

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2015-00539-01
Demandante	ENDIK SLIK HURTADO RIVAS
Demandado	MIGRACION COLOMBIA
Tema	PAGO DE PRESTACIONES - RELIQUIDACIÓN
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES¹

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“Con base en los anteriores hechos solicito que en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada proferida a favor del accionante ENDIR HURTADO RIVAS C.C. 11.806.390 3.805.928 en contra de la NACIÓN- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACION COLOMBIA, representada legalmente por el Dr. CHRISTIAN KRUGER SARMIENTO por quien haga sus veces al momento de la notificación de esta demanda se declare:

PRIMERO: La nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios Radicados No. 20156110095811 del 05/03/2015, notificado por correo

¹ Folio 3

electrónico el 05/03/2015 y la resolución 0171 del 20/04/2015 notificada el 23/04/2015, así como el 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 del cual se negó la solicitud deprecada.

SEGUNDO: Consecuencialmente, a título de restablecimiento del derecho disponga el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales y festivos, así como al porcentaje por trabajo nocturno, laboradas desde la fecha de ingreso a la institución, hasta el 30 de septiembre de 2013 o hasta la fecha en que la unidad hubiere comenzado a reconocerlos y pagarlos conforme a la resolución 1411 de agosto 26 de 2013, así mismo se ordene la reliquidación y pago con el salario realmente devengado en el que quede incluido los recargos suplementarios por concepto de trabajo dominicales y festivos, horas extras y recargos por trabajo nocturnos, 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"

1.2. HECHOS²

Se señala como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- El señor ENDIR ESLIK HURTADO RIVAS labora en la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, desde el 1 de enero

² Folio 1-2

de 2012, en el cargo de Oficial de Migración Grado 3010-13, de acuerdo a un sistema de turnos, conforme a las órdenes del día, los cuales son continuos de 24 horas de labor y 48 horas de descanso, pero dentro de esas 48 horas el funcionario se encuentra sometido a un turno extra denominado "disponibilidad de 8 horas, laborando 72 horas, más las horas adicionales del turno extra de disponibilidad (8 horas).

- Arguye el demandante que MIGRACION COLOMBIA dejó impago lo adeudado por los conceptos de recargos por trabajo dominicales y festivos y por extra suplementario, causados desde su ingreso a la entidad hasta septiembre de 2013, cuando en cumplimiento de la Resolución 1411 del 26 de agosto de 2013 comenzó a reconocerlos y pagarlos.
- Manifiesta además el actor, que mediante reclamación administrativa, radicada el 11 de febrero de 2015 r ante la entidad accionada, solicitó el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales festivos y porcentajes por recargo nocturnos adeudados, sin embargo, mediante acto administrativo No. 20156110095811 de fecha 5 de marzo de 2015 notificado por correo electrónico de la misma fecha, se negó el reconocimiento de lo deprecado.
- El 06 de marzo de 2015, el accionante interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la anterior decisión, la cual mediante Resolución 0171 de abril 20 de 2015 fue confirmada en todas sus partes, concediéndole el recurso de apelación sin que hasta la fecha haya pronunciamiento alguno del recurso concedido.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

La parte demandante señaló como normas violadas las siguientes: artículo 138 del CPACA, artículos 1, 2, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política, Decreto 1042 de 1978, Ley 2 de 1992, artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

³ Folio 3-8

Aduce la parte demandante que la demandada, para negar el pago de las horas extras y los reajustes consecuenciales, se está amparando en la Resolución 1411 de 2013 y al considerar que dicha norma rige desde su expedición hacia el futuro, desconociendo el mandato constitucional que dispone la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma, establecido en el artículo 4º de la misma Carta Política y protectores de los derechos de los trabajadores consagrados en la Constitución Nacional.

Señala que no puede tenerse como justificación para no pagar un derecho laboral como es la remuneración del tiempo extra o suplementario, considerar que la Resolución 1411 de 2013 rige hacia el futuro, atendiendo a que el artículo 53 de la Constitución Política consagra la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos y agrega que, aceptar tal formalismo para no pagar el tiempo efectivamente laborado como extra o suplementario, sería prohiar el enriquecimiento injusto por parte del ente oficial empleador y el consiguiente empobrecimiento injusto del trabajador.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁴

La entidad accionada en su contestación solicita negar las pretensiones planteadas en la misma y presenta sus argumentos basándose en los artículos 33, 34, 35, 39, 40 del decreto Ley 1042 de 1978, el cual regula el régimen de pagos de recargos nocturnos, dominicales y festivos de los empleados públicos.

