18-21 Cuaderno 2ª Instancia

- Resolución No. 0171 de 20 de abril de 2015, que decidió recurso de reposición confirmando el oficio anterior. (folios 25-28)
- Acto Administrativo negativo presunto configurado en la falta de respuesta del recurso de apelación.

7.4 Problema jurídico.

Teniendo en cuenta que ambas partes presentaron recurso de apelación contra la sentencia, esta Corporación, puede resolver el fondo del asunto, sin límite alguno, toda vez que al apelar las dos partes la sentencia, no se viola el principio de la *no reformatio in peius*

Por lo tanto, el problema jurídico, se planteará, así:

Establecer ¿si el señor ELIO ENRIQUE PRADA BELTRÁN tiene derecho al reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, y el reajuste de sus prestaciones con sujeción al Decreto 1042 de 1978, por laborar en turnos de 24 horas desde el 1 de enero de 2012 al 30 de septiembre de 2013?

Como segundo planteamiento se resolverá: ¿Es necesario que la parte vencedora en un proceso, acredite que las costas se causaron para que pueda ser condenada la parte contraria?

7.5. Tesis

La Sala **confirmará** la sentencia de primera instancia, en razón a que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y remunere el recargo nocturno de que trata el artículo 35 de la Decreto 1042 de 1978, al igual que los dominicales y festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales, a partir del 11 de febrero de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013, por haber operado el fenómeno prescriptivo. Con relación a la horas extras no le asiste derecho al demandante por pertenecer al nivel técnico grado 13, pues el artículo 36 *Ibidem*, tiene como requisito que es hasta el nivel técnico grado 9, quienes tiene derecho a recibir el pago por ese concepto.

En lo relativo a la condena en costas se **modificará** el numeral sexto de la parte resolutive de la sentencia, toda vez que el artículo 365 del CGP establece varias situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, estando relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse o acreditarse alguna circunstancia adicional, por lo tanto, resulta válido que se revoque el numeral mencionado.

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) antecedente jurisprudencial sobre la condena en costas a la luz de la Ley 1437 de 2011, (iii) caso concreto y (iv) conclusiones.

7.6. Antecedentes normativos y jurisprudenciales

7.6.1. Marco normativo(Decreto 1042 de 1978)

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

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

El Decreto 1042 de 1978 aplica para los empleados públicos del orden nacional, en lo concerniente a jornada laboral y trabajo en días de descanso obligatorio, estableciendo en su artículo 33, **la jornada ordinaria** laboral de los empleados públicos, la cual corresponde a cuarenta y cuatro (44) horas semanales, no obstante, la mencionada disposición prevé la existencia de una **jornada especial** de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales, para 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 extra, se denomina así a la jornada que excede la jornada ordinaria; se presenta cuando por razones especiales del servicio es necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, en cuyo caso, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes esté delegada la función, autorizan el descanso compensatorio o el pago de horas extras. Se encuentran reguladas en los artículos 36, 37 y 38 del Decreto Ley 1042 de 1978 y en las normas que anualmente establecen las escalas de asignación básica mensual para los empleados públicos.

Para su reconocimiento y pago deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Que el empleado pertenezca al nivel técnico 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.

7.6.2. Antecedente Jurisprudencial costas procesales a la luz de la Ley 1437 de 2011.

Nuestro máximo Tribunal Contencioso Administrativo¹⁰, ha resumido la postura sobre la condena en costas, así:

¹⁰CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016) Radicado No.:68001-23-33-000-2013-00270-03 (3869-2014).

“Lo anterior permite establecer unas conclusiones básicas sobre las costas:

- a) La legislación varió del Código de Procedimiento Civil al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la condena en costas de un criterio subjetivo a uno objetivo;*
- b) Toda sentencia “dispondrá” sobre costas, bien sea con condena total o parcial o con abstención;*
- c) Se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso)*
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho se hará atendiendo el criterio de la posición en la relación laboral, pues varía según sea parte vencida, si es el empleador o si es el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal ; y,*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.”*

7.7. Caso concreto

7.7.1. Hechos probados

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 1 de enero de 2012, desempeñándose en el cargo de Oficial de Migración 3010-13, asignado al puesto de control migratorio Aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena, tal como consta en la certificación suscrita por la Subdirectora de talento Humano de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (fl. 18).

