

Bogotá D.C.,

08SE2017120300000027978

Al responder por favor citar esté número de radicado

## URGENTE

**ASUNTO:** Respuesta Radicado No. 11EE2017120000000050044 - 2017  
Disponibilidad

Respetado(a) Señor (a)

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto a “la disponibilidad laboral”. Esta oficina se permite informarle lo siguiente:

### **Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:**

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, “*Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo*”, esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la República, es así, como los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, por mandato expreso del Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los funcionarios no estamos facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

### **Frente al caso en concreto:**

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, esta oficina haciendo uso de la función orientadora en materia de relaciones laborales, procederá a emitir el concepto conforme a la posición que tiene este Ministerio respecto el tema planteado en su consulta en los siguientes términos:

### **OBLIGATORIEDAD DE LOS TRABAJORES DE PERMANECER DISPONIBLES**

En cuanto a la obligatoriedad de laborar en una jornada superior a la máxima legal, si bien es cierto que el contrato de trabajo resulta ser eminentemente consensual y que cualquier decisión que afecte el desarrollo de la relación laboral, en lo posible, debería ser concertada, en aras de preservar el clima laboral, ello no es óbice para desconocer que el trabajador se encuentra subordinado a las ordenes emanadas del empleador.

Para facilitar el entendimiento a lo dicho, se hace necesario verificar la disposición contenida en el Artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, que dice:

*“Elementos esenciales.*

1. *Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:*

a) *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*

b) *La continuada **subordinación** o dependencia del trabajador respecto del empleador, **que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliquen al país; y,** (Subrayas fuera del texto original).*

c) *Un salario como retribución del servicio.*

2. *Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.*

Como se puede apreciar, el empleador se encuentra facultado para exigirle al trabajador, el cumplimiento de las ordenes que éste imparta, sin que el ejercicio de dichas facultades pueda implicar, que el empleador “...pueda atentar contra los derechos fundamentales, ni contra los derechos mínimos legales establecidos en el C.S.T., ni contra los derechos reconocidos a los trabajadores en el contrato de trabajo, en la convención o en los pactos colectivos de trabajo o en los laudos arbitrales, o acordados específicamente por las partes, o reconocidos unilateralmente por el empleador...”. (Corte Constitucional, Sentencia C 386 de 2000, Magistrado Ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell), motivo por el cual, al hacer uso el empleador de sus facultades subordinantes y el trabajador negarse acatarlas o cumplirlas, podría estar incumpliendo con sus obligaciones laborales y dado el caso, hacerse merecedor de las sanciones dispuestas en el régimen disciplinario dispuesto en la empresa.

## DISPONIBILIDAD

Ahora bien, aclarado lo anterior, en cuanto a la disponibilidad podemos decir que se entiende como disponibilidad, la obligación que tiene un trabajador de acudir a cumplir ciertas funciones o labores en el momento en que así se lo exija su empleador. **Mientras el trabajador está disponible, naturalmente no ejecuta ninguna labor, es decir no se ejecuta ningún trabajo, pero no necesariamente ese debe entender así.**

Respecto a si el tiempo de disponibilidad de un trabajador debe ser considerado como tiempo trabajado para efectos de la remuneración, se debe tener en cuenta que no hay norma que estipule en el Código Sustantivo del Trabajo, esta “modalidad” de labor, por tanto, se acude a lo que la Jurisprudencia ha señalado al respecto, que no es otra cosa que **si se debe pernoctar en el sitio de trabajo para la disponibilidad o permanecer en él con el mismo objetivo, se debe considerar como “tiempo laborado” y por tanto, remunerarlo como tal.**

Para el efecto se transcribe lo dicho por la Corte en forma reiterada, así:

“... 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 trabajaren 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 si el 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 laboral... 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 la facilidad de atención del servicio demandado... Más 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 duración a la jornada ordinaria...” Corte Suprema de Justicia en sentencia de Casación del 11 de mayo de 1968.

Posteriormente, la misma corte se ha pronunciado en el siguiente sentido:

*"Como se deduce de tal definición legal, el trabajo que regula el Código Sustantivo se halla vinculado en esencia al concepto ontológico de "actividad" o de esfuerzo consciente del ser humano, relacionado específicamente con su análogo de "ejecución" o de realización, expresiones estas que según el sentido filológico que les conviene y que el uso general les acuerda, confluyen a que el trabajo, en su contenido social y económico, implica un desarrollo positivo y actuante, no solo potencia o latente, de energía humana, psíquica o corporal, o mejor, de prestación efectiva de un servicio que supone tal despliegue de energía. Consecuencia del principio legal del trabajo efectivo consagrado en el artículo 5 del [Código Sustantivo del Trabajo](#) es que la llamada "disponibilidad" o sea la facultad que el patrono tiene de dar órdenes al trabajador en un momento dado y la obligación correlativa en éste de obedecerlas, no constituye en sí mismo ningún trabajo, por no darse en ella la prestación real del servicio, sino apenas la simple posibilidad de prestarlo. La sola disponibilidad es, en realidad, una equivalente de la subordinación jurídica, nota característica del contrato de*

trabajo y contribuye como tal, en caso de duda, a su debida identificación". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 11 de abril de 1970."

