

Bogotá D.C.,

Al responder por favor citar esté número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 11EE201612000000014857 del 28 de Octubre de 2016
Pago de Dominicales / Días Compensatorios / Descanso Dominical en día diferente al domingo.

Respetado Señor Uribe, reciba un cordial saludo:

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto a:

- “1. *¿El trabajador que labora tres domingos en un mismo mes (trabajo habitual), tendrá derecho a tres días de descanso compensatorios remunerados, aparte del día de descanso obligatorio que dispone Artículo 127 del C.S.T?*
2. *¿Es procedente que esos días de descanso compensatorios por trabajo habitual en días que obligatoriamente deba concederse el descanso, se pueden pagar en dinero de manera parcial o total?*
3. *¿Se puede convenir entre empleador y trabajador que el día de descanso obligatorio sea un día diferente al dominical?”.*

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:

Página 1 de 9

1. **¿El trabajador que labora tres domingos en un mismo mes (trabajo habitual), tendrá derecho a tres días de descanso compensatorios remunerados, aparte del día de descanso obligatorio que dispone Artículo 127 del C.S.T?**

Procedemos a señalar **la posición de esta Oficina Asesora sobre la remuneración del trabajo dominical y/o festivo, en los siguientes términos:**

Como primera consideración, es preciso indicar que la normativa laboral contempla en el Artículo 172 del Código Sustantivo del Trabajo que el empleador se encuentra obligado a conceder un descanso remunerado a todos sus trabajadores, el cual deberá tener una duración mínima de 24 horas. En virtud de lo anterior, debe entenderse que el salario mensual del trabajador incluye el valor del descanso obligatorio remunerado con el mismo valor de cualquier día ordinario de trabajo, tal como se encuentra dispuesto en el Numeral 1° del Artículo 173 y el Numeral 2° del Artículo 174 del C.S.T., los cuales rezan lo siguiente:

“ARTÍCULO 173. REMUNERACIÓN. <Artículo modificado por el Artículo 26 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. *El empleador debe remunerar el descanso dominical con el salario ordinario de un día, a los trabajadores que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no falten al trabajo, o que, si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o por disposición del empleador. (...)*

“ARTÍCULO 174. VALOR DE LA REMUNERACIÓN.

(...)

2. *En todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario acudir a lo dispuesto por el Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición que de manera expresa regula la forma como debe remunerarse el trabajo dominical y en días festivos, el cual textualmente señala:

“ARTÍCULO 179. TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO. <Artículo modificado por el Artículo 26 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>

1. *El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.*
2. *Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo 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 la Ley 50 de 1990.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador podrá convenir con el empleador su día de descanso obligatorio el día sábado o domingo, que será reconocido en todos sus aspectos como descanso dominical obligatorio institucionalizado.

Interprétese la expresión dominical contenida en el régimen laboral en este sentido exclusivamente para el efecto del descanso obligatorio.

Las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 se aplazarán en su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley hasta el 1o. de abril del año 2003.

PARÁGRAFO 2o. Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario”.

Para aclarar el tema, es prudente acudir a la Sentencia Expediente 10.079, de diciembre de 1997 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual analiza el artículo 179 de Código Sustantivo del Trabajo, antes de la reforma de la Ley 789 de 2002, y en cuyas consideraciones si bien se hace alusión al recargo del trabajo dominical del 100% - y no del 75% como se encuentra actualmente establecido -, los demás aspectos se mantiene incólumes y por ende, resultan aplicables al caso en estudio.

La Alta Corporación así lo señaló:

“... en armonía con el artículo 180 del C.S.T., que si un trabajador particular, con modalidad de sueldo mensual, opta por el pago del recargo en dinero por haber trabajado toda la jornada laboral esporádicamente un domingo, tiene derecho al pago doble de ese día en relación con su salario ordinario, sin perjuicio de la remuneración del descanso, la cual se entiende incluida en su respectivo sueldo mensual.

