REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias, Veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

ACCIÓN	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
RADICACIÓN	**13-001-33-33-008-2015-00539-00**
DEMANDANTE	**ENDIR ELISK HURTADO RIVAS**
DEMANDADO	**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA**

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor **ENDIR ESLIK HURTADO RIVAS**, a través de apoderado judicial, contra **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN ESPECIAL** MIGRACIÓN COLOMBIA.

I. LA DEMANDA

Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

PRETENSIONES

Con base en los anteriores hechos solicito que en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada proferida a favor de los accionantes **ENDIR HURTADO RIVAS C.C. 11.806.390,** y en contra de **LA NACIÓN-UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA,** representada legalmente por el Dr. CHRISTIAN KRÜGER SARMIENTO o por quien haga sus veces al momento de la notificación de esta demanda, se declare:

PRIMERO: La nulidad de los actos administrativos contenidos 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 23/04/2015, 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.

SEGUNDO: Consecuencialmente, a titulo 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 ó 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.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

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

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

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

HECHOS

Como fundamento del medio de control interpuesto se relataron los hechos que se resumen a continuación:

Afirmó la parte demandante, que el demandante labora para UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, desde el 1° de enero de 2012, desempeñándose en el cargo de Oficial de Migración grado 3010-13, con una asignación básica mensual de un millón cuatrocientos noventa y cuatro mil doscientos noventa y seis pesos ($ 1.494.296) y una bonificación por compensación de doscientos cincuenta y nueve mil ochocientos ochenta y siete pesos ($ 259.887).

Señaló, que el demandante 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, y que dentro de estas últimas 48 horas, el empleado se encuentra sometido a un turno extra, denominado "disponibilidad" de 8 horas.

Aseguró, que el demandante labora cada semana 72 horas, más las 8 horas adicionales del turno extra de disponibilidad.

Recordó, que la Dirección General de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, reglamentó el trabajo por el sistema de turnos en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Indicó, que la resolución No. 1411 del 26 de agosto de 2013, estableció los procedimientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran en el sistema de turnos en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Manifestó, que el demandante, desde que ingresó a trabajar en dicha entidad, viene laborando tiempo extra suplementario y en días dominicales y festivos.

Afirmó, que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, no le ha pagado al demandante lo que le adeuda por concepto 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 del 26 de agosto de 2013, comenzó a reconocerlos y a pagarlos.

Y agregó, que el actor tiene derecho a que se le reconozca y pague de forma indexada las horas extras, dominicales, festivos y el porcentaje por concepto de trabajo nocturno desde la fecha en que ingresó a trabajar, hasta la fecha en que dicha entidad comenzó a pagarlas de acuerdo con la resolución 1411 del 26 de agosto de 2013.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

Refirió, que el día 11 de febrero de 2015, el actor, radicó reclamación administrativa ante la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, con el fin de solicitarle a su favor, 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 en que la Unidad hubiere comenzando a reconocerlos y pagarlos conforme a la resolución 1411 del 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 en dominicales, festivos, horas extras y recargos por trabajo nocturno, prestaciones sociales, como prima de navidad, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías y el reajuste a la seguridad social.

Señaló, que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, mediante acto administrativo No. 20156110095811 del 05 de marzo de 2015 - notificado ese mismo día -, negó dicha solicitud, al considerar que lo establecido en la resolución No. 1411 del 26 de agosto de 2013 respecto al reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos, regía hacia el futuro.

Indicó, que el día 06 de marzo de 2015, interpuso el recurso de reposición contra el acto administrativo No. 20156110095811 del 05 de marzo de 2015, y que mediante resolución No. 0171 del 20 de abril de 2015, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, confirmó en todas sus partes dicho acto administrativo y concedió el recurso de apelación, frente al cual, señala, que hasta la fecha de promover la presente actuación, no había sido resuelto.

Manifestó, que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, reconoció que el demandante laboró 1235 horas durante el periodo comprendido entre enero y diciembre de 2012, y 1246 horas laboradas entre enero y septiembre de 2013, sin precisar cuáles correspondían a horas nocturnas, dominicales y días festivos, horas laboradas que no se han pagado a la fecha, pero que además de esa confesión, hay que tener en cuenta que el tiempo laborado era mayor pues los turnos son continuos de 24 horas por 48 horas de descanso de las cuales como ya se indicó se presenta un turno de disponibilidad de 8 horas.

Y por último señaló, que el día 22 de septiembre de 2015, se declaró fallida la audiencia de conciliación extrajudicial que se llevaría a cabo ante la Procuraduría 65 Judicial I Delegada para Asuntos Administrativos de Cartagena.

NORMATIVIDAD VIOLADA

Como fundamentos de derecho de la presente acción contenciosa, invocó los siguientes: Artículo 138 del CPACA. artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53, y concordantes de la C.N., artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, artículos 3 y 87 de la Ley 443 de 1998, artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, resolución 1411 del 26 de agosto de 2013, resolución 00281 de 2012.

CONCEPTO DE LA VIOLACION

Según lo explicado por la parte demandante, la violación a la normatividad, estriba, en que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, niega el pago de las horas extras y los reajustes que deben darse, amparada en la Resolución 1411 de 26 de

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

agosto de 2013 y al considerar que dicha norma rige desde su expedición hacia el futuro, con lo cual cree la parte accionante, que se desconoce los principios constitucionales, en especial, los principios protectores de los derechos de los trabajadores consagrados en la Constitución Nacional, y también, el mandato constitucional que dispone la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma, establecido en el artículo 4° de la misma Carta Política.

Indicó, que no puede tenerse como excusa para no pagar un derecho laboral, como la remuneración del tiempo extra o suplementario laborado, considerar que la resolución 1411 de 26 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. Y agregó, que aceptar el formalismo para no pagar el tiempo efectivamente laborado como extra o suplementario, sería prohijar el enriquecimiento injusto por parte del ente oficial empleador y el consiguiente empobrecimiento injusto del trabajador.

Trae a colación varias sentencias del Honorable Consejo de Estado, en las cuales, se conceden pretensiones de reconocimiento y pago de horas extras laboradas.

Por último, a modo de resumen de lo expuesto, indicó, que: "*es el hecho incuestionable que la jornada laboral de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, entre ellos el demandante, excede considerablemente la jornada ordinaria y que la remuneración mensual que recibirían antes de la expedición de la resolución 1411 de 26 de agosto de 2013 es por esa jornada preestablecida, significando 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.*"

II. RAZONES DE LA DEFENSA

En el escrito mediante el cual la entidad accionada dio contestación a la demanda, solicitó negar las pretensiones planteadas en la misma, con base en los argumentos que a continuación se sintetizan:

Hizo una explicación de varios artículos del Decreto Ley 1042 de 1978, el cual, trata sobre, el régimen de pagos de recargos nocturnos dominicales y festivos de los empleados públicos.

Explicó normas del precitado Decreto Ley, como los artículos 33, 34, 35, 39, 40.

Respecto al artículo 33 de dicha norma, explicó, 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, en razón a ello, se autoriza al jefe de la respectiva entidad para señalar dentro de tales limites, los horarios 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. Y complementó indicando, que el trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

semanal, en cuyo caso, considera, se debe aplicar lo dispuesto para las horas extras, en dicho decreto.

Se refirió a los artículos 34 y 35 de dicho Decreto Ley, referentes a las jornadas ordinarias, nocturnas y mixtas que pueden cumplir los empleados públicos.

Igualmente, a los artículos 39 y 40, sobre trabajo en dominicales y festivos de los empleados públicos.

Y específicamente, en lo que tiene que ver con la jornada de trabajo en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, señaló como referentes normativos, el Decreto 1932 de 1989, la Resolución 00281 del 16 de abril de 2012, la Resolución 1411 del 26 de agosto de 2013, el artículo 68 del Decreto 512 de 1989, el artículo 33 del Decreto 4062 de 2011, el Decreto 4057 de 2011.

