

- CONCEPTO 1071 DE 24 DE FEBRERO DE 1998
- CONSEJO DE ESTADO
- CONTENIDO:TRABAJO EN DÍA DOMINICAL Y FESTIVOS. APLICACIÓN DE LA JORNADA ORDINARIA, DIURNA Y NOCTURNAHORAS EXTRASSU REMUNERACIÓN.
- TEMAS ESPECÍFICOS:SALARIO, JORNADA LABORAL EN DÍA DOMINICAL, JORNADA LABORAL ORDINARIA, JORNADA LABORAL DIURNA, JORNADA LABORAL NOCTURNA, JORNADA LABORAL EXTRAORDINARIA, JORNADA LABORAL EXTRAORDINARIA DIURNA, JORNADA LABORAL EXTRAORDINARIA NOCTURNA, LIQUIDACIÓN DE LA JORNADA LABORAL EN DÍA DOMINICAL, LIQUIDACIÓN DE LA JORNADA LABORAL EXTRAORDINARIA, LIQUIDACIÓN DE LA JORNADA LABORAL NOCTURNA
- SALA:CONSULTA Y SERVICIO CIVIL
- SALA:CONSULTA Y SERVICIO CIVIL
- PONENTE:OSORIO ISAZA, LUIS CAMILO
- REVISTA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA N°:316 DE ABRIL DE 1998, PÁG.470

Concepto 1071 de febrero 24 de 1998

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Ref.: Radicación 1071

Consejero Ponente:

Luis Camilo Osorio Isaza

Trabajo en día dominical y festivos.

Aplicación de la jornada ordinaria, diurna y nocturna; horas extras; su remuneración-.

Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinticuatro de mil novecientos noventa y ocho.

El Ministro de Trabajo y Seguridad Social formula a la Sala la siguiente consulta, que se transcribe textualmente:

1. ¿Sí, para el trabajo realizado en dominicales y festivos se le puede aplicar la jornada ordinaria de 8 horas diarias?
2. ¿En caso afirmativo, las labores realizadas en dominicales y festivos cuando excedan de 8 horas diarias, se deben remunerar con los recargos establecidos en los artículos 168 y 179 del Código Sustantivo del Trabajo?
3. ¿Cómo se debe remunerar el trabajo extra o suplementario, ejecutado en dominicales y festivos?

LA SALA CONSIDERA:

1 . **Antecedentes.**

El artículo 53 de la Constitución Política dispone que el legislador expedirá un estatuto del trabajo, para asegurar los principios mínimos fundamentales que deben amparar a los trabajadores; entre los que menciona la norma superior se encuentran: la remuneración referida a la proporcionalidad en cuanto a la cantidad y calidad del trabajo, lo mismo que la garantía al “descanso necesario”.

1.1. La duración máxima de la jornada laboral ha sido objeto de procesos históricos a lo largo de la humanidad; en el presente siglo el Tratado de Versalles incorporó “la

adopción de la jornada de ocho horas y de la semana de cuarenta y ocho horas”; posteriormente, en nuestro país las conclusiones de la primera Convención Internacional del Trabajo (Washington 1919), acordaron similares horarios de trabajo los cuales fueron incorporados al ordenamiento jurídico por la Ley 129 de 1931.

La oficina nacional del trabajo, mediante Resolución 01 de 1934, le dio vigencia a la jornada de 8 horas; con la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, en 1950, se ratificó la duración de la jornada laboral en 8 horas diarias y 48 horas semanales.

En el aspecto de los descansos dominicales para el trabajador, inicialmente se expidieron las leyes 57 de 1926 la cual estableció como derecho irrenunciable el descanso dominical con duración mínima de 24 horas; la Ley 72 de 1931 le dio carácter sancionatorio al trabajo en día domingo o festivo y señaló multas a cargo de los patronos que lo dispusieran; el Decreto 1278 de ese mismo año, reglamentó las normas: anteriores.

El Decreto Legislativo 2351 de 1965 introdujo variaciones en el tratamiento remunerativo de los dominicales y festivos e hizo la distinción cuando se labora durante estos días en forma habitual o excepcional.

