



Concepto 309701 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000309701

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000309701

Fecha: 23/09/2019 01:55:04 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: JORNADA LABORAL - JORNADA DE TRABAJO ¿Es posible autorizar que los empleado públicos permanezcan en las oficinas después de la jornada laboral? Radicación No. 20199000294822 del 22 de agosto de 2019.

De manera atenta me refiero a su comunicación de la referencia, mediante en la cual señala diferentes interrogantes respecto de la jornada laboral, me permito dar respuesta en el mismo orden de su presentación así:

1. ¿Es posible autorizar que los empleados públicos permanezcan en las oficinas después de la jornada laboral?
2. ¿Cuál es el tiempo máximo que tiene un empleado para tomar un receso en la jornada laboral?

Con el fin de responder a sus dos interrogantes anteriores, se hace necesario revisar lo indicado por el Decreto [1042](#) de 1978¹, en su artículo 33:

"ARTÍCULO 33º. DE LA JORNADA DE TRABAJO. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro (44) horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia² podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

Dentro del límite fijado en este Artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras."

De conformidad con lo anterior, la jornada laboral es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales las cuales deben ser cumplidas por los empleados públicos, incluidos los del nivel territorial, la misma será distribuida en el horario de trabajo que el Jefe de cada entidad establezca, entre los días lunes a sábado, pudiendo compensar la jornada de este último día con tiempo diario adicional en los restantes; deduciéndose, así, que el día domingo es de descanso, al igual que el sábado cuando el tiempo de labor de este día es incrementado a los demás.

Los jefes de cada entidad están facultados para adecuar la jornada laboral de los servidores, de acuerdo con las necesidades de la institución, para lo cual establecerán los horarios dentro de los que se prestarán los servicios, siempre y cuando se respete la jornada máxima de cuarenta y cuatro (44) horas semanales, como lo dispone el decreto 1042 de 1978.

Respecto de las horas extras diurnas por su parte, se liquidan con un recargo del 25% sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, así:

ARTÍCULO 36º.- DE LAS HORAS EXTRAS DIURNAS. Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras. (...)

Mientras que las horas extras nocturnas, se liquidan con un recargo del 75% sobre la remuneración básica:

ARTICULO 37º. DE LAS HORAS EXTRAS NOCTURNAS. Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

Este trabajo se remunerará con un recargo del setenta y cinco (75%) por ciento sobre la asignación básica mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior.

Conforme a lo expuesto, se tiene de las previsiones del Decreto 1042 de 1978, que toda labor realizada con posterioridad a las 44 horas semanales, constituye trabajo suplementario, que como tal, debe ser remunerado con pagos adicionales al salario ordinario y con los recargos establecidos en el artículo 39, de donde se infiere que el reconocimiento del trabajo que se cumpla ordinariamente (entendiéndose como tal quienes laboren con regularidad) en dominicales y festivos comprende el doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo y, adicionalmente, el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

Además es pertinente indicar que, el trabajo en tiempo suplementario o de horas extras está condicionado a que se autorice previamente y que exista la disponibilidad presupuestal, por tal motivo será la entidad quien teniendo en cuenta lo anterior, podrá autorizar o no el trabajo después de la jornada laboral establecida.

Ahora bien, es necesario señalar que no existe en la norma aplicada a empleados públicos, que de manera clara y expresa señale cuál es la naturaleza del tiempo del almuerzo o "onces", si se encuentra dentro de la jornada laboral o no y cuánto tiempo debe destinarse a él. Aunque no es aplicable el Código Sustantivo del Trabajo, a manera de orientación, es posible hacer referencia al artículo 167, que fue analizado por la Corte Suprema de Justicia, señalando³:

- "El artículo 167 del Código Sustantivo ordena que las horas de trabajo durante cada jornada se dividan 'al menos' en dos secciones, con un intermedio de descanso. Lo cual significa que así como es ilícito desarrollar la jornada sin ninguna interrupción, resulta legalmente plausible que

la jornada se distribuya en más de dos secciones, para que durante los respectivos interregnos los empleados puedan tomar sus alimentos o algún refrigerio o tener un poco de solaz o de descanso que les permitan recuperar sus energías. Y si la norma alude apenas a que 'el tiempo de este descanso' no se computa en la jornada no es porque vede el descuento del tiempo de otros descansos concedidos por el patrono, sino porque el precepto sólo impone el deber de dividir la jornada en dos secciones con un descanso intermedio y, por ello no podía referirse a más de uno. Pero como el propósito cierto del precepto, al autorizar el descuento del lapso de descanso, es calificar únicamente como jornada laboral el trabajo neto realizado por el operario durante el tiempo que ha permanecido en el recinto de la empresa, fluye la conclusión de que los demás breves períodos de descanso que existan dentro de la jornada, también sean descontables como lo es el legalmente obligatorio, porque donde existe una misma razón o situación de hecho, debe regir una misma disposición, según lo enseña un viejo principio de la hermenéutica jurídica. Tampoco debe olvidarse que la ley laboral apenas consagra un mínimo de derechos y garantías para los trabajadores, susceptible de ser superado en todo tiempo.