*Así por ejemplo, un trabajador que elija el pago del recargo en dinero y tenga un sueldo mensual de \$300.000.00 (si trabaja un domingo el mismo número de horas de la jornada ordinaria diaria de los otros días de la semana) tiene derecho a \$20.000.00 por el trabajo en ese domingo, **sin perjuicio de los \$10.000.00 del descanso remunerado por haber laborado la semana, los que no deben pagarse adicionalmente porque están incluidos en el sueldo.** (resaltado y subrayado fuera de texto)*

En cambio, de conformidad con el artículo 13 ibídem, un trabajador particular que labore habitualmente en día domingo tiene derecho tanto a un descanso compensatorio remunerado como al recargo en dinero atrás mencionado.”

En la precitada sentencia, la Corte señala la forma de liquidar el dominical, al indicar que quien trabajara el domingo tenía derecho al pago doble en vigencia del Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo antes de la modificación introducida por la Ley 789 de 2002, sin perjuicio de la remuneración del descanso por haber trabajado la semana completa, la cual se entendía incluida en el salario.

Ahora bien, la Ley 789 de 2002 modificó el porcentaje del recargo dominical disminuyéndolo del 100% al 75%, pero en nada modificó la forma de aplicar dicho porcentaje a la hora de remunerar el trabajo en día de descanso obligatorio, lo cual significa que quien labore en la actualidad un día domingo o festivo devengará un recargo del 1.75%, discriminado así: 1 por haber laborado el domingo (equivalente al valor del trabajo ordinario) y 0.75 que es el recargo establecido por haber laborado ese día, pago que no excluye la remuneración del descanso obligatorio que ya se encuentra incluida en el salario del trabajador.

En suma, el trabajador devengará 2.75% por el trabajo en día domingo y/o festivo, así: 1 por el descanso obligatorio que ya se encuentra comprendido en el salario, 1 por haber laborado el domingo (equivalente al valor del trabajo ordinario) y 0.75 a título de recargo por el trabajo dominical.

A título de ejemplo y para mayor claridad, a continuación se propone la liquidación del recargo dominical utilizando el porcentaje establecido por la Ley 789 de 2002 (75%) aplicado al caso de un trabajador que devengue un salario de \$1.000.000:

Si el trabajador labora un domingo el mismo número de horas de la jornada ordinaria diaria de los otros días de la semana tiene derecho a \$58.333.33, discriminados así: a) \$33.333.33 equivalentes a un día de trabajo ordinario y b) \$25.000 equivalentes al recargo del 75% por el trabajo dominical, sin perjuicio de los \$33.333.33 por el descanso remunerado por haber laborado la semana, los que no deben pagarse adicionalmente porque están incluidos en el sueldo de \$1.000.000 devengados por el trabajador.

En este orden de ideas y una vez expuesta la postura respecto del recargo dominical, procedemos a analizar la remuneración de las horas extras en día domingo y/o festivo.

Si bien, la ley estableció en la reglamentación del trabajo en días dominicales y festivos el recargo del 75% sobre el salario ordinario, no mencionó qué pasaba con el trabajo suplementario y el trabajo nocturno en esos mismos días.

Al respecto, considera la Oficina que el silencio normativo no significa que la norma excluyera o hubiera eliminado los recargos correspondientes. Por el contrario, dentro del régimen de jornada laboral deben incluirse las labores desarrolladas en días de descanso obligatorio, es decir, si el trabajador labora en días domingos y festivos, es indiscutible que la labor ha de sujetarse a la jornada ordinaria o la máxima legal y

así mismo, deberá tenerse en cuenta si se cumple en horario diurno o nocturno, y si se trabaja tiempo suplementario u horas extras para efectos de la remuneración.

En consecuencia, se tiene que las primeras 8 horas que se trabajan dentro de las 24 horas del dominical o festivo el trabajador tiene derecho a percibir un recargo del 1.75%, así: a) 1.00 por el día trabajado, y b) un recargo del 0.75 por el trabajo dominical en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical.

Si se labora en la jornada nocturna en el lapso de las diez (10) de la noche a las seis (6) de la mañana tiene derecho a percibir: un recargo del 1.75%, así: a) 1.00 por el día trabajado, b) un recargo del 0.75 por el trabajo dominical en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical, y adicionalmente un recargo del 35% por ser trabajo nocturno.

Si se laboran más de las 8 horas en el horario diurno que es el comprendido entre las seis (6) de la mañana a las diez (10) de la noche, tiene derecho a percibir un recargo del 1.75%, así: a) 1.00 por el día trabajado, b) un recargo del 0.75 por el trabajo dominical en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical, y adicionalmente un recargo del 25% por ser trabajo extra diurno.

Si se laboran más de las 8 horas en el horario nocturno, tiene derecho a percibir un recargo del 1.75%, así: a) 1.00 por el día trabajado, b) un recargo del 0.75 por el trabajo dominical en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical, y adicionalmente un recargo del 75% por ser trabajo extra nocturno.

En conclusión, quien trabaja horas extras -diurnas o nocturnas- o en jornada nocturna en domingos o festivos, ha de percibir una retribución superior frente a la de quien realiza esta misma labor en cualquier otro día de la semana. También se concluye que los recargos por horas extras y trabajo nocturno en días domingos y festivos, no se acumulan con los recargos por trabajo dominical, sino que cada uno de ellos opera por separado.

En relación con los días compensatorios por el trabajo en domingos o festivos, el artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 26 de la Ley 789 de 2002 define en el parágrafo 2° que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos (2) domingos durante el mes calendario, y es habitual cuando éste labora tres (3) o más domingos durante el mes calendario.

Respecto de la labor en día de descanso obligatorio cuando es ocasional, el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 30 de la Ley 50 de 1990, dispone que el trabajador tiene derecho "a un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero, a su elección, en la forma prevista en el artículo anterior".

Cuando dicha labor en día de descanso obligatorio es habitual, el artículo 181 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 31 de la Ley 50 de 1990, establece que el trabajador tiene derecho "a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo".

En consecuencia, es preciso señalar que independientemente de la habitualidad u ocasionalidad del trabajo dominical, la remuneración del recargo en uno u otro caso será la misma; lo único que varía es el descanso compensatorio así: a) será optativo entre el descanso compensatorio y la retribución en dinero, cuando el trabajo dominical sea ocasional y b) será obligatorio junto con la retribución en dinero cuando el trabajo dominical sea habitual.

En resumen, se tiene:

Cuando el trabajador labore habitualmente en día dominical y/o festivo, tiene derecho a percibir: a) 1 por haber laborado el domingo (equivalente al valor del trabajo ordinario), b) 0.75 que es el recargo establecido por haber laborado ese día, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical, c) tiene derecho además a un día de descanso compensatorio remunerado.

Si la labor en días de descanso obligatorio es excepcional, el trabajador tiene derecho a percibir: a) 1 por haber laborado el domingo (equivalente al valor del trabajo ordinario) y b) 0.75 que es el recargo establecido por haber laborado ese día ó puede optar por un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical.

De acuerdo al artículo preinserto, todos los trabajadores, tienen derecho al descanso remunerado en los días de fiesta de carácter civil o religioso.

Así las cosas esta Oficina Asesora Jurídica considera que **la habitualidad u ocasionalidad, que genera el reconocimiento del día compensatorio, se determina por el trabajo en el día de descanso obligatorio, es decir el día DOMINGO**

En consecuencia, no obstante se remunerará el trabajo en día festivo con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) **sobre el salario ordinario** en proporción a las horas laboradas, igual que el trabajo en domingos, **ello NO significa que habría derecho a otorgar dos días de descanso compensatorio cuando se labore en la misma semana el domingo y un festivo.**

2. ***¿Es procedente que esos días de descanso compensatorios por trabajo habitual en días que obligatoriamente deba concederse el descanso, se pueden pagar en dinero de manera parcial o total?***

Al respecto, el Artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo ha contemplado lo siguiente:

ARTÍCULO 134. PERIODOS DE PAGO.

1. *El salario en dinero debe pagarse por periodos iguales y vencidos, en moneda legal. El periodo de pago para los jornales no puede ser mayor de una semana, y para sueldos no mayor de un mes.*

2. *El pago del trabajo suplementario o de horas extras y el del recargo por trabajo nocturno debe efectuarse junto con el salario ordinario del periodo en que se han causado, o a más tardar con el salario del periodo siguiente.*

Quiere decir esto, que tan pronto como se termine el periodo pactado, el empleador debe pagar el salario a sus trabajadores. Ahora, el Artículo 134 del Código Sustantivo del Trabajo, contempla una excepción en cuanto al plazo para pagar el trabajo suplementario y el recargo nocturno. Quiere decir lo anterior, que el salario debe pagarse en el periodo causado, pero tratándose del trabajo suplementario, es decir de las horas extras, y los recargos nocturnos, estos se pueden pagar en el periodo siguiente, lo que implica que el empleado sólo podrá exigir su pago en el siguiente periodo.

Es de anotar, que tal y como se observa en el articulado, esta excepción no cobija los recargos dominicales y festivos, ni las comisiones, por lo que estas deberán pagarse junto con el salario en el mismo periodo en el que se hayan causado. Por lo anterior, entendiendo que el contrato laboral por ser de naturaleza consensual, las partes (empleador y trabajador) podrían llegar de mutuo acuerdo al pago parcial o total de estos pagos, siempre que no sobrepasen el periodo en el que se causó el descanso compensatorio.

3. ***¿Se puede convenir entre empleador y trabajador que el día de descanso obligatorio sea un día diferente al dominical?''.***

Del tenor literal del Parágrafo 1° del Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, anteriormente mencionado, se colige claramente la intención del legislador de permitir al trabajador tomar su descanso dominical el día sábado o el domingo.

De lo anterior se desprende entonces que la legislación laboral **sólo permite que el descanso dominical sea tomado el día sábado y no otro día de la semana; de manera que, si el trabajador labora todos los**

domingos tomando el descanso obligatorio otro día de la semana sin que este sea el sábado o el domingo, se entenderá que el trabajador labora habitualmente los domingos.

Así mismo es pertinente indicar que el Artículo 183 del Código Sustantivo del Trabajo, establece las formas como puede darse el descanso compensatorio, así:

“ARTÍCULO 183. FORMAS DEL DESCANSO COMPENSATORIO.

El descanso semanal compensatorio puede darse en alguna de las siguientes formas:

- 1. En otro día laborable de la semana siguiente, a todo el personal de un establecimiento, o por turnos.*
- 2. Desde el medio día o a las trece horas (1 p.m.) del domingo, hasta el medio día o a las trece horas (1 p.m.) del lunes”. (Subrayado fuera de texto)*

Así las cosas, si el legislador de forma expresa reguló las condiciones bajo las cuales el trabajador debe tomar el descanso compensatorio cuando labora en día dominical, no sería procedente que el empleador le conceda dicho descanso en una época u horario diferente.

Finalmente le manifestamos que el día de descanso obligatorio deberá ser pactado por el empleador y el trabajador y estipularlo en el contrato laboral, razón por la cual el empleador no podrá otorgar a su antojo o conveniencia. E igualmente entendería esta oficina que el descanso dominical cuando sea tomado el día sábado únicamente no deberá ser remunerado como trabajo dominical sino como cualquier otro día a la semana **pero si el día de descanso obligatorio es tomado por el trabajador otro día de la semana diferente al sábado o domingo, se entenderá que el trabajador labora habitualmente los domingos y se deberá cancelar con los recargos correspondientes por parte del empleador de conformidad con el Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo.**

No obstante, si el día sábado por ejemplo se toma como día de descanso obligatorio y el trabajador presta sus servicios en este día el mismo se deberá cancelar por el empleador con los recargos a que haya lugar como un dominical.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web 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]

LEIDY YADIRA RODRIGUEZ GONZALEZ

Coordinadora (E)

Grupo de Atención de Consultas en materia laboral de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Carolina M. 01/04/2017

Revisó: Marisol P.

Aprobó: Leidy R.

C:\Users\Amejiam\Desktop\SUBIDO A BABEL 28 DE JUNIO DE 2017\14857 PAGO DE DOMINICALES COMPENSATORIO DIA DE DESCANSO DIFERENTE AL DOMINGO\11EE201612000000014857 RP.docx