La Ley 23 de 1967 ratificó el convenio 106 de 1957 aprobado por la Organización Internacional del Trabajo, en cuyo texto 30 se definieron los límites a las jornadas ordinaria y suplementaria.

1.2. La Ley 50 de 1990 estableció en los artículos 25, 26, 27, 29, 30 y 31 el régimen correspondiente al trabajo dominical y festivo y su remuneración; dichas disposiciones se integraron al C S del T y sustituyeron el texto anterior de los artículos 172, 173, 175, 179, 180 y 181, los cuales rigen la materia.

Sin embargo, tal reforma en esta materia se dirigió especialmente a establecer una jornada especial de 36 horas a la semana con horarios de 6 horas al día y la excluyó del régimen general del código, al que se refiere la consulta.

2. Jornada laboral.

En general, se define el concepto jornada de trabajo como el tiempo pactado entre el trabajador y su empleador para la realización del trabajo diario; a falta de acuerdo o convenio, rige la máxima legal (art. 158 C S del T)

Salvo las excepciones legales, la duración máxima fijada por la ley es una jornada ordinaria de 8 horas al día y de 48 a la semana (art. 161 del C S del T.).

Para los trabajadores regulados por el Código Sustantivo del Trabajo, en consecuencia, la jornada laboral es consensual dentro de los límites previstos por la ley, la cual estableció el tope máximo y como principio general la limitación en los horarios de trabajo.

También distingue el trabajo diurno entre las 6 horas (6 a.m.) y las dieciocho horas (6 p.m.) y el nocturno

comprendido entre las 18 horas (6 p.m.) y las seis de la mañana (6 a.m.) (art. 160, ibídem).

Se autoriza el trabajo de horas extras o suplementario que exceda la jornada ordinaria o incluso la máxima legal (art. 159, ibídem).

La legislación estableció excepciones en las jornadas laborales para determinadas personas, por ejemplo, las de menores, pilotos, copilotos, radioperadores y auxiliares de vuelo; las de los servidores públicos; o la jornada especial de 6 horas diarias y hasta 36 horas semanales para trabajadores de empresas, factorías o actividades establecidas con posterioridad a la Ley 50 de 1990, según el artículo 20, literal c) (art. 161 del C S del T).

También excluye actividades como las que comportan cargos de dirección, confianza y manejo, el servicio doméstico, las que se ejerciten en labores discontinuas o intermitentes o de simple vigilancia, entre otros (art. 162, ibídem).

Además previó la ley los descansos obligatorios remunerados dominicales con duración mínima de 24 horas a la semana lo cual equivale a jornadas laborales durante 6 días y el mencionado día de descanso (arts. 172 y 179 C S del T).

En consecuencia, existe una jornada ordinaria diurna o nocturna; adicional a ella y sólo por vía excepcional y

restrictiva está previsto el trabajo extra o suplementario permitido en las condiciones señaladas por la ley.

Se destaca que la Ley 50 de 1990 en su artículo 22 adicionó el Código Sustantivo del Trabajo (Capítulo II del Título VI, parte primera para establecer límite del trabajo suplementario en jornada adicional de 2 horas diarias y en total hasta 12 semanales; además prohibió laborar horas extras en la misma jornada de trabajo cuando esté fijada en 10 horas diarias, sin distinguir para dicho límite si se trata de labor entre semana, en día domingo o en festivo.

Por ello, la Sala concluye que el horario suplementario máximo es 2 horas al día y sólo se puede aplicar bajo el supuesto de una jornada laboral de 8 horas.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio del mecanismo previsto en el artículo 166 del Código Sustantivo del Trabajo que autoriza realizar excepcionalmente, por tratarse de labores que por su naturaleza necesitan ser atendidas sin solución de continuidad, turnos sucesivos de trabajadores que completen en total hasta 56 horas por semana.

A las situaciones descritas debe agregarse que el Código Sustantivo del Trabajo al establecer la jornada ordinaria de trabajo, no distinguió si la labor se cumple en día ordinario laboral o en día dominical o festivo.

En todo caso el tiempo continuo de 8 horas, es decir equivalente a un tercio del día, está señalado por organismos internacionales especializados en estas

materias, como la jornada que tiene reconocimiento fundado en razones de experiencia en la mayoría de sociedades organizadas y que corresponde a la preservación de la salud del trabajador y al mejoramiento de su calidad de vida.

Como se analiza adelante, al regular el legislador el trabajo en domingo o días de fiesta que se realiza en forma habitual, dispone en favor del trabajador el derecho a un descanso compensatorio remunerado en día laborable durante la semana siguiente (arts. 181 y 183 C S del T). Lo anterior significa que la voluntad del legislador está centrada en proteger el beneficio del trabajador consistente en sumar a una jornada ordinaria de 8 horas, las 16 horas restantes del día para dar cumplimiento a una pausa completa de 24 horas en ciclos proporcionales de 6 días de trabajo por uno de descanso.

En cuanto a las horas extras o suplementarios, los topes máximos de 2 horas por día y hasta 12 semanales deben ser observados de tal manera que si fueron completados en los 6 días iniciales de la semana, no podrán laborarse en exceso el día domingo o festivo de esa semana. En caso contrario, sí pueden cumplirse también horas extras durante esos días con observación del límite máximo de 2 horas adicionales a la jornada ordinaria.

De conformidad con lo anterior, la Sala considera que la jornada ordinaria de 8 horas por día, así como el límite del

trabajo suplementario en 2 horas adicionales, es aplicable también al trabajo realizado en días domingos y festivos.

En consecuencia, a partir de estos horarios debe establecerse el monto, tanto de la jornada dominical y de festivos, como los recargos en esos días por el trabajo nocturno y de horas extras o suplementario.

3. Remuneración del trabajo dominical y festivo.

Para efectos de remuneración, el legislador distingue las siguientes modalidades de trabajo para las jornadas ordinaria y suplementaria o de horas extras, así: diurna, nocturna, dominical y de día festivo y sus formas de habitual o excepcional.

El trabajo en domingo o festivo se remunera conforme lo establece el artículo 179 del C S del T cuyo texto dice:

1. El trabajo en domingo o días de fiesta **se remunera con un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas**, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa.
2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado sólo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.
3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de esta ley (se refiere a la 50 de 1990) (destaca la Sala con negrilla).

La anterior disposición ha venido entendiéndose en el sentido de que el llamado recargo del 100% consiste en el equivalente de dos salarios ordinarios, para el pago de una sola jornada ordinaria en día domingo o festivo y, en cuanto a la que tendría derecho por haber laborado la semana completa, también se causa, o sea que completa una tercera remuneración, si opta únicamente por pago en dinero.

La Sala observa que la redacción empleada por el legislador para designar el recargo sobre el salario ordinario resulta al menos confusa porque la expresión “con recargo del ciento por ciento”, en realidad equivale a dos unidades de salario básico; en otras palabras, el recargo es lo que se suma a un cargo inicial.

Una redacción más completa de la ley ha podido precisar que el trabajador a quien le corresponda laborar en dominical o día festivo, en general, tendrá derecho, cuando la remuneración sea únicamente en dinero, al pago de una jornada ordinaria (a la que tendría derecho por haber laborado el resto de la semana completa) y además, a un recargo equivalente al doble del valor del día de trabajo ordinario; en todo caso este es el sentido que la Sala le da al artículo 179 bajo análisis, sin perjuicio de la aplicación que resulte conforme a las normas subsiguientes, según se trate de jornadas excepcionales o habituales y teniendo en cuenta si hay disfrute o no de un día de descanso compensatorio en fecha distinta (arts. 180 y 181, *ibídem*).

Además, cuando el artículo 179 del C S del T establece que la remuneración del trabajo dominical y festivo, está prevista “en proporción a las horas laboradas”, la Sala estima que el sentido de la norma es determinar el pago únicamente de las horas efectivamente trabajadas dentro de la duración máxima de la jornada laboral, o sea, de 8 horas; en cambio las horas trabajadas que excedan esta jornada serán objeto de liquidación con recargos que se analizarán.

Descanso compensatorio

Los artículos 180 y 181 del C S del T hacen la distinción entre el trabajo dominical excepcional y el laborado habitualmente en día de descanso obligatorio o sea el domingo o festivo.

En relación con el trabajo excepcionalmente realizado en día de descanso obligatorio determina la ley la posibilidad para el trabajador de optar por “un descanso compensatorio remunerado” o “una retribución en dinero”, en la forma indicada en el artículo 179, ibídem.

Este derecho de escoger entre el descanso o la remuneración tiene fundamentación en la circunstancia de que tratándose de un día de trabajo en domingo o festivo laborado en forma esporádica o excepcional, es decir no de manera permanente, ni siquiera habitual, el legislador autoriza recibir solo dinero y no el descanso puesto que tanto los domingos anteriores en general, como los subsiguientes, son respetados para el descanso regular y

periódico de 24 horas previsto como esencial para todo trabajador.

En consecuencia, el trabajo excepcional desempeñado por el trabajador en jornada completa el día de descanso obligatorio, genera derecho a una de dos posibilidades:

—A recibir como remuneración un recargo del 100% en proporción al número de horas laboradas, o sea al pago doble más el correspondiente en dinero del descanso no disfrutado, con lo cual se configure el triple pago; o,

—a su elección puede escoger por el disfrute de un día de descanso compensatorio remunerado, con lo que se prescinde de uno de los pagos en dinero; es decir resultaría remuneración doble en dinero, y el disfrute compensatorio remunerado de un día de descanso en otro laborable de la semana siguiente.

Cuando el trabajador labora “habitualmente” en día de descanso obligatorio (domingo o festivo) el artículo 181 del C S del T señala el derecho que le asiste al trabajador de obtener un descanso compensatorio remunerado, “sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del C S de T”.

Lo anterior comporta, a juicio de la Sala, el sentido de disponer en favor del trabajador, el pago correspondiente a dos salarios ordinarios, o sea a una remuneración doble en dinero, más el descanso remunerado que se otorga obligatoriamente.

En síntesis, debe entenderse que cuando el trabajo dominical es habitual en jornada completa resulta imperativo pagar el valor de dos salarios ordinarios en dinero, más el disfrute de un día de descanso remunerado compensatorio.

Para el trabajo nocturno y de horas extras o suplementario prevé el artículo 168 del C S del T que existen varias modalidades para liquidar el pago, así:

- Nocturno, con recargo del 35%
- Extra diurno, con recargo del 25% y,
- Extra nocturno, con recargo del 75%

El recargo nocturno se remunera sobre el valor del trabajo diurno, los demás recargos se liquidan sobre el valor del trabajo ordinario diurno (art. 168, ibídem).

El artículo mencionado luego de establecer estos recargos, prevé en su inciso 4º:

“Cada uno de los recargos antedichos se produce de manera exclusiva, es decir, sin acumularlo con alguno otro” (la Sala destaca con negrilla).

El trabajo nocturno se remunera con un recargo del 35% “por el sólo hecho de ser nocturno”, sin distinguir si se trata de día ordinario, o de día dominical o festivo.

Dice la norma que la liquidación debe efectuarse sobre “el valor del trabajo diurno”, o sea que el recargo por concepto

de trabajo nocturno se determina aplicando el porcentaje señalado para agregarlo al equivalente de lo que correspondería a la labor ejecutada durante el día.

En este caso es necesario plantear en primer término cómo se remunera el “trabajo diurno” en dominical o festivo, para poder definir los recargos por las horas nocturnas.

Quedó establecido que se remunera con el recargo del 100%, propio de tales días, lo cual significa que al trabajo nocturno, dominical o festivo, adicionado al recargo anterior, debe sumarse el 35% más liquidado sobre la remuneración resultante.

Lo anterior significa que al pago doble o triple por tratarse de labor dominical o en día festivo, se adiciona el 35% liquidado sobre el valor de lo que correspondería al trabajo diurno (doble o triple).

En cambio en la liquidación para el trabajo extra diurno y el extra nocturno, en día dominical o festivo deben adicionarse recargos del 25% y 75%, respectivamente, pero en estos casos el legislador establece que se liquida sobre el valor del trabajo ordinario diurno, es decir, sobre la misma base con la cual se determina el recargo de la remuneración del trabajo dominical o festivo.

En consecuencia, no puede liquidarse con el incremento del 100% de tales días, sino sobre el valor del trabajo diurno ordinario como lo manda el artículo 168 del C S del T (numerales 2° y 3°).

Además los recargos por el trabajo extra o suplementario operan de manera exclusiva, es decir, sin acumularlos con ningún otro tipo de sobrerremuneración.

En síntesis conforme a las normas citadas, la Sala considera que el trabajo nocturno, dominical o festivo que no exceda la jornada de 8 horas diarias, debe remunerarse con recargo del 35% sobre el valor de los salarios que correspondan por ser domingo o festivo.

Los recargos del 25% ó 75%, operan sobre el valor del salario ordinario diurno, en la jornada suplementaria diurna o nocturna, sin perjuicio de la remuneración proporcional a las horas trabajadas equivalentes al salario doble o triple que también se paga; la extensión horaria adicional en ningún caso puede exceder de 2 horas.

La Sala responde:

1. El trabajo realizado en dominicales y festivos está sujeto a la jornada ordinaria de 8 horas; el trabajo extra o suplementario en domingo o festivo no puede exceder de 2 horas diarias adicionales a la jornada ordinaria indicada.

2. El artículo 179 del C S del T está previsto para regular la remuneración que corresponde al trabajo desempeñado en domingo o días de fiesta en proporción a las horas laboradas dentro de la jornada ordinaria de 8 horas.

Por tanto, las labores realizadas en dominicales y días festivos durante horas nocturnas o cuando excedan de las

8 horas diarias deben remunerarse al trabajador con los recargos establecidos en el artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo. Se determina la que corresponde por concepto del trabajo cumplido en la jornada ordinaria completa, de la siguiente forma:

2.1. Cuando se trata de jornada ordinaria de trabajo (8 horas) con carácter excepcional en día de descanso obligatorio (art. 180 C S del T), el trabajador tiene derecho a una de dos opciones, así:

2.1.2. Una retribución en dinero consistente en un “recargo del ciento por ciento” sobre el salario ordinario, la cual se entiende como el equivalente a un pago doble (del salario ordinario), al que se suma la remuneración ordinaria causada por haber laborado toda la semana, es decir se completa el pago triple representado en unidades de salario ordinario, o,

2.1.3. Un día de descanso compensatorio remunerado al cual debe agregarse una retribución en dinero consistente en el equivalente de dos salarios ordinarios.

2.2. Cuando se trate de trabajadores que habitualmente laboran en día domingo o festivo (art. 181, C S del T), tienen derecho únicamente a:

2.2.1. Un día de descanso compensatorio remunerado, en la semana siguiente y la retribución en dinero consistente en dos salarios ordinarios.

Teniendo en cuenta los factores para el cálculo de la remuneración de la jornada ordinaria en día domingo o festivo, el pago del recargo nocturno y de las horas extras o suplementarias, es el siguiente:

—Horas nocturnas. en día domingo o festivo, con el monto indicado en las respuestas anteriores, en proporción al tiempo laborado al que se suma un recargo del 35%, calculado sobre el valor del trabajo diurno correspondiente a ese día, o sea al salario ordinario doble o triple, según el caso.

—Horas extras en día domingo o festivo, se pagan con el monto indicado en las respuestas anteriores en proporción al tiempo laborado al que se suma un recargo del 25% y del 75% respectivamente, según se trate de extras en horario diurno o extras en horario nocturno, liquidados sobre el valor del trabajo ordinario diurno, es decir teniendo en cuenta un solo salario de los dos o tres ordinarios que recibe, según el caso.

3. Las 2 horas de trabajo suplementario permitidas durante los días dominicales o festivos se remuneran con el pago proporcional a las horas laboradas al cual se suma el recargo del 25% si se trata de hora extra diurna, o el 75% si es nocturna, aplicados estos porcentajes sobre el valor del trabajo ordinario diurno, según se precisó en la respuesta anterior.

Transcríbese al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Igualmente envíese copia a la secretaría jurídica de la Presidencia de la República.