Sintetiza su argumentación, señalando que, el artículo 33 de dicha norma contempla que 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 corresponde al jefe de la entidad señalar dentro de esos límites, los horarios de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras y agregó que el trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal, en cuyo caso,

⁴ Folio 43-49 cdr.1.

considera se debe aplicar lo que establece el decreto en torno a las horas extras.

Se pronunció además, respecto de las jornadas ordinarias, nocturnas y mixtas que pueden cumplir los empleados públicos, consagrada en los artículos 34 y 35 del Decreto Ley referido así como sobre el trabajo en dominicales y festivos establecidos en los artículos 39 y 40 de la misma normatividad.

Frente a la Resolución 1411 de 26 de agosto de 2013, explicó que con la misma se organiza en 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 y que dicha resolución, además, regula el pago del recargo nocturno y dominicales y festivos, incorporando las disposiciones que trae al respecto el decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados de la rama ejecutiva del poder público, por lo cual la UAEMC hoy tiene aún para quienes laboral por el sistema de turno, el régimen ordinario de recargos nocturnos, dominicales y festivos.

De tal forma, que a modo de conclusión, señala que al encontrarse el demandante trabajando por sistema de turnos, se debe entender que las labores realizadas los días domingos y festivos no tienen el carácter de trabajo extra o suplementario, considerándose éste como trabajo ordinario y que además el sistema de turnos no se excede de las cuarenta y cuatro (44) horas semanales que establece la norma, como tampoco es procedente el reconocimiento de compensatorios en dinero en razón a que los funcionarios que laboran en la entidad demandada por el sistema de turnos, han disfrutado de días compensatorios de veinticuatro (24) y cuarenta y ocho (48) horas cuando han laborado jornadas de doce (12) horas diurnas o nocturnas respectivamente.

Por último, la entidad accionada propuso las siguientes excepciones:

- ✓ INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO
- ✓ PRESCRIPCION DEL DERECHO
- ✓ EXCEPCION GENERICA

3. LA SENTENCIA APELADA⁵

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en sentencia de fecha veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, señalando que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el recargo nocturno de un 35% sobre el valor de la asignación mensual, con el salario correspondiente año tras año, descontando todas las situaciones administrativas presentadas y el descanso remunerado reconocido, desde el 1º enero de 2012 hasta septiembre 2013.

Igualmente concedió la remuneración equivalente al doble valor de un día de trabajo por dominical o festivo laborado, con el disfrute del descanso compensatorio a los que tenga derecho el actor por haber laborado durante el mes completo, desde el 1 enero de 2012 hasta septiembre 2013.

De igual forma, ordenó a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia reliquidar las prestaciones sociales reconocidas y pagadas al demandante durante el tiempo que se reclama y que no se encuentren prescritas.

Por otro lado, estimó esa célula judicial, que al actor no le asiste derecho al reconocimiento y pago de horas extras, debido a que, como se encuentra establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, puesto que para tener derecho al reconocimiento y pago de las mismas, el demandante debe pertenecer al grado 9 del nivel técnico (Decreto 10 de 1989) y en el caso que nos ocupa, se encuentra probado que el demandante pertenece al Nivel Técnico, desempeñándose como oficial de migración código 3010 grado 13.

Así mismo, consideró el A-quo que en este asunto hay lugar a aplicar la prescripción trienal, por lo tanto, la reliquidación de los salarios y prestaciones reconocidas al actor en esta providencia, comprenderá tres años anteriores a la radicación de la solicitud de 11 de febrero de 2015, es decir, desde el 30 septiembre de 2013 hasta el 11 de febrero de 2015.

Así las cosas, en la parte resolutive de la sentencia, estableció:

⁵ Folio 86-93

“PRIMERO: Declarar la nulidad de los actos administrativos – oficio No. 20156110095811 del 05/03/2015, resolución No. 0171 del 20 de abril del 2015, el acto administrativo negativo presunto, configurado por la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto, proferidos por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, por medio de los cuales se negó al actor el reconocimiento y pago de unas prestaciones.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad se ordena a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, que reconozca y pague al señor ENDIR ESLIK HURTADO TIVAS, lo que dejó de cubrir por concepto de salarios, jornada nocturna. Dominicales y festivos laborados, y demás prestaciones sociales a que tenga derecho a partir del 11 de febrero de 2012 hasta 30 de septiembre de 2013, actualizado conforme a la formula expuesta en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Decretar prescritos los conceptos a que hace referencia el numeral anterior, que se debieron percibir con anterioridad al 11 de febrero de 2012, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda

QUINTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 187, 192 y 193 del CPACA.