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

Por último, y a modo de conclusión, señaló, que *"al trabajar el demandante por el sistema de turnos, debe entenderse que las labores realizadas en domingos y festivos no tienen el carácter de trabajo extra o suplementario; correspondiendo, por consiguiente, a un horario de trabajo ordinario; así mismo es necesario señalar que el demandante se encuentra bajo la jornada de trabajo por turnos en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, donde su jornada habitual por el sistema de turnos diseñado NO EXCEDE LAS CARENTA Y CUATRO HORAS (44) HORAS semanales.*

De otra parte los funcionarios que laboran en la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia por el Sistema de Turnos han disfrutado de días compensatorios de veinticuatro (24) y cuarenta y ocho horas (48) cuando han laborado jornadas de doce (12) horas diurnas o nocturnas respectivamente, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de dichos pagos en dinero pretendidos por estos."

III. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 03 de noviembre del año 2015 y admitida por este despacho mediante auto fechado 19 de noviembre de 2015, igualmente fue notificada al demandante por estado electrónico No. 167.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 22 de enero de 2016 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

Mediante auto de fecha 10 de mayo de 2016, se citó a las partes a audiencia inicial para el día 27 de julio de 2016, conforme con el artículo 180 del CPACA, fijándose para el día 20 de septiembre la audiencia de prueba.

Finalmente el día 20 de septiembre de 2016, se cierra el debate probatorio y se corre traslado para presentar escrito de alegación dentro de los 10 días siguientes.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

DEMANDANTE: La parte demandante reitera los argumentos expuestos en la demanda, en consecuencia solicita se acojan las pretensiones deprecadas en la misma.

DEMANDADO: No presento alegatos.

MINISTERIO PÚBLICO: El señor agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

CUESTIONES PREVIAS

Procede el Despacho a pronunciarse sobre las excepciones interpuestas por la parte demandada así:

Respecto de la excepción de mérito, prescripción del derecho, interpuesta por la parte demandada; sin embargo, es criterio de este despacho que esta excepción obedece a asuntos que tocan el fondo de la controversia, razón por la cual deberá ser estudiada al analizar la decisión final.

PROBLEMA JURIDICO

¿Le asiste al demandante, en calidad de trabajador de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, el derecho a que se les reconozca el pago de horas extras, dominicales y festivos y nocturnas, asi como la reliquidación de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de ingreso a la institución hasta el 30 de septiembre de 2013?

TESIS DEL DESPACHO

El señor ENDIR ESLIK HURTADO TIVAS, 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 (1° 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

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

descanso. A estas conclusiones arriba el Despacho teniendo en cuenta lo manifestado por la parte demandante en el libelo de demanda aunado al certificado aportado por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Por el contrario, estima este Despacho, que no le asiste derecho al demandante a que se le reconozca y pague horas extras, puesto que, para ello, tal y como lo ha indicado el Honorable Consejo de Estado, al estudiar el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, el empleado debe pertenecer al grado 9 del nivel técnico (decreto 1374 de 2010), sin embargo, en el caso del señor ENDIR ESLIK HURTADO TIVAS, está probado que éste pertenece al Nivel Técnico, desempeñándose como Oficial de Migración Código 3010 **GRADO 13**.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CASO

Con relación a los empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores - Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, ésta entidad, expidió la Resolución No. 00281 del 16 de abril de 2012, por medio de la cual dictó lineamientos sobre el trabajo mediante el sistema de turnos.

De dicha normativa el Despacho considera necesario trascribir varios artículos, ya que los mismos versan de manera directa sobre el tema objeto de análisis.

Son los siguientes artículos:

*"**ARTÍCULO 1.** Se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo según la cual los servidores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes a la de la jornada ordinaria de ocho (8) horas diarias, en un periodo determinado de días o de semanas.*

***ARTÍCULO 2.** **Las cuarenta y cuatro (44) horas a la semana que conformen la jornada ordinaria podrán distribuirse en turnos de lunes a sábado.** El trabajo que se efectué el día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando el trabajo el sábado exceda la jornada máxima legal de cuarenta y cuatro (44) horas a la semana.*

***ARTÍCULO 3.** En la organización del trabajo de los turnos de las entidades con procesos productivos continuos durante las veinticuatro (24) horas del día, deberá tenerse en cuenta la rotación de los mismos. Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas.*

***ARTÍCULO 4.** Los turnos que establezca cada entidad acorde con sus propias características o necesidades deben ajustarse al cumplimiento de la jornada ordinaria de cuarenta y cuatro (44) horas a la semana y puede ser diurnos nocturnos o mixtos.*

***PARAGRAFO 1.** Para efectos del establecimiento de turnos, se tendrá en cuenta lo siguiente:*
1. La Jornada Ordinaria Laboral Diurna se desarrolla entre las 6:00 A.M, y las 6:00 P.M.
2. La Jornada Ordinaria Laboral Nocturna se desarrolla entre las 6:00 P.M. y las 6:00 A.M.
Quienes deban trabajar en jornada nocturna de manera habitual tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual. No

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6:00 p.m completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo,
3. La Jornada ordinaria Laboral Mixta tiene lugar cuando el tiempo ordinario I transcurre tanto en diurno como en nocturno.
En caso de la jornada mixta, la parte de la jornada que sea nocturna tendrá que pagarse con un recargo del 35% sobre el valor de la asignación mensual.

ARTÍCULO 5. *Los empleados que trabajen por el sistema de turnos en jornadas mixtas, es decir, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, tendrán derecho a que la parte de tiempo trabajado durante estas últimas se remunere con el recargo del treinta y cinco por ciento (35%).*

ARTÍCULO 6. *En el sistema de turno debe garantizarse el derecho a descanso. El jefe de entidad deberá garantizar el disfrute de descansos complementarios para el empleado en el sistema de turnos.*
Cuando el trabajo en dominical o festivo sea habitual, el empleado tendrá derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso complementario, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.
Cuando el trabajador en dominical o festivo sea ocasional se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si éste fuere menor.
El domingo siempre deberá ser remunerado acorde con el porcentaje correspondiente.

ARTÍCULO 7. *El trabajo suplementario es aquel que excede o sobrepase las jornadas de 44 horas semanales.*
Las horas extras diurnas que se laboren tendrán derecho a que se remuneren con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre la asignación básica mensual, y es el que se ejecuta entre las 6am y las 6pm.
Las horas extras nocturnas que se laboren tendrán derecho a que se remuneren con un recargo del setenta y cinco (75%) sobre la asignación básica mensual, y es el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6:00pm y las 6:00am del día siguiente.
En todo caso la autorización para laborar trabajo suplementario solo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.

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

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

Del mismo modo, con relación a los empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores - Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, dicha entidad, expidió la Resolución No. 01411 del 26 de agosto de 2013, por medio de la cual dictó lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran por el sistema de turnos.

Por lo que, de esta norma, este Despacho, también considera importante trascribir varios artículos, en tanto, los mismos versan de forma directa sobre el tema bajo examen.

Se trata de los siguientes artículos:

> "*ARTICULO 1. En la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, laborarán por el sistema de turnos y jornadas mixtas, únicamente los funcionarios misionales que desarrollen funciones de control migratorio y presten sus servicios en puestos de control migratorio, cuya actividad se cumpla de manera habitual durante todo el año calendario.*
>
> *ARTICULO 2. HORAS POR TURNOS: Las cuarenta y cuatro (44) horas a la semana que conformen la jornada podrán distribuirse en turnos de lunes a domingos.*"
>
> (...)
>
> "*ARTICULO 5. Los empleados de control migratorio que trabajen por el sistema de turnos en jornadas mixtas, es decir, cuando las labores se desarrollen ordinaria permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, tendrá derecho a que la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunere con el recargo del treinta y cinco (35%), sobre la asignación básica mensual.*
>
> *ARTICULO 6. Cuando el trabajo en dominical o festivo sea habitual, el empleado tendrá derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio o fracción, sin perjuicio de la remuneración ordinaria o fracción a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.*
>
> *ARTICULO 7. 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, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1029 de 2013.*"

Ahora bien, para este Despacho no es ajustado a derecho que se le niegue al demandante el reconocimiento y pago de horas extras, dominicales, festivos, y recargo por trabajo nocturno, reajuste al salario y a todas las prestaciones sociales, desde el 1 de enero de 2012 y hasta el mes de agosto de 2013, como se hizo en el oficio No. 20156110095811 de fecha 05 de marzo de 2015, bajo el argumento de que la resolución No. 01411 del 26 de agosto de 2013, por medio de la cual dictó lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran por el sistema de turnos solo rige hacia futuro, porque así lo dispone el Código Contencioso Administrativo, y por ningún motivo es posible aplicarla de manera retroactiva, porque si bien ello es cierto, no puede olvidársele a la entidad accionada que en el caso de los empleados públicos, lo relacionado con el reconocimiento y pago de horas extras, dominicales, festivos, y recargo por trabajo nocturno, reajuste al salario y a todas las prestaciones sociales, se encuentra regulado

de años atrás por el Decreto No. 1042 de 1978, el cual resulta aplicable en el caso concreto.

Así pues, se tiene que la jornada máxima laboral de los empleados públicos, está definida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que la estableció en 44 horas. Esto establece la norma:

> *"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 las cosas, la anterior norma es aplicable a los empleos indicados en el Decreto 1042 de 1978 sometidos a jornada ordinaria, ya sea del orden nacional o territorial, quienes tendrán una jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales.

El Honorable Consejo de Estado, ha considerado que el reconocimiento y pago de horas extras o el descanso compensatorio, según lo dispuesto por el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, se sujeta a los siguientes requisitos[1]:

> *"...*
> *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 del 75% sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, según se trate de 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)".*

[1] Sentencia del 25 de octubre de 2012, dictada por la Sección Segunda Subsección B, Consejero Ponente. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, dentro del proceso con radicado 05001233100020030003O-01, Demandante: JHON JAIRO OCHOA BEDOYA. Demandado: Municipio de Medellín.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

El artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, define un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre la asignación mensual para los empleados que trabajen en jornadas mixtas.

"ARTICULO 35. DE LAS JORNADAS MIXTAS. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con periodos de descanso

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

La normativa aplicable al pago del trabajo realizado en dominicales y festivos es la establecida en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que dispone:

"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 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, igualmente la norma consagra 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 habitual), la retribución debe incluir el valor de un día ordinario adicional.

En estas condiciones el Despacho procede a estudiar la situación particular que cobija al demandante, señor ENDIR ESLIK HURTADO RIVAS.

CASO CONCRETO.

En el caso concreto se encuentra probado que el señor ENDIR ESLIK HURTADO RIVAS, mediante la resolución 0024 del 21 de diciembre de 2011, fue incorporado a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, sin solución de continuidad, a partir del 1 de enero de 2012, y que desempeña el cargo de Oficial de Migración 3010-13. (Fol. 18).

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

Igualmente se encuentra acreditado que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, mediante acto administrativo No. 20156110095811 del 05 de marzo de 2015 -notificado ese mismo día -, negó dicha solicitud, al considerar que, la resolución No. 1411 del 26 de agosto de 2013, por medio de la cual dictó lineamientos para el reconocimiento de recargos nocturnos, dominicales y festivos para quienes laboran por el sistema de turnos, regía hacia futuro. (Fol. 15-17).

Así mismo se encuentra acreditado que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, mediante resolución No. 0171 del 20 de abril de 2015, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo No. 20156110095811 del 05 de marzo de 2015, confirmó el mismo en todas sus partes, y concedió el recurso de apelación, el cual no fue resuelto hasta la fecha de promover la presente actuación, configurándose un acto ficto por mandato legal. (Fol. 25-28).

También se encuentra acreditado que el señor ENDIR ESLIK HURTADO TIVAS, 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. (Fol. 18 y 81)

Además se encuentra acreditado que el señor ENDIR ESLIK HURTADO TIVAS, prestó sus servicios como trabajador de la entidad demandada de manera habitual y permanentemente en días dominicales o festivos, sin que exista prueba al interior del expediente que certifique, que al actor, se le pagó dichas acreencias laborales.

Por lo que al ser así las cosas, concluye este Despacho, que el señor ENDIR ESLIK HURTADO TIVAS, tiene derecho, a que se le reconozca y pague recargo por trabajo nocturno, 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.

De igual manera colige este Despacho, que el señor ENDIR ESLIK HURTADO TIVAS, tiene derecho, a que se le reconozca y pague el trabajo realizado en dominicales y festivos, durante el tiempo en discusión, porque está probado que prestó sus servicios como trabajador de la entidad demandada de manera habitual y permanentemente en días dominicales o festivos, sin que exista prueba al interior del expediente que certifique, que al actor, se le pagó dichas acreencias laborales. A estas conclusiones arriba el Despacho teniendo en cuenta las pruebas antes referenciadas, aportadas por las partes.

Por el contrario, estima este Despacho, que no le asiste derecho al demandante a que se le reconozca y pague horas extras, puesto que, para ello, tal y como lo ha indicado el Honorable Consejo de Estado, al estudiar el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, el empleado debe pertenecer al grado 9 del nivel técnico (Decreto 10 de 1989), sin embargo, en el caso del señor ENDIR ESLIK HURTADO TIVAS, está probado que

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

éste pertenece al Nivel Técnico, desempeñándose como Oficial de Migración Código 3010 **GRADO 13**.

Siendo así las cosas, se debe aceptar entonces, que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, al expedir los actos administrativos - Oficio No. 20156110095811 del 05/03/2015, la resolución No. 0171 del 20 de abril de 2015, así como el acto administrativo negativo presunto, configurado por la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto, contrarió el Decreto 1042 de 1978, lo cual se infiere de la prueba obrante en el plenario.

Por lo anterior, este Despacho declarará la nulidad de los actos administrativos - Oficio No. 20156110095811 del 05/03/2015, resolución No. 0171 del 20 de abril de 2015, el acto administrativo negativo presunto, configurado por la falta de respuesta al recurso de apelación interpuesto. Y como restablecimiento del derecho se emitirán las siguientes órdenes, sin que pueda entenderse como condena en abstracto:

Se le ordenará a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que reconozca y pague al actor el recargo nocturno de que trata el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, por manera que dicha entidad, deberá, de acuerdo al expediente administrativo del demandante, liquidar y pagar el recargo nocturno de un 35% sobre el valor de la asignación mensual a partir del 1º de enero de 2012 hasta septiembre de 2013, con el salario correspondiente año tras año, descontando todas las situaciones administrativas presentadas y el descanso remunerado reconocidos a los actores.

Igualmente, se reconocerá la remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por dominical o festivo laborado, con el disfrute del descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el actor por haber laborado durante el mes completo, en el lapso comprendido entre el 1º de enero de 2012 hasta septiembre de 2013; para ello la administración deberá verificar de acuerdo al expediente administrativo del señor ENDIR ESLIK HURTADO TIVAS los dominicales y festivos efectivamente trabajados.

Así mismo, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia deberá re-liquidar las prestaciones sociales reconocidas y pagadas al demandante durante el tiempo que se reclama y que no se encuentren prescritas, incluyendo en la base salarial los conceptos a que se ha hecho referencia en esta providencia.

Prescripción.

Hay lugar a aplicar en este asunto la prescripción trienal, por lo tanto, la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales reconocidas al actor mediante esta providencia, comprenderá tres años anteriores a la radicación de la solicitud de 11 de febrero de 2015 relacionada en el oficio atacado.

Específicamente, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, deberá pagar por concepto de recargo por trabajo nocturno, dominical y festivo y prestaciones sociales legales al actor, a partir del 11 de febrero de 2012 hasta 30 de septiembre de 2013, dado que la petición fue presentada el 11 de febrero de 2015 y que el tiempo que se discute va hasta el 30 de septiembre de 2013.

Las demás pretensiones serán negadas.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

> "…….
> *8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."*

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la demandante haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad de los actos administrativos - Oficio No. 20156110095811 del 05/03/2015, resolución No. 0171 del 20 de abril de 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

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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 de esta providencia.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

SEXTO: Sin costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
JUEZ OCTAVO ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar