**Departamento Administrativo de la Función Pública**

**Concepto 173131**

**Fecha: 18/05/2021**

Bogotá D.C.

**REFERENCIA: JORNADA LABORAL. Dominicales y Festivos. REMUNERACIÓN. Horas extras. RAD.** 20219000419612 del 7 de mayo de 2021.

Me refiero a su comunicación, radicada en esta dependencia el 7 de mayo de 2021, mediante la cual consulta si es procedente el pago de horas extras nocturnas y el recargo dominical y festivo a los agentes de tránsito que laboran por turnos que coinciden con estos días.

En atención a la misma, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el

servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir y/o definir situaciones particulares de las entidades, su estructura o funcionamiento

**Horas extras y recargos dominicales o festivos**

Conforme al Artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978[1] la jornada máxima legal para los empleados públicos nacionales es de **44 horas semanales**, aplicable a los empleados públicos territoriales, en virtud de la sentencia C-1063 de 2000. Así mismo, es preciso indicarle que la jornada laboral puede ser distribuida por el jefe del organismo, de acuerdo con las necesidades del servicio.

Ahora bien, los Artículos 39 y 40 del citado Decreto Ley 1042, regulan el trabajo ordinario y ocasional de dominicales y festivos, así:

**«ARTICULO 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 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.

**“ARTICULO 40. DEL TRABAJO OCASIONAL EN DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS**. Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.

Para efectos de la liquidación y el pago de la remuneración de los empleados públicos que ocasionalmente laboren en días dominicales y festivos, se aplicarán las siguientes reglas: […]

d) El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. 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.

Si los empleados públicos deben trabajar habitualmente domingos y festivos, tienen derecho a un día de descanso compensatorio, que deberá ser un día hábil».

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

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

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 11 de diciembre de 1997, expediente 10.079, se pronunció sobre el trabajo habitual y ocasional en días dominicales y festivos, así:

«La razón de ser de dicha distinción normativa - se refiere a la remuneración diferente por trabajo habitual u ocasional en días dominicales o festivos - radica en la necesidad de garantizar el derecho fundamental al descanso a quienes laboren con regularidad (que no significa continuidad), en días que para la generalidad a los trabajadores son de descanso obligatorio, pues de no brindar el legislador ese amparo específico, se permitiría la explotación de esos trabajadores, riesgo que no se corre respecto de quienes cumplen esa tarea en domingo de manera excepcional y dentro de las restricciones legales».

En consecuencia, cuando el **trabajo de los días dominicales o festivos es habitual** y **permanente**, se tiene derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de compensatorio, independientemente del nivel jerárquico al que pertenezca el empleado.

Mientras que, el **trabajo ocasional** en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero a elección del funcionario. 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. En este caso, sólo tienen derecho a su reconocimiento los empleados del nivel técnico hasta el grado 9 y asistencial hasta el grado 19.

Por otra parte, el 34 del citado Decreto Ley 1042 regula la **jornada ordinaria nocturna**, entendida como aquella que de manera habitual empieza y termina entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente. Para quienes ordinaria o permanentemente laboren en dicha jornada tienen derecho a recibir un recargo del 35% sobre el valor de la asignación mensual, independiente del nivel jerárquico del empleo. No cumplen jornada nocturna los empleados, que después de las 6:00 p.m, completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

Las jornadas mixtas, de que trata el Artículo 35 del Decreto Ley 1042 se reconoce a quienes trabajen ordinariamente por el sistema de turno, cuando las labores incluyan horas diurnas y nocturnas, estas últimas se remuneraran con un recargo del 35%, independientemente del nivel al que este adscrito el empleado.

Las horas extras diurnas, se liquidan con un recargo del 25% sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, tal como lo establece el Artículo 36 del Decreto Ley 1042, mientras que las horas extras nocturnas, entendida como la labor que se ejecuta excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente por quienes laboran de ordinario en jornada diurna, se liquidan con un recargo del 75% sobre la remuneración básica, en los términos indicados en el Artículo 37 del Decreto Ley 1042.

Así mismo, los Artículos 36 y 37 del Decreto Ley 1042 de 1978 sobre las condiciones para reconocer y pagar horas extras diurnas y nocturnas, señala:

- Deben existir razones especiales del servicio.

- El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

- El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con los recargos respectivos.

- Sólo se pueden autorizar el reconocimiento y pago de horas extras, siempre y cuando el empleado pertenezca **al nivel técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19.** (Decretos salariales dictados anualmente, el actual es el Decreto 304 de 2020) y en ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales.

- En todo caso, la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.

En consecuencia, hay lugar al reconocimiento y pago en dinero de hasta 50 horas extras mensuales, y las que superen este máximo se les reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día compensatorio por cada 8 horas extras laboradas, en aras de garantizar el derecho al descanso.

Por lo tanto, tienen derecho al reconocimiento y pago de horas extras quienes pertenezcan al **nivel técnico hasta el grado 09** o al **nivel asistencial hasta el grado 19**.

**Sistema de turnos y descanso compensatorio.**

Así mismo, y teniendo en cuenta que aunque no existe norma específica que regule la jornada laboral por el **sistema de turnos**, atendiendo la naturaleza del servicio que se presta y la necesidad de la continuidad en el mismo, es posible que la administración adecue la jornada laboral – 44 horas semanales – del personal que se requiera para que se cumpla de manera ininterrumpida en jornadas diurnas, nocturnas o mixtas, distribuyendo dicha jornada en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y la disponibilidad presupuestal, garantizando en todo caso, el derecho al descanso.

En este entendido, el Artículo 39 del citado Decreto Ley 1042 respecto a las labores habituales en días domingos y festivos, determina que la habitualidad de que habla la norma en comento precisa la permanencia de un servicio de trabajo, entendido como un trabajo que por su naturaleza y la no suspensión debe cumplirse ininterrumpidamente; para lo cual, la norma permite que previamente se asignen horarios de acuerdo al sistema de turnos.

Ahora bien, en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, Número Único: 11001-03-06-000-2019-00105-00 del 9 de diciembre de 2019, Radicación

interna: 2422, de consulta presentada por este Departamento Administrativo relacionada con la jornada laboral y compensatorios de empleados públicos bajo el sistema de turnos, se concluyó que:

**«**En relación con el **día compensatorio** como derecho del trabajador, la Sala se remite a las respuestas siguientes.

2. «En el evento en que un empleado público, cuyo sistema de turnos asignados es de 6 horas diarias de lunes a viernes, labora el doble de horas el dominical, ¿cuántos días compensatorios se debe reconocer?»

Los empleados que **habitual y permanentemente completan su jornada** de trabajo los domingos, **tienen derecho al reconocimiento de un día de descanso compensatorio.**

**3.** «A efectos de realizar una efectiva **asignación de turnos**, la cual garantice la prestación del servicio 24/7 se consulta si ¿el día compensatorio de descanso otorgado a un empleado que ha laborado un dominical debe ser tenido en cuenta como tiempo de servicio dentro de las 44 horas semanales fijadas en el Artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978?"

Los Artículos 33 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, regulan lo atinente al cumplimiento de una jornada semanal máxima de trabajo, el trabajo habitual los domingos y festivos, y el descanso compensatorio, entre otros asuntos.

Las mencionadas disposiciones conceden el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio por laborar habitualmente los domingos por el sistema de turnos.

El descanso del trabajador corresponde a un cese en el trabajo, por lo que en manera alguna puede ser considerado como tiempo de servicio para completar la

jornada laboral, sin perjuicio de que su remuneración se entienda incluida en el valor del salario mensual.

Para tener derecho al **descanso compensatorio** se requiere haber laborado en dominical, es decir, se trata de «compensar» un trabajo previamente realizado. En otras palabras, **por trabajar habitualmente en dominical**, se concede el efecto opuesto a dicho tiempo de servicio como lo es el descanso, de allí su denominación como compensatorio. Para tal fin, el empleador deberá fijar las horas de trabajo habitual en dominical que optimicen el sistema de turnos y sean razonables y proporcionales para disfrutar el descanso compensatorio.

**4.** «¿Cómo debe ser reconocido el compensatorio, cuando un empleado ha laborado el dominical por horas? ¿debe reconocerse el día completo de descanso, o el mismo será proporcional a las horas efectivamente laboradas?»

Las normas laborales vigentes para los empleados públicos **no establecen un número de horas laboradas** en dominical o festivo para tener derecho al descanso compensatorio.

En atención a que el derecho al descanso del trabajador tiene el carácter de fundamental, la Sala concluye que la prestación del servicio de **manera habitual los domingos y festivos** por el sistema de turnos, conlleva para el trabajador el derecho a **disfrutar de un día de descanso compensatorio**, según lo establece el Artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, sin importar las horas que se le asignen para completar su jornada laboral por el sistema de turnos.

Reitera la Sala que el jefe del organismo o entidad tiene la competencia para distribuir la jornada laboral en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, incluido el trabajo ordinario los dominicales o festivos, por el sistema de turnos, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y el derecho al descanso del trabajador, entre otros aspectos, todo con el fin de optimizar dicho sistema.

De esta manera, **el sistema de turnos** corresponde a una forma de organizar el trabajo bajo un criterio de continuidad en la actividad que desarrolla una entidad o empresa, con criterios de optimización que satisfagan tanto las necesidades del servicio y los derechos de los trabajadores, por una parte, como*o la utilización eficiente de los recursos públicos, por la otra».* (Destacado fuera del texto)

Conforme a lo anterior, **el Consejo de Estado está de acuerdo en afirmar que cuando se labora habitualmente en dominical y/o festivo hay lugar a un día de descanso compensatorio**, entendido según la Alta Corporación como: «*El descanso del trabajador corresponde a un cese en el trabajo, por lo que en manera alguna puede ser considerado como tiempo de servicio para completar la jornada laboral, sin perjuicio de que su remuneración se entienda incluida en el valor del salario mensual»*. En este sentido, resalta el Consejo de Estado que se compensa un trabajo previamente realizado.