"De allí se desprende que cuando el fallo recurrido sólo permite descontar o deducir de la jornada el tiempo de descanso entre las dos secciones que como mínimo debe tener esa jornada por mandato legal, interpretó equivocadamente el artículo 167 del Código Sustantivo del Trabajo, que realmente sí permite descontar del lapso de la jornada el tiempo que duren todos los descansos establecidos por la empresa o convenidos con sus trabajadores, según quedó visto en el párrafo anterior." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, es viable concluir que, enmarcada dentro de la dignidad del trabajador, es necesaria la división de la jornada laboral que es de cuarenta y cuatro horas semanales, las cuales serán distribuidas por el jefe de la respectiva entidad, para permitir que éste cese sus actividades para tomar alimentos y descansar el cuerpo y la mente, para renovar sus fuerzas, de tal forma que le sea posible continuar con la jornada laboral, sin que por este hecho se pueda decir que la jornada es discontinua.

En este orden ideas, se considera continua la jornada que sólo se interrumpe por el tiempo de almuerzo o receso de pausa activa, el cual no puede ser tenido en cuenta como trabajo dentro de la jornada laboral, en razón a que su finalidad es permitir que el empleado descanse y retome fuerzas para continuar con sus actividades.

Finalmente y no obstante lo anterior, se tiene por costumbre en nuestro país, otorgar este descanso al trabajador por espacio de una (1) hora al medio día, para tomar el almuerzo y será a discreción del jefe del organismo el tiempo de "onces" o pausa activa.

3. ¿Se puede retirar a una empleada que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción y que se encuentra embarazada? ¿Una vez finalizado la licencia de maternidad es posible declarar insubsistente a la empleada que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción?

La Ley 909 de 2004 por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, señala:

ARTÍCULO 51. *Protección a la maternidad.*

"(...)"

4. Cuando por razones del buen servicio deba suprimirse un cargo de carrera administrativa ocupado por una empleada en estado de embarazo y no fuere posible su incorporación en otro igual o equivalente, deberá pagársele, a título de indemnización por maternidad, el valor de la remuneración que dejare de percibir entre la fecha de la supresión efectiva del cargo y la fecha probable del parto, y el pago mensual a la correspondiente entidad promotora de salud de la parte de la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud que corresponde a la entidad pública en los términos de la ley, durante toda la etapa de gestación y los tres (3) meses posteriores al parto, más las doce (12) semanas de descanso remunerado a que se tiene derecho como licencia de maternidad. A la anterior indemnización tendrán derecho las empleadas de libre nombramiento y remoción y las nombradas provisionalmente con anterioridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 1º. *Las empleadas de carrera administrativa tendrán derecho a la indemnización de que trata el presente artículo, sin perjuicio de la indemnización a que tiene derecho la empleada de carrera administrativa, por la supresión del empleo del cual es titular, a que se refiere el*

artículo 44 de la presente ley.

PARÁGRAFO 2º. En todos los casos y para los efectos del presente artículo, la empleada deberá dar aviso por escrito al jefe de la entidad inmediatamente obtenga el diagnóstico médico de su estado de embarazo, mediante la presentación de la respectiva certificación.

Por su parte, el decreto 1848 de 1968, por el cual se reglamenta el decreto 3135 de 1969, establece:

ARTICULO 39. PROHIBICIÓN DE DESPIDO.

1. Ninguna empleada oficial podrá ser despedida por motivos de embarazo o lactancia.

2. Durante el embarazo y los tres (3) meses subsiguientes a la fecha del parto o aborto, solamente podrá efectuarse el retiro de la empleada por justa causa comprobada y mediante la autorización expresa que al efecto deberá solicitarse del respectivo Inspector del Trabajo, cuando se trate de trabajadoras vinculadas por contrato de trabajo.

Si la empleada oficial estuviere vinculada por una relación de derecho público, se requerirá para tal efecto resolución motivada de la correspondiente entidad nominadora.

De igual manera, la Corte Constitucional en Sentencia [C-470](#) de 1997, respecto al despido de las empleadas públicas en estado de embarazo, señaló:

“La Corte considera necesario extender los alcances de la presente sentencia integradora a estos artículos que regulan el mecanismo indemnizatorio en el caso de las servidoras públicas, aun cuando, como es obvio, sin que se desconozcan las reglas jurídicas especiales que rigen estas servidoras, según que se trate de relación contractual (trabajadora oficial) o de relación legal y reglamentaria (empleada pública). Por ello, la Corte precisará que la indemnización prevista por esas normas es exequible, siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.”

La misma Corporación en sentencia [T-494](#) de mayo 4 de 2000, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, en cuanto al fuero de estabilidad de las empleadas de libre nombramiento y remoción en embarazo, expresó lo siguiente

“Estabilidad laboral reforzada en cargos de libre nombramiento y remoción

4. En este orden de ideas, la especial protección constitucional a la mujer embarazada y la prohibición de discriminación por esa razón, se detiene con particular énfasis en el ámbito laboral, como quiera que “la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas”⁴. Por lo tanto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, como consecuencia del principio de igualdad, la mujer embarazada goza del derecho fundamental a no ser desvinculada de su empleo por esta razón

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho que el fuero de maternidad no sólo involucra prerrogativas económicas en favor de la trabajadora embarazada sino también garantías de estabilidad en el empleo, por lo que los despidos en ese período se presumen que son consecuencia de la discriminación que el ordenamiento jurídico reprocha. De ahí pues que, el empleador debe desvirtuar tal presunción, explicando suficiente y razonablemente que el despido o la desvinculación del cargo no se produjo por causas imputables al embarazo.

5. Ahora bien, para el caso *sub iudice*, surge una pregunta obvia: ¿el derecho fundamental a una estabilidad reforzada también se predica de trabajadoras que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción?. El interrogante inmediatamente sugiere una premisa previa: la esencia de los empleos de libre nombramiento y remoción suponen una estabilidad precaria⁵ que también goza de sustento constitucional en el artículo 125 de la Carta. Por consiguiente, es indudable que esta situación plantea una tensión constitucional entre dos principios de la función pública, de un lado, el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada y, de otro lado, la facultad discrecional del nominador de remover, por razones del servicio, a un empleado público.

Para resolver esa tensión, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que la estabilidad reforzada en el empleo “se aplica tanto a la mujer que tiene un contrato de trabajo, como a la servidora pública, sin importar si se encuentra sometida al régimen de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción”⁶. Por ende, la administración no es absolutamente discrecional para retirar del servicio a una mujer embarazada. No obstante, el nominador puede justificar adecuadamente que el retiro es necesario e indispensable para el cumplimiento eficiente y eficaz del servicio público, lo cual deberá expresarse en el acto administrativo que ordene la desvinculación. De ahí pues que el nominador vulnera el derecho a la estabilidad reforzada cuando:

“a) el despido se ocasiona durante el período amparado por el “fuero de maternidad”, esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo). b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley. c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. En este sentido el Convenio 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad dispone la prohibición de despedir de su empleo a una mujer por su estado de embarazo. d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública”⁷

6. De lo anterior se colige que, la especial protección constitucional de la trabajadora embarazada, cualquiera que sea el tipo de vinculación al Estado, impone una carga argumentativa estricta del acto administrativo que retira del servicio a la mujer en estado de gravidez, como quiera que corresponde a la administración demostrar que la decisión no se produce por causas arbitrarias y ajenas al embarazo. En otras palabras, el nominador que “hubiere conocido o debido conocer que la empleada se encontraba en estado de embarazo adquiere, de inmediato, la obligación de motivar una eventual decisión so pena de que sea judicialmente ordenado el respectivo reintegro”⁸.

(...)

Motivación del acto administrativo que desvincula a una mujer embarazada

7. Como se explicó en precedencia, el acto administrativo que retira del servicio a una mujer embarazada debe ser motivado, lo que constituye una excepción a la regla general según la cual la nominación y la declaratoria de insubsistencia en empleos de libre nombramiento y remoción no requiere motivación. Por consiguiente, es el propio acto de la administración el que permite distinguir decisiones arbitrarias y discrecionales en asuntos como el estudia la Sala, con lo cual es posible reprochar jurídicamente las primeras y aprobar las segundas. Es más, la importancia de la teoría del control de los motivos en el ordenamiento jurídico ha sido explicada por la Corte Constitucional así:

“la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. en la parte que consagra : “La función administrativa está al servicio de los intereses generales” y del artículo 123 en la parte que indica : Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”⁹

Así las cosas, se reitera que el acto administrativo que retira del servicio a una trabajadora embarazada debe ser motivado. Sin embargo, esto no significa que la administración puede esbozar argumentos genéricos y difusos como justificación de la decisión, pues aquella debe ser (i) suficiente, (ii) concreta, esto es, debe obedecer a móviles particulares (iii) cierta y iv) concurrente al acto que origina el despido¹⁰. Solo así el

Estado Social de Derecho puede garantizar no sólo el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada sino también los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad de la función administrativa (C.P. art. 209).

De lo anterior, se concluye, que el acto administrativo que retira del servicio a una empleada pública que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción que se encuentra embarazada debe ser motivado y, en concepto de esta Oficina, sólo es posible retirarla durante los períodos de embarazo y los tres meses siguientes al parto, cuando se aducen razones distintas de la maternidad que deben expresarse en el acto de despido.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Dr. José Fernando Ceballos

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones".

2. Lo subrayado fue modificado por la Ley 85 de 1986.

3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL Radicación No.10659

4. Sentencia C-470 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero

5. Al respecto, pueden consultarse las sentencias T-800 de 1998 y C-195 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

6. Sentencia C-470 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero

7. Sentencia T-426 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

8. Sentencia C-373 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

9. Sentencia SU-250 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

10. En relación con este tema, pueden consultarse especialmente las sentencias SU-250 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-373 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:50:25