**"De lo anterior podemos concluir que si la disponibilidad impide al trabajador desarrollar sin limitaciones otras labores, ésta no se considera trabajo, pero sí en cambio, la disponibilidad no le ofrece al trabajador la posibilidad de ocupar su tiempo en otras actividades que le permitan obtener un ingreso, ésta se considera trabajo y por consiguiente se debe remunerar.**

*"Resulta claro que cuando la disponibilidad se debe cumplir en las instalaciones del empleador, ésta se debe considerar trabajo aun cuando no se ejecute ninguna labor, puesto que su permanencia allí obedece al poder de subordinación del empleador."* (Negrilla fuera de texto)

Así mismo, en reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN, SL5584-2017 Radicación N° 43641 Acta No.12, del cinco (5) de abril de dos mil diecisiete (2017), señalo:

*"(...) a juicio de la Corte, **el simple sometimiento del asalariado de estar a disponibilidad** y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, **le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea**, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada."*

## TRABAJO SUPLEMENTARIO

Es importante aclarar que en principio la jornada laboral será la que de común acuerdo pacten las partes, y a falta de acuerdo, se regirán por **la jornada ordinaria de trabajo** el Artículo 161 del CST, reformado por el Artículo 20 de la Ley 50 de 1990, determina:

**"Artículo 161. Duración.** La duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, (...)

De lo anterior se desprende que, dentro de la jornada máxima de trabajo, **los empleadores sólo pueden exigir a sus trabajadores ocho horas de trabajo diario como máximo, cuarenta y ocho semanales (48) y no pueden laborar más de dos horas extras diarias y doce a la semana**, conforme a lo establecido en el Artículo 22 de la Ley 50 de 1990:

**"En ningún caso las horas extras de trabajo, diurnas o nocturnas, podrán exceder de dos (2) horas diarias y doce (12) semanales."**

Por lo anterior, entendería este despacho que sin importar la jornada adoptada por el empleador bajo ningún supuesto las horas extras de trabajo, diurnas o nocturnas, podrán exceder de dos (2) horas diarias y doce (12) semanales.

En cuanto al trabajo suplementario, es importante indicar que de conformidad con el Artículo 159 del CST, se señala:

**“ARTÍCULO 159. TRABAJO SUPLEMENTARIO. Trabajo suplementario o de horas extras *es el que excede de la jornada ordinaria, y en todo caso el que excede de la máxima legal.*”**

Para que los trabajadores puedan laborar trabajo suplementario y de horas extras, se requiere en algunos casos la Autorización del Ministerio de Trabajo, tal como lo contempla el Artículo 162 numeral 2, norma que a la letra dice:

**“ARTÍCULO 162. EXCEPCIONES EN DETERMINADAS ACTIVIDADES.**

1. Quedan excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores:

- a). Los que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo;
- b). Los servicios domésticos ya se trate de labores en los centros urbanos o en el campo;

NOTA: El literal b) fue declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-372 de 1998, en el sentido de que los trabajadores domésticos que residen en la casa del patrono, no podrán tener una jornada superior a 10 horas diarias.

c). Los que ejerciten labores discontinuas o intermitentes y los de simple vigilancia, cuando residan en el lugar o sitio de trabajo;

d). Derogado por el artículo 56 del Decreto 1393 de 1970.

2. Modificado por el artículo 1o. del Decreto 13 de 1967. **Las actividades no contempladas en el presente artículo sólo pueden exceder los límites señalados en el artículo anterior, mediante autorización expresa del Ministerio del Trabajo y de conformidad con los convenios internacionales del trabajo ratificados. En las autorizaciones que se concedan se determinará el número máximo de horas extraordinarias que pueden ser trabajadas, las que no podrán pasar de doce (12) semanales, y se exigirá al empleador llevar diariamente un registro de trabajo suplementario de cada trabajador, en el que se especifique: nombre de éste, edad, sexo, actividad desarrollada, número de horas laboradas, indicando si son diurnas o nocturnas, y la liquidación de la sobreremuneración correspondiente.**

*El empleador está obligado a entregar al trabajador una relación de horas extras laboradas, con las mismas especificaciones anotadas en el libro de registro.”*

Por tanto, si el trabajador labora en la forma antedicha, la Autorización deberá obtenerla el Empleador en el Ministerio de Trabajo, de la sede principal de la Empresa, por lo que el empleador deberá prever un tiempo prudencial para tramitar dicha autorización, sin que desaparezcan las causas que justifican el trabajo suplementario. Igualmente, el empleador debe tener en cuenta que no podrá sobrepasar de doce (12) horas extras semanales, así mismo el empleador debe llevar diariamente un registro de trabajo suplementario de cada trabajador, en el que se especifique: nombre de éste, edad, sexo, actividad desarrollada, número de horas laboradas, indicando si son diurnas o nocturnas, y la liquidación de la sobreremuneración correspondiente.

## REMUNERACIÓN DEL TRABAJO SUPLEMENTARIO

*Para su remuneración, se tendrá en cuenta lo dispuesto por el Artículo 168 del mismo código, que señala:*

### ***“Tasas y liquidación de recargos.***

- 1. El trabajo nocturno por el solo hecho de ser nocturno se remunera con un **recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno**, con excepción del caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 (artículo. 161 CST) literal c) de esta ley.***
- 2. El trabajo extra diurno se remunera con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.***
- 3. El trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.***
- 4. Cada uno de los recargos antedichos se produce de manera exclusiva, es decir, sin acumularlo con alguno otro.***

Tal y como se observa, el trabajo extra o suplementario no puede ser compensado en tiempo, sino que por disposición legal se debe pagar con el recargo que ha establecido la ley para cada caso.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web [www.mintrabajo.gov.co](http://www.mintrabajo.gov.co), en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ ORIGINAL FIRMADO ]

**MARISOL PORRAS MENDEZ**

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica

Elaboró: Carolina M.

Revisó: María T. Gil

Aprobó: Marisol P.

C:\Users\ZUHAUSE\Desktop\CAROLINA\NORMAL\50044 DISPONIBILIDAD LABORAL\11EE201712000000050044 RP.docx