Que el demandante trabaja por el sistema de turnos, laborando 4.070 horas en el año 2012 y 1.619 de enero a septiembre de 2013, información que certifica la

Dirección Regional Caribe, conforme las planillas del grupo de nómina, libros de minutas, ordenes de servicio y planillas de asistencia a los turnos (fl. 19)

Que mediante Resolución 01411 de 26 de agosto de 2013, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, dictó los lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturno dominicales y festivos para quienes laboran por el sistema de turnos (fl. 57-60)

Que el demandante durante el periodo de 1 de enero de 2012 al 30 de noviembre de 2012, hizo turnos de 24 x 24 horas y 24 x 72 horas (fin de semana), en el mes de diciembre de 2012 realizó turno de 24 horas x 12 horas, enero y febrero de 2013 turnos de 24 x 24 horas y 24 x 72 horas (fin de semana) y desde marzo a septiembre de 2013 laboró en el turno de 19 x 48 horas. (fl. 81)

Que la demandada mediante acto administrativo No. 20156110095811 de 5 de marzo de 2015, negó la solicitud de reconocimiento y pago de las horas extras, recargo nocturnos, domingos y festivos, con el argumento que la Resolución No. 1411 de 26 de agosto de 2013, estableció los lineamientos para el reconocimiento de los mencionados conceptos, pero que rige hacia el futuro. (fl. 15-17)

7.7.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto

Para resolver el problema jurídico planteado, es preciso tener en cuenta los argumentos de las partes en los recursos de apelación propuestos, iniciando con los fundamentos de alzada de **la parte demandada**, los cuales consiste en que la sentencia apelada incurre en un error conceptual al considerar que el demandante tiene derecho a los recargos nocturnos y a los dominicales y festivos toda vez que los funcionarios de la Unidad Administrativa especial migración Colombia, se les aplica el régimen salarial contenido en los Decreto 850 de 2012 y Decreto 1029 de 2013.

Sea lo primero indicar, que en los actos acusados se negó el pago de las horas extras, porque a la luz del artículo 38 del Decreto 1042 de 1978 en concordancia con el artículo 14 del Decreto 199 de 2014, para tener derecho debe pertenecer al nivel técnico hasta el grado 9º y a nivel asistencial hasta el Grado 19 y en el caso del demandante, pertenece al Nivel Técnico grado 13, circunstancia que exime a la entidad del respectivo pago de horas extras.

En lo relativo, al pago de recargo nocturno, dominicales y festivos, señala la parte demandada, que el señor Prada Beltrán, laboró por el sistema de turnos o en jornadas mixtas, en horas nocturnas, dominicales y festivos en proporción

al tiempo suplementario laborado, es decir, que su jornada no excedía las 44 horas semanales, que es lo que da lugar a los compensatorios, además que disfruto de descansos compensatorios de 24 horas y 48 horas, cuando laboró jornadas de 12 horas diurnas o nocturnas respectivamente, por lo cual no es procedente un doble pago al actor.

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.

Teniendo en cuenta lo expuesto por el recurrente, esta Corporación, se detendrá en analizar lo relativo a la reliquidación de los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos, concedido en la sentencia de primera instancia.

La Sala, para una mejor comprensión se permite transcribir el certificado que reposa a folio 81 del expediente, donde el Director regional, relaciona el número de horas que el actor laboró en dominicales, festivos, recargos nocturnos, para todo el año 2012 y de enero a septiembre de 2013.

Mes	Turno	Horario jornada	Horas dominicales laborados	Horas festivos laborados	Horas nocturnas laborados	Total horas laboradas
Ene-12	24x24 24x72	07:00 a.m 07:00 a.m	34:00	17:00	156:00	102
Feb-12	24x24 y 24x72	07:00 a.m a 07:00 a.m	34:00	00:00	180:00	127
Marz-12	24x24 y 24x72	07:00 a.m a 07:00 a.m	34:00	00:00	192:00	135
Abril-12	24x24 y 24x72	07:00 a.m a 07:00 a.m	68:00	34:00	228:00	141
Mayo-12	24x24 y 24x72	07:00 a.m a 07:00 a.m	34:00	00:00	180:00	128

Jun-12	24x24 y 24x72	07:00 a.m a 07:00 a.m	34:00	17:00	192:00	132
Jul-12	24x24 y 24x72	07:00 a.m a 07:00 a.m	51:00	00:00	192:00	124
Agost-12	24x24 y 24x72	07:00 a.m a 07:00 a.m	17:00	17:00	96:00	63
Sept-12	24x24 y 24x72	07:00 a.m a 07:00 a.m	51:00	00:00	264:00	176
Oct-12	24x24 y 24x72	07:00 a.m a 07:00 a.m	51:00	00:00	180:00	110
Nov-12	24x24 y 24x72	07:00 a.m a 07:00 a.m	34:00	34:00	168:00	123
Dic-12	24x12	07:00 a.m a 07:00 a.m	51:00	34:00	192:00	125
Ene-13	24x24 y 24x72	07:00 a.m a 07:00 a.m	34:00	00:00	180:00	121
Feb-13	24x24 y 24x72	07:00 a.m a 07:00 a.m	34:00	00:00	160:50	125
Marz-13	19x48	05:30 am a 23:00 pm	31:50	00:00	45:00	140
Abril-13	19x48	05:30 am a a 23:00 pm	15:50	00:00	50:65	156
Mayo-13	19x48	05:30 am a a 23:00 pm	31:50	00:00	50:40	146
Jun-13	19x48	05:30 am a a 23:00 pm	15:50	16:50	46:90	136
Jul-13	19x48	05:30 am a a 23:00 pm	31:50	15:50	50:65	157
Agost-13	19x48	05:30 am a a 23:00 pm	15:50	00:00	31:25	94

Sept-13	19x48	05:30 am a a 23:00 pm	31:00	00:00	51:10	157
---------	-------	--------------------------	-------	-------	-------	-----

Advierte la Sala que la demandada ha venido cancelando las horas con recargo nocturno, domingos y festivos a partir de la Resolución 1411 de 26 de agosto de 2013, pero no reposa prueba que demuestre que al actor, se le pagó dichas acreencias laborales o que se le compensaron las mismas con periodos de descanso, para el periodo comprendido entre enero a diciembre de 2012 y de enero a septiembre de 2013.

- **Recargo Nocturno**

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

Así las cosas, el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el trabajo realizado en recargo nocturno, porque se demostró con la prueba transcrita en el cuadro, que durante el periodo demandado 1 de enero de 2012 a 30 de septiembre de 2013, el señor Prada Beltrán, prestó sus servicios en horas diurnas y nocturnas, es decir, una jornada mixta, que se encuentra regulada en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, que establece que los funcionarios que trabajen en la jornada mixta, la parte del tiempo laborado durante las horas nocturnas, se remuneraran con recargo del 35%, pero se podrá compensar con descanso; pero al revisar el plenario no reposa prueba del pago o de la compensación del descanso, por lo tanto, esta Corporación, comparte los decidido por el juez de primera instancia.

- **Dominicales y festivos**

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 periodo demandado el señor Elio Prada Beltrán, si laboró en esos días,

Dicho en otras palabras, del material probatorio se desprende que la UAEMigración Colombia, no ha pagado al actor los recargos nocturnos, y el trabajo habitual en dominicales y festivos, en los porcentajes indicados en los artículos 34 y 39 del Decreto 1042 de 1978, sobre la asignación básica mensual, a razón de 35% por recargo nocturno, 200% por trabajo habitual en dominicales y festivos y 235% por recargo festivo nocturno, tal como se desprende de la certificación que reposa a folio 81, donde se evidencia que para todo el año 2012 y de enero a septiembre de 2013, el actor laboró con recargo nocturnos y los días domingos y festivos.

Por lo anterior, la Sala procederá a ordenar el reajuste de los dominicales y festivos laborados por el actor, para lo cual, la entidad deberá tener en cuenta los parámetros indicados por los artículos 33, 35, 36 y 39 del Decreto 1042 de 1978, es decir el factor hora será calculado con base en la asignación básica mensual dividida por el número de horas de la jornada ordinaria mensual.

- **Reliquidación de factores salariales y prestaciones sociales:**

Atendiendo, el reconocimiento del trabajo suplementario a que tiene derecho el actor con fundamento en las directrices señaladas en el Decreto 1042 de 1978, conlleva el reajuste o reliquidación de las cesantías, de conformidad con lo previsto en el artículo 45¹¹ del Decreto Ley 1045 de 1978, respecto a los periodos que no se encuentren afectados por el fenómeno de la prescripción.

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

¹¹ "Artículo 45º.-De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

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

Descendiendo en el caso sub examine, esta Corporación, analiza los argumentos del recurso de alzada de la **parte demandante**, los cuales se refieren a la no condena no costas y al no reconocimiento de las horas extras.

Sobre las horas extras, el Consejo de Estado¹², ha precisado lo siguiente:

“3. 1. Horas extras.

Es considerado como trabajo en horas extras, el que se presta en horas distintas de la jornada ordinaria de trabajo, las cuales deben ser autorizadas por el Jefe del respectivo organismo, o por las personas en quien hubiere delegado tal atribución.

Su reconocimiento se sujeta a las siguientes pautas en aplicación de los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978.

a) El empleado deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 9 del nivel técnico (Decreto 10 de 1989).

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 25% o 75% sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, en tanto horas extras diurnas o nocturnas. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del citado Decreto 1042 se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d) En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales (Decreto 10 de 1989, artículo 13).”

En el presente caso, el demandante pertenece al nivel técnico y su grado es 13, es decir, que supera el grado que se encuentra establecido en la ley para acceder al pago de las horas extras; ahora bien, si bien es cierto, a partir de la Resolución 1411 de 2013, afirma le han cancelado dicho concepto, el mismo no se demostró en el plenario, verbi gracia con copia de la nómina de esa fecha para acá. Por otra parte, el certificado que obra a folio 81, no acredita cuantas horas extra trabajó en el periodo del 1 de enero de 2012 a septiembre de 2013, lo que demuestra son los turnos en que se desempeñó, las horas trabajadas en dominicales y festivos, así como en periodos

¹²CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E), dieciséis (16) de septiembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-2012-00421-01(2538-14)

nocturnos, pero no se identifica que día de la semana y de cada mes trabajó, teniendo en cuenta que si trabajaba un fin de semana descansaba 72 horas que equivale a tres días y no podría la Sala, hacer ningún tipo de relación de posibles horas extras trabajadas, puesto que no se demostró si trabajó más de 50 horas o menos de ellas, que es el límite permitido por la ley, como descansaba 24 horas cuantos días compensatorios tenía, sobre ello no puede haber duda alguna y así lo ha dicho la jurisprudencia tanto de la jurisdicción ordinaria, como de esta, para que haya reconocimiento de horas extras la prueba debe ser plena y sin duda, de cuanto es la cantidad de las mismas y en que horario se trabajaron, si era diurnas o nocturnos, para que se paguen con el respectivo recargo.

Así las cosas, ante la falta de prueba, cuya carga le correspondía al demandante no puede esta Sala, reconocer horas extras, independientemente de si el nivel en que se encuentra escalafonado el actor permite su reconocimiento.

Ahora bien, en lo relativo a la no condena en costas, esta Corporación, considera que, el artículo 188 del CPACA, establece el criterio objetivo para la imposición de costas al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes, es decir, la temeridad o mala fe, la norma, se refiere a que se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el artículo 365 del Código General del Proceso.

El mencionado artículo establece varias situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, estando relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como lo refería la postura anteriormente adoptada en el Código Contencioso Administrativo, por lo tanto, resulta válido que se revoque el numeral sexto de la sentencia, toda vez que el A quo, consideró que no se acreditó la causación de las agencias en derecho, por lo tanto, atendiendo, el criterio objetivo que gobierna, nuestra nueva legislación civil, esta Corporación, entiende que basta solo con resultar vencido, para que se condene en costas, además, en el expediente reposa prueba del pago de los gastos del proceso, y hubo un despliegue procesal del apoderado de la parte demandante a lo largo del proceso, luego entonces, no podemos olvidar que al prosperar de manera parcial las pretensiones de la demanda, la parte demandante se hace acreedora a la mencionada condena.

7.8. Conclusión

La respuesta al interrogante planteado en el problema jurídico es positiva, en razón a que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y remunere el recargo nocturno de que trata el artículo 35 de la Decreto 1042 de 1978, al igual que los dominicales y festivos y la reliquidación de las prestaciones sociales, a partir del 11 de febrero de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2013, por haber operado el fenómeno prescriptivo. Con relación a la horas extras no le asiste derecho al demandante por pertenecer al nivel técnico grado 13, pues el artículo 36 ibidem, tiene como requisito que es hasta el nivel técnico grado 9, quienes tiene derecho a recibir el pago por ese concepto.

En lo relativo a la condena en costas se modificará el numeral sexto de la parte resolutive de la sentencia, toda vez que el artículo 365 del CGP establece varias situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, estando relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse o acreditarse alguna circunstancia adicional, por lo tanto, resulta valido que se revoque el numeral mencionado.

En consecuencia, se modificará la sentencia apelada.

VII.- COSTAS -

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida.

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 la sentencia del 22 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, el numeral sexto de la sentencia del 22 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, quedará así:

“SEXTO: CONDENAR en costas a la parte vencida, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.”

TERCERO: CONFIRMAR en los demás a la sentencia.

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

QUINTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, 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. 035 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