

Bogotá D.C.,

08SE2017120300000032018

Al responder por favor citar esté número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Radicado 11EI201712000000009346 - 2017
Improcedencia notificación por correo electrónico

Respetado(a) Señor(a)

De manera atenta le damos respuesta a su comunicación radicada con el número del asunto, en la que consultó lo siguiente:

“(…)

1. *¿El salario pagado, fue cancelado en debida forma?*
2. *¿Cuáles eran las obligaciones del empleador en cumplimiento del contrato de trabajo?*
3. *¿Es posible reclamar las cotizaciones dejadas de cancelar por el empleador al sistema de seguridad social?*
4. *¿Hay lugar al pago de las horas extras laboradas?*
5. *¿Qué debo hacer para garantizar mis derechos como trabajadora? (...)*”

Esta Oficina Asesora Jurídica absuelve de modo general las consultas con relación a las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011, sin que le sea posible pronunciarse de manera particular y concreta por disposición legal. En tal sentido, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 41 del Decreto Ley 2351 de 1965, modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000, dispone **que los funcionarios de este Ministerio no quedan facultados para declarar derechos individuales, ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces de la República.**

Obligaciones del empleador:

Ahora bien, para que se configure un contrato de trabajo, es necesario que concurren los elementos esenciales señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual dispone:

“ARTICULO 23. Elementos esenciales. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos elementos esenciales:

- a) *La actividad personal del trabajador;*
 - 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 del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y*
 - 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”.*

De conformidad con lo anterior, en el evento de desempeñar una actividad personal, continua, subordinada y remunerada, independientemente de la denominación y de la jornada de trabajo, nace entre las partes un vínculo laboral con las respectivas obligaciones que se derivan de todo contrato de trabajo, esto es, el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, seguridad social e indemnizaciones que se causen, al momento de la terminación del contrato de trabajo.

Lo anterior, por cuanto el criterio para determinar la existencia de un contrato de tipo laboral no es la intensidad de la jornada de trabajo o si el trabajador debe laborar todos los días de la semana o si se fija un salario diario, o si se tiene un jefe; sino la presencia de los elementos señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, prestación personal del servicio, remuneración (salario) y subordinación.

Si se reúnen los elementos consagrados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, el vínculo contractual será de naturaleza laboral, en cualquiera de sus modalidades, es decir, verbal, escrito, por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.

En este caso, no sólo tendría derecho al pago de un salario sino a las prestaciones sociales (cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías), así como al reconocimiento de vacaciones, auxilio de transporte, calzado y vestido de labor, pago de aportes parafiscales (Sena, ICBF, Caja de Compensación Familiar) y además al pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales.

Respecto de las obligaciones del empleador, los artículos 55, 56 y 57 del Código Sustantivo del Trabajo establecen lo siguiente:

“ARTICULO 55. EJECUCION DE BUENA FE. El contrato de trabajo, como todos los contratos, deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella.

ARTICULO 56. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN GENERAL. De modo general, incumben al {empleador} obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el {empleador}.

ARTICULO 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL {EMPLEADOR}. Son obligaciones especiales del {empleador}:

- 1. Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores.*
- 2. Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.*
- 3. Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad. A este efecto en todo establecimiento, taller o fábrica que ocupe habitualmente más de diez (10) trabajadores, deberá mantenerse lo necesario, según reglamentación de las autoridades sanitarias.*
- 4. Pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos.*
- 5. Guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos.*
- 6. <Aparte tachado INEXEQUIBLE, el resto del numeral CONDICIONALMENTE exequible> <Ver Notas del Editor> Conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio*1; para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación*2; en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada*3; para desempeñar comisiones sindicales*4 inherentes a la organización o para asistir al entierro de sus compañeros, siempre que avise con la debida oportunidad al {empleador} o a su representante y que, en los dos (2) últimos casos, el número de los que se ausenten no sea tal que perjudique el funcionamiento de la empresa. En el reglamento de trabajo se señalarán las condiciones para las licencias antedichas. Salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del {empleador}.*

7. Dar al trabajador que lo solicite, a la expiración de contrato, una certificación en que consten el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado; e igualmente, si el trabajador lo solicita, hacerle practicar examen sanitario y darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiere sido sometido a examen médico. Se considera que el trabajador, por su culpa, elude, dificulta o dilata el examen, cuando transcurrido cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta donde el médico respectivo para la práctica del examen, a pesar de haber recibido la orden correspondiente.

8. Pagar al trabajador los gastos razonables de venida y de regreso, si para prestar sus servicios lo hizo cambiar de residencia, salvo si la terminación del contrato se origina por culpa o voluntad del trabajador. Si el trabajador prefiere radicarse en otro lugar, el {empleador} le debe costear su traslado hasta la concurrencia de los gastos que demandaría su regreso al lugar donde residía anteriormente. En los gastos de traslado del trabajador, se entienden comprendidos los de los familiares que con el convivieren; y

9. Cumplir el reglamento y mantener el orden, la moralidad y el respeto a las leyes.

10. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> <Numeral adicionado por el artículo 1 de la Ley 1280 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia.

PARÁGRAFO. Las EPS tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia.

11. <Numeral adicionado por el artículo 3o. de la Ley 1468 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Conceder en forma oportuna a la trabajadora en estado de embarazo, la licencia remunerada consagrada en el numeral 1 del artículo 236, de forma tal que empiece a disfrutarla de manera obligatoria una (1) semana antes o dos (2) semanas antes de la fecha probable del parto, según decisión de la futura madre conforme al certificado médico a que se refiere el numeral 3 del citado artículo 236”.

La Ley 100 de 1993 establece, en sus artículos 22, 23, 24, 210 y 271, lo siguiente:

“ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de

cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

ARTÍCULO 23. SANCIÓN MORATORIA. *Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.*

Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente.

ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. *<Ver Notas del Editor> Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo. (...)*

ARTÍCULO 210. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. *Se establecerán las mismas sanciones contempladas en los artículos 23 y 271 de la presente Ley para los empleadores que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a escoger libre y voluntariamente la Entidad Promotora de Salud a la cual desee afiliarse. También le son aplicables las sanciones establecidas para quien retrase el pago de los aportes.*

PARÁGRAFO. *Ningún empleador de sector público o privado está exento de pagar su respectivo aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. *<La competencia asignada en este artículo al Ministerio de Salud, será ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud. Ver Notas de Vigencia> El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en*

cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud<1> en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios”.

Por otra parte, el Decreto 1295 de 1994, en su artículo 21, establece lo siguiente:

“ARTICULO 21. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable:

- a. Del pago de la totalidad de la cotización de los trabajadores a su servicio;*
- b. Trasladar el monto de las cotizaciones a la entidad administradora de riesgos profesionales<1> correspondiente, dentro de los plazos que para el efecto señale el reglamento;*

Concordancias

- c. Procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo;*
- d. Programar, ejecutar y controlar el cumplimiento del programa de salud ocupacional<1> de la empresa, y procurar su financiación;*
- e. Notificar a la entidad administradora a la que se encuentre afiliado, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales;*
- f. <Literal derogado por el parágrafo 2o. del artículo 65 de la Ley 1429 de 2010>*
- g. <Literal modificado por el artículo 26 de la Ley 1562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Facilitar los espacios y tiempos para la capacitación de los trabajadores a su cargo en materia de salud ocupacional<1> y para adelantar los programas de promoción y prevención a cargo de las Administradoras de Riesgos Laborales.*

h. Informar a la entidad administradora de riesgos profesionales<1> a la que esta afiliado, las novedades laborales de sus trabajadores, incluido el nivel de ingreso y sus cambios, las vinculaciones y retiros.

PARAGRAFO. Son además obligaciones del empleador las contenidas en las normas de salud ocupacional<1> y que no sean contrarias a este decreto.

PARÁGRAFO 2o. <Parágrafo adicionado por el artículo 26 de la Ley 1562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Referente al teletrabajo, las obligaciones del empleador en Riesgos Laborales y en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST son las definidas por la normatividad vigente”.

Jornada laboral y descanso remunerado:

la **duración de la jornada ordinaria de trabajo**, que se encuentra regulada por el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, así:

“ARTICULO 161. DURACION. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana (...).”

Por tanto, la jornada ordinaria máxima de trabajo es de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) horas semanales. De suerte que, una jornada diaria o semanal superior a la ordinaria, supondría trabajo suplementario o de horas extras. Sin que los trabajadores puedan laborar más de dos (2) horas extras diarias y doce (12) 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.”