SEXTO: Sin costas.

SEPTIMO: Una vez en firme esta sentencia expídanse las copias para su cumplimiento, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.”

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.2 DE LA PARTE DEMANDANTE⁶

La parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia dentro del proceso de la referencia,

⁶ Folio 97-99 CDR1

en el sentido de indicar que es procedente el reconocimiento y pago de las horas extras, por cuanto manifiesta que en la planta de personal de la UAE-MIGRACION COLOMBIA, no existen cargos en el nivel Técnico grado 9, sin embargo dicha entidad sí ha venido pagando las horas extras a partir del mes de septiembre de 2013 a todos los funciones que están en rangos superiores o similares, entre ellos el del demandante y que por definición de la norma no tendrían derecho a percibirla.

El segundo motivo de inconformidad se refiere a la no condena en costas a la entidad demandada, toda vez que la misma debió cubrir todos los gastos requeridos por concepto de notificaciones y correos y de más que se efectuaron en el proceso.

4.2. DE LA PARTE DEMANDADA⁷

La parte demandada presentó recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia dentro del proceso de la referencia, donde solicitó aclaración del numeral segundo de la parte resolutive del fallo de primera instancia donde dispone, como primera medida, reconocer y pagar al demandante **"lo que dejó de cubrir por concepto de salarios"**, ya que a su criterio, genera incertidumbre, toda vez que este concepto no ha sido reclamado por el demandante.

Así mismo solicita la parte demandada, que al demandante le sean aplicados los Decretos 0853 de 2012 y Decretos 1029 de 2013, en razón a que, los recargos por trabajo nocturno, dominicales y festivos deben sujetarse a las normas antes mencionadas. Por lo tanto solo hay reconocimiento a ello cuando se pertenece nivel técnico hasta grado 09 o a nivel asistencial hasta el grado 19.

En tal virtud, al no estar consagrados en la norma trascrita, quienes ejercen funciones permanente o habituales, como es el caso del demandante, no tendrá derecho al reconocimiento de recargos en el trabajo dominical o festivo.

⁷ Folio 100-102 cdr 1

5. AUDIENCIA DE CONCILIACION⁸

En audiencia de conciliación celebrada el 19 de enero de 2017, se pronuncia el A-quo respecto de la aclaración solicitada por la parte demandada, estimando que los numerales aludidos de la mencionada sentencia no generan incertidumbre alguna, ya que lo que allí se ordena a la parte demandada es el reconocimiento y pago a la parte demandante de elementos que de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano hacen parte del salario, a los cuales tiene derecho el demandante por sus servicios prestados durante el periodo comprendido desde el 11 de febrero de 2012 al 30 de septiembre de 2013.

6. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha de fecha 31 de marzo de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto⁹.

Mediante auto de fecha 27 de junio de 2017 se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto¹⁰.

7. ALEGACIONES

7.1. PARTE DEMANDANTE¹¹

La parte demandante presentó alegados de conclusión, ratificando lo expuesto en la demanda y el recurso de apelación.

2.2 PARTE DEMANDADA

No presento alegatos de conclusión.

⁸ Folio 105-106 cdr 1

⁹ Folio 5 cdr 2

¹⁰ Folio 9 cdr 2

¹¹ Folio 12-15

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

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

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

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

2. PROBLEMA JURÍDICO

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

El problema jurídico en el presente proceso consiste en determinar si ¿Tiene derecho el demandante 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 11 de febrero de 2012 al 30 de septiembre de 2013?

3. TESIS

La Sala confirmará la sentencia impugnada por considerar que por una parte, el demandante tiene derecho a que se le reconozca y remunere el recargo nocturno de que trata el artículo 35 del decreto 1042 de 1978, como también los dominicales, festivos y las reliquidación de las prestaciones

sociales, durante el periodo comprendido entre el 11 de febrero de 2012 al 30 de septiembre de 2013.

Así mismo, no le asiste derecho al actor, al reconocimiento y pago de las horas extras reclamadas, con fundamento a lo establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978; así como el artículo 14 de los Decretos 0853 de 2012 y 1029 de 2013.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Decreto 1042 de 1978 - Artículos 33, 35, 36, 37, 38 y 39

Este Decreto se aplica a los empleados del orden nacional en lo atinente a jornada laboral y trabajo en días de descanso obligatorio.