**Sobre este punto, es preciso establecer que las** normas laborales vigentes para los empleados públicos no establecen un número de horas laboradas en dominical o festivo para tener derecho al descanso compensatorio, sin importar las horas que se le asignen para completar su jornada laboral por el sistema de turnos.

Con fundamento en lo expuesto, cuando el trabajo de los días dominicales o festivos es habitual y permanente, todos los empleados de la entidad independientemente del nivel al que pertenezcan, tienen derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de compensatorio.

Ahora bien, sobre el derecho al reconocimiento y pago de horas extras y compensatorios el Decreto Ley 1042 de 1978, señala que sólo tendrá derecho quienes desempeñen empleos pertenecientes a los **niveles técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19**, de tal manera que no existe disposición que permita el reconocimiento del trabajo suplementario, horas extras o compensatorios a empleados públicos del nivel profesional.

**Concepto de “disponibilidad” en la jornada laboral**

Por “disponibilidad” en materia de jornada laboral, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Casación del 11 de mayo de 1968, sostuvo:

“... no toda “disponibilidad” o “vocación” permanente, por un periodo más o menos largo a prestar el servicio efectivo puede calificarse como trabajo enmarcado dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas en la ley, pues esta llamada“disponibilidad” tiene tales matices de servicio más o menos frecuentes, y de descansos, tiempo para tomar alimentos, oportunidades de ocuparse en actividad diferente del servicio objeto del compromiso y aún, en ocasiones, de servir a personas diferentes o trabajar en forma autónoma, que encasillar toda “disponibilidad” dentro de la jornada que hace relación a la propia actividad laboral.“No pudiendo adoptarse, por lo anotado, el criterio general de “disponibilidad” como trabajo, es necesario establecer cuándo y en qué medida el no cumplir la actividad concreta laboral sino mantenerse a órdenes del patrono, significa servicio y se incluye en la jornada de trabajo. Porque si esta modalidad de mantenerse a órdenes del patrono, se cumple en el lugar de servicio, sin posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de destinar tiempo para tomar alimentos, dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia, es indudable que tal “disponibilidad” si encaja dentro de la asimilación al servicio para enmarcarla en la jornada laboral. Y lo propio ocurre siel trabajador debe radicarse, con las modalidades anotadas en determinado lugar. Pero si la disponibilidad permite al subordinado emplear tiempo para alimentarse, dormir, salir del sitio de trabajo y permanecer en su propia casa, sólo dispuesto a atender el llamado del trabajo efectivo cuando este se presente, no puede considerarse dentro de la jornada laboralel tiempo empleado en alimentarse o en dormir o en ocuparse en su propio domicilio de actividades particulares, aunque no lucrativas. Es cierto que la “disponibilidad” normalmente conlleva una restricción a la libertad de aprovechamiento autónomo del tiempo por el trabajador, por la necesaria radicación en determinados sitios para lafacilidad de atención del servicio demandado la sola “disponibilidad” convenida en el contrato de trabajo puede determinar por esa restricción a la libre disposición de su tiempo por el trabajador, una retribución por sí sola, ya que quede compensada dentro del salario que corresponda a la jornada ordinaria laboral, es decir con el salario corriente estipulado en el contrato cuando es salario fijo, así no se desempeñe ningún servicio efectuado por algún lapso o este trabajo sea inferior en duracióna la jornada ordinaria”

Esto significa que la disponibilidad sólo genera alguna clase de remuneración cuando deba aplicarse en el sitio habitual de trabajo, de lo contrario, se entiende compensada dentro del salario que le corresponde a la jornada laboral ordinaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, los agentes de tránsito que laboran por turnos debido a la naturaleza del cargo tienen derecho a horas extras nocturnas y al recargo en dominicales y festivos en los términos expuestos previamente es decir, si el trabajo dominical o festivo es permanente, el funcionario tiene derecho a una remuneración igual al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo más un día compensatorio.

En contraste, si es un trabajo ocasional, se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, según elija el trabajador (sólo aplica para empleados del nivel técnico hasta el grado 9 y asistencial hasta el grado 19).

En cuanto al pago de horas extras nocturnas se deben seguir las reglas de los Artículos 34 y 35 del Decreto 1042 de 1978 citadas más arriba.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el Covid – 19, me permito indicar que en el link /eva/es/gestor-normativo y https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

**ARMANDO LÓPEZ CORTES**

**Director Jurídico**

Proyectó: Oscar Mauricio Ceballos M.

Revisó: José Ceballos

Aprobó: Armando López

11602.8.4

**NOTAS DE PIE DE PÁGINA**

1. «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, sobre jornada laboral».

***Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.***