

Bogotá,

08SE2018120300000026764

Al responder por favor citar esté número de radicado

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 02EE2018410600000031851
Pago de Dominicales y Festivos.

Respetados Señores, reciban un cordial saludo:

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto a “pago de dominicales y festivos”. 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:

PAGO DE DOMINICAL Y FESTIVO

Con respecto a sus inquietudes, cabe manifestar que en atención a lo normado por el Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, la forma de remuneración del día dominical laborado es el 1.75%, pues la disposición contempla esta forma de pago al establecer que el trabajo en días dominicales se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento adicional al salario ordinario. Es decir, cuando el Empleador disponga que el trabajador labore en días dominicales o festivos, la remuneración de este día dominical o festivo está conformado por el valor de un día laboral ordinario, más el adicional del 0.75% del valor del día, por el solo hecho de trabajar en domingo o festivo, en atención a lo normado por el Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que a la letra dice en su parte pertinente.

“Artículo 179- Trabajo dominical y festivo -

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 ... “(resaltado fuera de texto)

Es preciso mencionar, que todo Empleador debe cancelar un día de descanso remunerado obligatorio a todo trabajador que labore la semana completa o que no habiendo laborado algunos días de ella, lo haya hecho por causa justificada, v. gr. la incapacidad laboral, debidamente acreditada. El fundamento se encuentra en el Artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición que a la letra dice:

“Artículo 173 – Remuneración

- 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.**
- 2. Se entiende por justa causa el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor y el caso fortuito.*
- 3. No tiene derecho a la remuneración del descanso dominical el trabajador que deba recibir por eso mismo día un auxilio o indemnización en dinero por enfermedad o accidente de trabajo.*
- 4. Para los efectos de este artículo, los días de fiesta no interrumpen la continuidad y se computan como si en ellos se hubiera prestado el servicio por el trabajador.*
- 5. Cuando la jornada de trabajo convenida por las partes, en días u horas, no implique la prestación de servicios en todos los días laborales de la semana, el trabajador tendrá derecho a la remuneración del descanso dominical en proporción al tiempo laborado”*

En suma, el trabajador que labore en día dominical o festivo devengará el 2.75% por el trabajo en día domingo o festivo, así: 1.75% por haber laborado el domingo equivalente al valor del trabajo ordinario y a título de recargo por trabajar en dominical y 1 por el descanso obligatorio semanal que ya se encuentra comprendido en la nómina de salario.

OCASIONALIDAD O HABITUALIDAD DEL TRABAJO EN DOMINGO

Ahora bien, se considera oportuno establecer la clara diferencia que trae el Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, en su Parágrafo Segundo, en cuanto a la definición del trabajo dominical ocasional, diferencia que cambiará la forma en que el Empleador debe remunerarlo, teniendo en cuenta la definición que de los mismos trae el parágrafo de la norma en mención y que la contabilización del número de ellos se debe hacer en forma mensual, para establecer los efectos en el pago de los mismos, norma que en su parte pertinente a la letra dice:

“Artículo 179- Trabajo dominical y festivo -

(...)

PARAGRAFO 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.*

Con respecto a la labor en día de descanso obligatorio cuando es ocasional, es decir, cuando el trabajador labora dos Dominicales o menos al mes, el Artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo, 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”*.

De conformidad con la norma anteriormente transcrita, cuando el trabajador labora hasta dos dominicales en el mes calendario, tendrá derecho a escoger entre dos opciones, **debiendo escoger tan solo una de ellas**. Las opciones son: la primera el pago en dinero de la remuneración del 1.75% por haber laborado en Domingo o la segunda opción el descanso compensatorio, en atención a lo normado por el Artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que en su parte pertinente a la letra dice:

*“Artículo 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 ...**”*

Cuando dicha labor en día de descanso obligatorio es habitual, es decir, cuando el trabajador labora tres o más Dominicales en el mes calendario, el Artículo 181 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que el trabajador tiene derecho a recibir el pago del 1.75%, correspondiente a la remuneración por el solo hecho de haber laborado en día Domingo y además tendrá derecho a recibir un descanso compensatorio en la semana siguiente a su causación, norma que en su parte pertinente a la letra dice:

*“Artículo 181. DESCANSO COMPENSATORIO. 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 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; es decir, el 1.75%; la diferencia se presenta cuando siendo trabajo en Dominical habitual, es obligante para el Empleador la concesión al Trabajador del día compensatorio en la semana siguiente al de causación adicional a la remuneración del 1.75% y, si el trabajo en dominical es ocasional, será optativo para el Trabajador el escoger entre la remuneración del 1.75% del Dominical laborado o el descanso compensatorio sin sobre remuneración alguna.

La forma en que el Empleador debe otorgar el descanso compensatorio se encuentra plasmada en el artículo 183 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que a la letra dice:

*“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.***

Por último, cabe destacar que el trabajo en los días Festivos que por disposición del Empleador se labore, deben ser remunerados de la misma manera que el día Dominical laborado, es decir, con el 1.75%, sin que exista descanso compensatorio en ninguna ocasión.

En conclusión, cabría resaltar que cuando el Trabajador labora en Dominical ocasional y opta por el descanso remunerado, no por el pago del 1.75% en dinero, dado que no es posible tomar ambas opciones, sino tan solo una de ellas, descansa un día designado por el Empleador en la semana siguiente al de su causación, cuya remuneración se encuentra incluida en la nómina mensual de salarios de treinta días, sin que en ningún momento la disposición establezca sobre remuneración alguna.