La norma en cita, establece en su artículo 33 que la jornada ordinaria laboral de los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales, sin embargo la misma normatividad prevé la existencia de una jornada especial de 12 horas diarias, sin que se exceda del límite de 66 horas semanales para empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

El citado artículo textualmente dispone:

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

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

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

Así mismo el artículo 35 ibidem, regula el recargo nocturno en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 35. De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turno, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo."

De igual forma, el artículo 39 de la misma normatividad, regula y establece la forma en que se debe remunerar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos:

"ARTÍCULO 39. Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban 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 involucrado 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."

Con respecto a las 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 empleados públicos; dichas normas, son del siguiente contenido:

“ARTÍCULO 36. De las horas extras diurnas. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:

- a) El empleo o del funcionario que va a trabajarlas deberá tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.*
- 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.*

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d) *En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales.*

e) *Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo."*

"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.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior.

"ARTÍCULO 38. De las excepciones al límite para el reconocimiento de horas extras. Las restricciones de tiempo y de monto total por concepto de horas extras de que trata el artículo 36, no se aplicarán respecto de los siguientes funcionarios:

a) *Los empleados subalternos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que tengan la obligación de participar en los trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, su liquidación y las demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal.*

b) *Los auditores de impuestos."*

4.2. Decreto 0853 de 2012 y 1029 de 2013

Por medio de los cuales se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Regionales y Autónomas y de Desarrollo Sostenible, Empresa Sociales del Estado, del orden nacional vigentes para cada una de las épocas de la reclamación realizada señalan en su artículo 14:

“Artículo 14. *Horas extras, dominicales y festivos. Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.”*

4.3. Decreto 1045 de 1978 - Artículo 45

ARTICULO 45. *DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACION DE CESANTIA 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 tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a. La asignación básica mensual;*
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c. Los dominicales y feriados;*
- d. Las horas extras;*
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f. La prima de Navidad;*
- g. La bonificación por servicios prestados;*
- h. La prima de servicios;*

i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;

k. La prima de vacaciones;

l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del decreto 3130 de 1968.

En pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda –Subsección “B” – de fecha 7 de septiembre de 2018, con ponencia del doctor: CARMELO PERDOMO CUETER - Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00094-01 (4089-14)

“De las pruebas enunciadas se observa que la actora laboró en la ESE demandada como médica en servicio social obligatorio durante el 2006, a quien en materia de jornada laboral se le debe aplicar el Decreto 1042 de 1978, que dispone que toda labor realizada en exceso de las 44 horas semanales (jornada ordinaria) constituye horas extras, las cuales deben ser reconocidas siempre que se cumplan las condiciones previstas en el artículo 36 ibidem.

En efecto, se tiene que el primer requisito establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, consiste en que «[...] el empleado deberá pertenecer al nivel técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19». Sobre dicha exigencia es del caso anotar que los empleos se clasifican según la naturaleza de sus funciones y la índole de sus responsabilidades en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, y según el artículo 7 ibídem el nivel profesional «agrupa aquellos

empleos a los que corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley».

*Sumado a lo anterior, como quiera que al examinar la estructura de los cargos de las entidades del sector salud del orden territorial - subsector oficial, dispuesta en el Decreto 1921 de 1994, **se evidencia que el cargo de «Médico en Servicio Social Obligatorio» pertenece al nivel profesional, por lo que no es dable el reconocimiento y pago de las horas extras pretendidas, por no colmar los parámetros exigidos en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, en particular el dispuesto en la letra a.*** (Negritas fuera del texto).

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

De conformidad con las pruebas obrantes dentro del expediente, se tiene acreditado lo siguiente:

- Reclamación administrativa radicada el 11 de febrero de 2015 ante la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, donde se solicitó el reconocimiento y pago de las horas extras, dominicales, festivos, porcentaje por trabajo nocturno¹².
- Acto administrativo con Radicado No. 20156110095811 de fecha 05 de marzo de 2013, emitido por Migración Colombia, negando el reconocimiento deprecado en la reclamación administrativa¹³. (acto demandado)
- Certificación No. 1089 expedida por la entidad accionada el 27 de marzo de 2015, donde consta vinculación, cargo y salario del señor ENDIR ESLIK HURTADO RIVAS¹⁴.

¹² Folios 12-14 cdr 1

¹³ Folio 815-17 cdr

¹⁴ Folio 18 cdr 1

- Memorando con Radicado No. 20157040018743, donde se certifica las horas laboradas bajo el sistema de turnos por el demandante, desde el 01 de enero al 31 de diciembre de 2012 y desde el 01 de enero al 30 de septiembre de 2013¹⁵
- Escrito con radicado 20157020543012 contentivo de recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del acto administrativo contenido en la respuesta con radicado No. 20156110095811 del 05 de marzo de 2015, mediante el cual se negó el reconocimiento y de las horas extras, dominicales y festivos, el porcentaje por trabajo nocturno y los correspondientes reajustes del salario y prestaciones sociales¹⁶
- Resolución No. 0171 de fecha 20 de abril de 2015, mediante la cual se resuelve en sentido confirmatorio el recurso de reposición interpuesto contra el contenido del oficio con Radicado No. 20156110095811 de fecha 05 de marzo de 2013, y se concede el recurso subsidiario de apelación¹⁷. (acto demandado).
- Memorando con Radicado No. 201666110380781, donde se certifica las horas laboradas bajo el sistema de turnos por el demandante, desde el 01 de enero al 31 de diciembre de 2012 y desde el 01 de enero al 30 de septiembre de 2013¹⁸

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

A través del presente medio de control, el señor ENDIR ESLIK HURTADO RIVAS solicita que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios Radicados No. 20156110095811 del 05/03/2015, notificado por correo electrónico el 05/03/2015 y la resolución 0171 del 20/04/2015 notificada el 23/04/2015, así como el acto administrativo negativo presunto, configurado en la falta de respuesta del recurso de apelación concedido,

¹⁵ Folios 19 cdr 1

¹⁶ Folios 20-24 cdr 1

¹⁷ Folios 25-28 cdr 1

¹⁸ Folios 80-81 cdr 1

todos ellos proferidos por la UEA Migración Colombia, por medio del cual se negó la solicitud deprecada.

Además, que 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 dominicales y festivos, horas extras y recargos por trabajo nocturnos, 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 y que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas al momento del pago.

El A-quo por su parte, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, señalando que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el recargo nocturno de un 35% sobre el valor de la asignación mensual, con el salario correspondiente año tras año, descontando todas las situaciones administrativas presentadas y el descanso remunerado reconocido, desde el 1 enero de 2012 hasta septiembre 2013.

Concedió además, la remuneración equivalente al doble valor de un día de trabajo por dominical o festivo laborado, con el disfrute del descanso compensatorio a los que tenga derecho el actor por haber laborado durante el mes completo, desde el 1 enero de 2012 hasta septiembre 2013.

Ordenó a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia la reliquidación de las prestaciones sociales reconocidas y pagadas al demandante durante el tiempo que se reclama y que no se encuentren prescritas.

Por otro lado, estimó el a-quo, que al actor no le asiste derecho al

reconocimiento y pago de horas extras, debido a que tal y como se encuentra establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, para tener derecho al reconocimiento y pago de las mismas, el demandante debe pertenecer al grado 9 del nivel técnico (Decreto 10 de 1989) y en el caso que nos ocupa, se encuentra probado que el demandante pertenece al Nivel Técnico, desempeñándose como oficial de migración código 3010 grado 13.

Así mismo, consideró el a-quo que en este asunto hay lugar a aplicar la prescripción trienal, por lo tanto, la reliquidación de los salarios y prestaciones reconocidas al actor, comprenderá tres años anteriores a la radiación de la solicitud de 11 de febrero de 2015, es decir desde el 30 septiembre de 2013 hasta el 11 de febrero de 2015.

La parte demandante recurrió el fallo de primera instancia, y en su recurso de alzada señala que es procedente el reconocimiento y pago de las horas extras, por cuanto manifiesta que en la planta de personal de la UAE-MIGRACION COLOMBIA, no existen cargos en el nivel Técnico grado 9, sin embargo dicha entidad sí ha venido pagando las horas extras a partir del mes de septiembre de 2013 a todos los funciones que están en rangos superiores o similares, entre ellos el del demandante y que por definición de la norma no tendrían derecho a percibirla.

Así mismo, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que los recargos por trabajo nocturno, dominical y festivo deben sujetarse a las normas establecidas en los Decretos 0853 de 2012 y Decretos 1029 de 2013, los cuales son los regímenes salariales aplicables a los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, de tal forma que, atendiendo a esa normatividad solo hay reconocimiento a dichos recargos cuando se pertenece al Nivel Técnico hasta grado 09 o a nivel asistencial hasta el grado 19.