Como se indicó anteriormente, las horas de trabajo que excedan la jornada ordinaria máxima de trabajo serán trabajo suplementario o de horas extras y por lo tanto, habrá lugar al pago de los recargos de que trata el artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 24 de la Ley 50 de 1990, en donde se establece que:

“ARTICULO 168. TASAS Y LIQUIDACION DE RECARGOS. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

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 <161> 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”.

En ese orden de ideas, si la empresa requiere aumentar la jornada ordinaria, deberá acudir ante la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo donde tenga su domicilio principal y solicitar la respectiva autorización, en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 162, que determina:

ARTICULO 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). <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Los servicios domésticos ya se trate de labores en los centros urbanos o en el campo;

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

d). <Literal derogado por el artículo 56 del Decreto 1393 de 1970.>

2. <Numeral modificado por el artículo 1o. del Decreto 13 de 1967. El nuevo texto es el siguiente:> **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} esta obligado a entregar al trabajador una relación de horas extras laboradas, con las mismas especificaciones anotadas en el libro de registro”. (Negrita y subrayado fuera de texto)

En relación con la autorización que se debe solicitar al Ministerio del Trabajo, los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 995 de 1968, compilados en el Decreto 1072 del 26 de mayo de 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, se reguló lo concerniente a la autorización para desarrollar trabajo suplementario, el registro del trabajo suplementario y las excepciones en casos especiales, así:

“Artículo 2.2.1.2.1.1. Autorización para desarrollar trabajo suplementario. 1. Ni aún con el consentimiento expreso de los trabajadores, los empleadores podrán, sin autorización especial del Ministerio del Trabajo, hacer excepciones a la jornada máxima legal de trabajo.

2. A un mismo tiempo con la presentación de la solicitud de autorización para trabajar horas extraordinarias en la empresa, el empleador debe fijar, en todos los lugares o establecimientos de trabajo por lo menos hasta que sea decidido lo pertinente por el Ministerio del Trabajo, copia de la respectiva solicitud; el Ministerio, a su vez, si hubiere sindicato o sindicatos en la empresa, les solicitará concepto acerca de los motivos expuestos por el empleador y les notificará de ahí en adelante todas las providencias que se profieran.

3. Concedida la autorización, o denegada, el empleador debe fijar copia de la providencia en los mismos sitios antes mencionados, y el sindicato o sindicatos que hubiere tendrán derecho, al igual que el empleador a hacer uso de los recursos legales contra ella, en su caso.

4. Cuando un empleador violare la jornada máxima legal de trabajo y no mediare autorización expresa del Ministerio del Trabajo para hacer excepciones, dicha violación aún con el consentimiento de los trabajadores de su empresa, será sancionada de conformidad con las normas legales.

(Decreto 995 de 1968, art.1)

Artículo 2.2.1.2.1.2. Registro del trabajo suplementario. En las autorizaciones que se concedan se exigirá al empleador llevar diariamente, por duplicado, un registro del trabajo suplementario de cada trabajador, en el que se especifique: nombre de éste, edad, sexo, actividad desarrollada, número de horas laboradas, con indicación de si son diurnas o nocturnas, y la liquidación de la sobre-remuneración correspondiente. El duplicado de tal registro será entregado diariamente por el empleador al trabajador, firmado por aquel o por su representante. Si el empleador no cumple con este requisito se le revocará la autorización.
(Decreto 995 de 1968, art.2)

Artículo 2.2.1.2.1.3. Excepciones en casos especiales. El límite máximo de horas de trabajo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo, puede ser elevado por orden del empleador y sin permiso del Ministerio del Trabajo, por razón de fuerza mayor, caso fortuito, de amenazar u ocurrir algún accidente, o cuando sean indispensables trabajos de urgencia que deban efectuarse en las máquinas o en la dotación de la empresa; pero únicamente se

permite el trabajo en la medida necesaria para evitar que la marcha normal del establecimiento sufra una perturbación grave. El empleador debe anotar en un registro ciñéndose a las indicaciones anotadas en el artículo anterior, las horas extraordinarias efectuadas de conformidad con el presente artículo.

(Decreto 995 de 1968, art.3)” (Negrita y subrayado fuera de texto)

Respecto al trabajo en día dominical y/o festivo, determinan los artículos 172, 179, 180 y 181 del Código Sustantivo del Trabajo, lo siguiente:

“ARTICULO 172. NORMA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo la excepción consagrada en el literal c) del artículo 20 <161> de esta ley el empleador esta obligado a dar descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores. Este descanso tiene duración mínima de veinticuatro (24) horas.

“ARTICULO 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.

“ARTICULO 180. TRABAJO EXCEPCIONAL. <Artículo modificado por el artículo 30 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El trabajador que labore excepcionalmente el día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero, a su elección, en la forma prevista en el artículo anterior.

Para el caso de la jornada de treinta y seis (36) semanales previstas en el artículo 20 literal c) de esta ley, <161 c.s.t.> el trabajador solo tendrá derecho a un descanso compensatorio remunerado cuando labore en domingo.

“ARTICULO 181. DESCANSO COMPENSATORIO. <Artículo modificado por el artículo 31 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio 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 el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de esta ley <161 c.s.t.>, el trabajador solo tendrá derecho a un descanso compensatorio remunerado cuando labore en domingo”.

Teniendo en cuenta lo dicho en el párrafo 2º del artículo 179 transcrito, el trabajo dominical es:

- **Ocasional:** cuando se laboren hasta dos domingos al mes, caso en el cual, el trabajador a su elección podrá optar por lo dispuesto en el artículo 180, que determina el derecho a un día de descanso compensatorio remunerado o a una retribución en dinero, cual sería el recargo de que trata el numeral 1º del artículo 179, a elección del trabajador.
- **Habitual:** cuando se laboren más de dos domingos al mes, caso en el cual, en virtud de lo expresado por el artículo 181 transcrito, 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, luego, el trabajador que labora habitualmente los domingos, tendría derecho a un descanso compensatorio remunerado por cada dominical laborado, además del pago del recargo de que trata el numeral 1º del artículo 179.

En cuanto al descanso remunerado en otros días de fiesta, determina el artículo 177 del Código Sustantivo del Trabajo:

“ARTICULO 177. REMUNERACION. <Artículo modificado por los artículos 1o. y 2o. de la Ley 51 de 1983. El nuevo texto es el siguiente:> (...).

1. Todos los trabajadores, tanto del sector público como del sector privado, tienen derecho al descanso remunerado en los siguientes días de fiesta de carácter civil o religioso: primero de enero, seis de enero, diecinueve de marzo, primero de mayo, veintinueve de junio, veinte de julio, siete de agosto, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, once de noviembre, ocho de

diciembre y veinticinco de diciembre, además de los días jueves y Viernes Santos, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús.

2. Pero el descanso remunerado del seis de enero, diecinueve de marzo, veintinueve de junio, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, once de noviembre, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús cuando no caigan en día lunes se trasladarán al lunes siguiente a dicho día.

Cuando las mencionadas festividades caigan en domingo el descanso remunerado igualmente se trasladará al lunes.

3. Las prestaciones y derechos que para el trabajador origina el trabajo en los días festivos, se reconocerán en relación al día de descanso remunerado establecido en el inciso anterior (...)."

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.

Es decir, 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 (10) diez 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 ese orden de ideas, 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 párrafo 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".

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 día 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 o puede optar por un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical.

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, según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

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 implique que el empleador "(...) pueda atender 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 empleado (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C 386 de 2000, Magistrado Ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell).

En ese orden de ideas, el empleador y el trabajador no pueden celebrar acuerdos o pactos, que desmejoren las condiciones mínimas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, pactando una jornada de trabajo superior a la máxima legal.

Para concluir, si considera se está presentando infracciones a la normatividad laboral, puede acudir ante el Inspector de Trabajo, para que este Ministerio, probadas las mismas, imponga las sanciones administrativas correspondientes. Si estima que sus derechos o los de un tercero, de carácter laboral, están siendo vulnerados, puede exponer la situación presentada ante la jurisdicción laboral, por ser el Juez del Trabajo el único funcionario competente para declarar derechos y definir situaciones jurídicas laborales, previo el trámite de un proceso laboral.

La presente respuesta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1° 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 o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Finalmente, invitamos a que visite la página web del Ministerio del Trabajo www.mintrabajo.gov.co, en la sección normatividad, en donde pondrá consultar diversos conceptos sobre la normatividad laboral y de seguridad social expedidos por la Oficina Asesora Jurídica.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

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

Transcriptor- Proyectó: D. Adames
Revisó: María Teresa G.
Aprobó: Marisol P.

Ruta electrónica: C:\Users\Usuario\Dropbox\Ministerio del Trabajo-Grupo de Consultas\2017\Noviembre\Noviembre semana 5\Babel 9346 contrato de trabajo Magda Lilibeth Gonzalez Lopez.docx