PAGO DE HORAS EXTRAS DOMINICALES

La H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia 15820, Acta No 40, Radicación No 15820, Magistrado Ponente, Doctor Francisco Escobar Henríquez, de agosto dieciséis (16) de dos mil uno (2001), ejemplifica la forma de recargo dominical laborado, cuando en él se trabaja sea en jornada nocturna o se labore trabajo suplementario o de horas extras. Cabe aclarar que la Alta Corporación realiza este pronunciamiento antes de la reforma introducida por la Ley 789 de 2002, la cual modificó el porcentaje de sobre remuneración del día dominical laborado del 100% a 75%, sobre el valor del día, sin embargo, por su contenido en el cual clarifica la forma de remuneración, vale la pena traerla a colación, con el solo cambio del porcentual del recargo del dominical laborado, que en la actualidad es de 75% sobre el valor del día y no el 100% mencionado en la Sentencia, lo cual se hacía con anterioridad, de cuyos apartes se destacan los siguientes:

(...)

*En términos numéricos, el trabajo dominical suplementario se recarga en un 125% o 175% según sea diurno o nocturno y el trabajo dominical nocturno se recarga en un 135%; y no puede decirse que este criterio ignore el ordinal 4 del artículo 168 pues no se trata de que se autorice acumular los recargos por horas extras o nocturnas con los de dominicales o festivos, **sino que cada uno de ellos opera por separado**. Así, no es dable aplicar el 35% de incremento por labor nocturna a la remuneración ordinaria recargada en un 100%, sino que ese 35% se aplica al salario ordinario sencillo sin perjuicio del recargo paralelo en un 100% por labor en día de descanso obligatorio, recargo este último que incluso, en el evento previsto por el artículo 180 del C.S.T. el trabajador podrá sustituir con un descanso compensatorio remunerado.*

(...)

En todo caso en el sistema del Código es claro que el trabajo debe cumplirse dentro de una jornada ordinaria o convenida que en lo que respecta a cada día es el tiempo en que debe desarrollarse la labor comprometida dentro de las correspondientes 24 horas, el cual por ley tiene un máximo de 8 horas y la actividad que se cumpla en tiempo adicional se retribuye con recargo, a menos que se trate de una situación específicamente excepcional. Igualmente es ostensible que el legislador quiso dar un tratamiento remuneratorio diferente a las labores cumplidas en la noche frente a las que se desarrollan en el día y solo estableció expresamente la excepción a que se refiere el artículo 20 literal c. de la Ley 50 de 1990. “

En conclusión, el trabajo en día dominical se remunera con el 1.75% proporcional al número de horas laboradas y si adicionalmente se labora en horario nocturno o se labora trabajo suplementario o de horas extras se liquidará así:

1. Trabajo en día dominical o festivo 1.75%
2. Trabajo nocturno en día dominical o festivo 1.35%
3. Trabajo de horas extras diurnas en día dominical o festivo 1.25%
4. Trabajo de horas extras nocturnas en día dominical o festivo 1.75%

Con posterioridad a la liquidación se sumarán todos estos valores liquidados por separado y se pagará la totalidad de ellos.

Teniendo en cuenta que de manera expresa el Código Sustantivo del Trabajo, no hace mención alguna en el Artículo 168 relativo a las tasas y liquidación de recargos, con respecto al Dominical extra sea diurno o nocturno, para su interpretación se hace uso de la Jurisprudencia como fuente auxiliar del Derecho y dar más claridad frente al tema.

El Artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo, a la letra dice:

“Artículo 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 algún otro.”***

Por consiguiente, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la Sentencia antes mencionada, al respecto de los recargos nocturnos y el trabajo suplementario o de horas extras en dominical, manifestó:

“(…)

A la hora de reglamentar el trabajo dominical y festivo, que debía ser excepcional en principio por tratarse de días de descanso obligatorio, la ley no mencionó las labores suplementarias y nocturnas, y a primera vista surge que ello resultaba innecesario ante la generalidad de la regulación sobre jornada. Con todo, el censor plantea que lo hizo a propósito para reglamentar íntegramente la materia, excluyendo del trabajo dominical o festivo incrementos salariales adicionales a los previstos en la norma especial, interpretación que solo podría tener asidero si se mirara el artículo 179 aisladamente; pero si, como corresponde, se analiza en el contexto del Código al que pertenece,

no es de recibo porque iría en ostensible contravía del régimen de jornada, del cual mal pueden entenderse excluidas las labores desarrolladas en dominicales y festivos. Es decir, si el empleado se ve obligado a trabajar en domingos y festivos, es indiscutible que esa labor ha de sujetarse a la jornada ordinaria o a la máxima legal y así mismo deberá tenerse en cuenta si se cumple en horario diurno o nocturno. En otras palabras, en días de descanso obligatorio no desaparecen las razones superiores que imponen el recargo al trabajo suplementario y nocturno, de modo que quien trabaja horas extras o en la noche en domingos o festivos, ha de percibir una retribución mejorada frente a la de quien lo hace dentro de la jornada ordinaria o en el día.”

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 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, 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