Igualmente, en el recurso la accionada, solicitó aclaración del numeral segundo de la parte resolutive del fallo de primera instancia donde dispone, como primera medida, reconocer y pagar al demandante **“lo que dejo de**

cubrir por concepto de salarios", ya que, a su criterio, genera incertidumbre, toda vez que este concepto no ha sido reclamado por el demandante.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial citado; los hechos probados, y el objeto de los recursos de apelación impetrados, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

5.2.1. Del reconocimiento y pago del recargo por trabajos nocturnos, dominicales y festivos

Respecto al reconocimiento y pago al demandante del recargo por trabajo nocturno y el trabajo realizado en días dominicales y festivos, de manera inicial se traerá a colación lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 9 de marzo de 2000, con radicación interna No. 1254, C.P. Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce en torno a la labor ocasional o habitual:

"En cuanto a los conceptos de habitualidad y ocasionalidad, están referidos a la naturaleza del servicio, de manera que si éste generalmente no es susceptible de interrupción y por tanto debe garantizarse su continuidad y permanencia, normalmente todos los días, - incluidos, claro está, los no hábiles -, el trabajo se torna en "habitual y permanente", así quien deba prestarlo no lo haga de manera continua, pues la habitualidad no significa permanencia, sino frecuente ocurrencia, es decir forma repetida, como es el caso de quienes laboran en días domingos o festivos, por el sistema de turnos o lo hacen como parte de la jornada ordinaria. Por el contrario, es ocasional si se cumplen determinadas labores por fuera de la jornada ordinaria de manera transitoria y excepcional."

Por su parte la Sección Segunda de la misma Corporación, en sentencia de 13 de agosto de 1.998, expediente 21-98, precisó:

"...el trabajo habitual u ordinario en dominical y festivo, es aquél que se presta en forma permanente, aun cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos, pues la permanencia se refiere es a la habitualidad del servicio, como sería el que se presta en un hospital..."

En el sub examine, de las pruebas allegadas, se desprende que el demandante prestó sus servicios como trabajador de la entidad demandada de manera ordinaria y permanente por el sistema de turnos empleado por la entidad demandada durante el tiempo que se discute, esto es, desde el 1º de enero de 2012 hasta septiembre de 2013; por lo que de conformidad con el concepto y la jurisprudencia en cita, el actor tiene derecho al reconocimiento del recargo por trabajo nocturno y el trabajo realizado en días dominicales y festivos; conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

Así mismo, en el plenario, no existen prueba alguna de que al actor se le haya pagado dichas acreencias laborales o que se le hayan compensado las mismas con periodos de descanso; por lo que en ese sentido comparte la Sala lo decido por el A quo, y en consecuencia, se confirmará el fallo recurrido; en lo atinente, al reconocimiento y pago de dichas prestaciones.

5.2.2. Del reconocimiento y pago de horas extras.

El A-quo, negó la pretensión de reconocimiento y pago de las horas extras al demandante, fundamentando su decisión en lo establecido en el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, el cual consagra que, para que tener derecho a su reconocimiento y pago, el empleado debe pertenecer al grado 9 del Nivel Técnico y en el asunto que nos ocupa se encuentra probado que el demandante pertenece al Nivel Técnico, desempeñándose como Oficial de Migración Código 3010 GRADO 13

Esta Corporación comparte la decisión del A-quo respecto a este punto, ya que el Decreto 1042 de 1978 establece que para tener derecho al pago de horas extras el empleado deberá pertenecer al nivel técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19, y así lo ha interpretado el Consejo de Estado, en la sentencia citada en el marco normativo y jurisprudencial, en la que indicó que

Aunado a lo anterior, tanto el Decreto 0853 de 2012, como 1029 de 2013, contemplan que para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, de descansos compensatorios de que trata el

Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, **el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19.**

En este orden, al actor no le asiste el derecho al reconocimiento de horas extras; en consideración a que si bien, se encuentra en el nivel técnico, pertenece al grado 13; es decir por fuera del grado 09, que es el que contempla la norma, para ser beneficiario de la prestación en cuestión.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión del A-quo de negar la pretensión de reconocimiento y pago de horas extras a favor del demandante.

6. Condena en Costas en segunda instancia

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, se abstendrá la Sala de condenar en costas en esta instancia, debido a la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda.

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

VI. FALLA

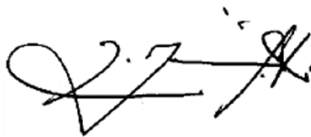
PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada de fecha dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Octavo administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en Costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
Magistrado (e)

Ausente con permiso.

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN