



Función Pública

Concepto 249811 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000249811

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000249811

Fecha: 22/07/2021 04:47:33 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: JORNADA LABORAL - PRESTACIONES SOCIALES - BOMBEROS. ¿La opción de compensación del recargo nocturno por periodos de descanso, en el sistema de cuadro de turnos permanente, puede ser objeto de exclusión del pago en efectivo del 35 %, máxime que esta prestación es factor salarial para pago de cesantías y seguridad social? Radicación No. 20212060468122 del 9 de junio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, en la que consulta en relación con el reconocimiento y pago de horas extras, trabajo suplementario y compensatorio para el pago de prestaciones sociales me permito manifestarle.

Sobre la jornada laboral de los bomberos, el Consejo de Estado¹ sostuvo que el cuerpo de bomberos son servidores públicos y estaban obligados a una disponibilidad permanente para atender eficiente y eficazmente el servicio público asignado, por lo cual, quien ingresaba a la administración pública en esta clase de labor, se entendía que aceptaba las reglamentaciones que sobre el particular tuvieran las entidades, de manera que no existía la posibilidad de reclamar el pago de tiempo suplementario de trabajo como horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos o compensatorios, porque dicho personal no estaba sujeto a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial regulada por el ente empleador.

En consecuencia, se consideraba que la jornada de 24 horas desarrollada por los servidores del cuerpo de bomberos, se ajustaba a las previsiones de la Ley 6° de 1945 en su Artículo 3°, parágrafo 1°, ya que era una jornada de trabajo máxima, especial y excepcional, que comprendía un lapso de trabajo diurno y otro nocturno y con fundamento en ello no resultaba procedente el reconocimiento del trabajo suplementario.

Sin embargo, en sentencia del 17 de abril del 2008², la Sección Segunda- Subsección A, introdujo un cambio en la anterior postura jurisprudencial para señalar que, si bien el trabajo desarrollado por el personal de bomberos cuya jornada es excepcional por la actividad ejercida puede ser regulado en 24 horas diarias, tal situación debía generar el reconocimiento del trabajo suplementario, pues de lo contrario, la situación de tales servidores, resultaría inequitativa y desigual respecto de otros empleados que realizan funciones que son menos riesgosas.

De igual manera, en sentencia del 6 de diciembre de 2018³, nuevamente la Sección Segunda - Subsección B, reitero su posición indicando que:

“(…) las labores realizadas por los bomberos implican una disponibilidad permanente por lo que es razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una jornada especial. Sin embargo, precisa la Sala que tal jornada especial ha de ser regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a dicha jornada máxima legal excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales, es decir, dentro de los límites allí previstos, y observando la forma de remuneración establecida para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno, en dominicales y festivos.”

“A falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los bomberos y su remuneración, reitera la Sala que regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se desprende del referido Decreto 1042 de 1978, debiéndose remunerar el trabajo suplementario para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, del personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá.”

Así las cosas, se consideró que ante la falta de existencia de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, debía aplicarse el Artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que implica que toda labor realizada en exceso de las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras, las cuales deben ser remuneradas en las condiciones previstas en el Artículo 35 y siguientes del referido decreto, deduciendo para dicho efecto los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador.

Por tanto, esta Dirección Jurídica considera que la postura señalada por el Consejo de Estado no desconoce que las labores realizadas por los bomberos implican una disponibilidad permanente por lo que es razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una jornada especial. Sin embargo, se debe precisar que tal jornada especial ha de ser regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a dicha jornada máxima legal excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales, es decir, dentro de los límites allí previstos, y observando la forma de remuneración establecida para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno, en dominicales y festivos.

Ahora bien, el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, en relación con las jornadas mixtas indicó:

“ARTICULO 35. DE LAS JORNADAS MIXTAS. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.”

Los incrementos de salario a que se refieren los Artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este Artículo.”

Como se observa, se reconoce a quienes trabajen ordinariamente por el sistema de turno, cuando las labores incluyan horas diurnas y nocturnas, estas últimas se remunerarán con un recargo del 35%, independientemente del nivel al que este adscrito el empleado.

Así mismo, y teniendo en cuenta que aunque no existe norma específica que regule la jornada laboral por el sistema de turnos, atendiendo la naturaleza del servicio que se presta y la necesidad de la continuidad en el mismo, es posible que la administración adecue la jornada laboral – 44 horas semanales – del personal que se requiera para que se cumpla de manera ininterrumpida en jornadas diurnas, nocturnas o mixtas, distribuyendo dicha jornada en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y la disponibilidad presupuestal, garantizando en todo caso, el derecho al descanso.

Las horas extras diurnas, se liquidan con un recargo del 25% sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, tal como lo establece el Artículo 36 del Decreto Ley 1042, mientras que las horas extras nocturnas, entendida como la labor que se ejecuta

excepcionalmente entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente por quienes laboran de ordinario en jornada diurna, se liquidan con un recargo del 75% sobre la remuneración básica, en los términos indicados en el Artículo 37 del Decreto Ley 1042.

Así mismo, los Artículos 36 y 37 del Decreto Ley 1042 de 1978 sobre las condiciones para reconocer y pagar horas extras diurnas y nocturnas, señala:

- Deben existir razones especiales del servicio.
- El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.
- El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con los recargos respectivos.
- Sólo se pueden autorizar el reconocimiento y pago de horas extras, siempre y cuando el empleado pertenezca al nivel técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19. (Decretos salariales dictados anualmente, el actual es el Decreto 304 de 2020) y en ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales.
- En todo caso, la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.

En consecuencia, hay lugar al reconocimiento y pago en dinero de hasta 50 horas extras mensuales, y las que superen este máximo se les reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día compensatorio por cada 8 horas extras laboradas, en aras de garantizar el derecho al descanso.

Por lo tanto, tienen derecho al reconocimiento y pago de horas extras quienes pertenezcan al nivel técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19. Para poder aplicar la norma al orden territorial se deberá tomar la escala de remuneración aprobada para la rama ejecutiva del orden Nacional y observar qué asignaciones básicas les corresponde a los empleos grado 19 del nivel asistencial y grado 9 del nivel técnico y compararla con la escala de remuneración del departamento o municipio, a efectos de definir el derecho al pago de las horas extras.

Así mismo, y teniendo en cuenta que aunque no existe norma específica que regule la jornada laboral por el sistema de turnos, atendiendo la naturaleza del servicio que se presta y la necesidad de la continuidad en el mismo, es posible que la administración adecue la jornada laboral - 44 horas semanales - del personal que se requiera para que se cumpla de manera ininterrumpida en jornadas diurnas, nocturnas o mixtas, distribuyendo dicha jornada en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y la disponibilidad presupuestal, garantizando en todo caso, el derecho al descanso.

En este sentido, el Artículo 39 del citado Decreto Ley 1042 respecto a las labores habituales en domingos y festivos, determina que la habitualidad de que habla la norma en comento precisa la permanencia de un servicio de trabajo, entendido como un trabajo que por su naturaleza y la no suspensión debe cumplirse ininterrumpidamente; para lo cual, la norma permite que previamente se asignen horarios de acuerdo con el sistema de turnos.

Ahora bien, en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, Número Único: 11001-03-06-000-2019-00105-00 del 9 de diciembre de 2019, Radicación interna: 2422, de consulta presentada por este Departamento Administrativo relacionada con la jornada laboral y compensatorios de empleados públicos bajo el sistema de turnos, se concluyó que:

«En relación con el día compensatorio como derecho del trabajador, la Sala se remite a las respuestas siguientes.»

2. «En el evento en que un empleado público, cuyo sistema de turnos asignados es de 6 horas diarias de lunes a viernes, labora el doble de horas el dominical, ¿cuántos días compensatorios se debe reconocer?»

Los empleados que habitual y permanentemente completan su jornada de trabajo los domingos, tienen derecho al reconocimiento de un día de descanso compensatorio.

3. «A efectos de realizar una efectiva asignación de turnos, la cual garantice la prestación del servicio 24/7 se consulta si ¿el día compensatorio de descanso otorgado a un empleado que ha laborado un dominical debe ser tenido en cuenta como tiempo de servicio dentro de las 44 horas semanales fijadas en el Artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978?»

Los Artículos 33 y 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, regulan lo atinente al cumplimiento de una jornada semanal máxima de trabajo, el trabajo habitual los domingos y festivos, y el descanso compensatorio, entre otros asuntos.

Las mencionadas disposiciones conceden el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio por laborar habitualmente los domingos por el sistema de turnos.

El descanso del trabajador corresponde a un cese en el trabajo, por lo que en manera alguna puede ser considerado como tiempo de servicio para completar la jornada laboral, sin perjuicio de que su remuneración se entienda incluida en el valor del salario mensual.

Para tener derecho al descanso compensatorio se requiere haber laborado en dominical, es decir, se trata de «compensar» un trabajo previamente realizado. En otras palabras, por trabajar habitualmente en dominical, se concede el efecto opuesto a dicho tiempo de servicio como lo es el descanso, de allí su denominación como compensatorio. Para tal fin, el empleador deberá fijar las horas de trabajo habitual en dominical que optimicen el sistema de turnos y sean razonables y proporcionales para disfrutar el descanso compensatorio.

4. «¿Cómo debe ser reconocido el compensatorio, cuando un empleado ha laborado el dominical por horas? ¿debe reconocerse el día completo de descanso, o el mismo será proporcional a las horas efectivamente laboradas?»

Las normas laborales vigentes para los empleados públicos no establecen un número de horas laboradas en dominical o festivo para tener derecho al descanso compensatorio.

En atención a que el derecho al descanso del trabajador tiene el carácter de fundamental, la Sala concluye que la prestación del servicio de manera habitual los domingos y festivos por el sistema de turnos, conlleva para el trabajador el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, según lo establece el Artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, sin importar las horas que se le asignen para completar su jornada laboral por el sistema de turnos.

Reitera la Sala que el jefe del organismo o entidad tiene la competencia para distribuir la jornada laboral en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, incluido el trabajo ordinario los dominicales o festivos, por el sistema de turnos, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y el derecho al descanso del trabajador, entre otros aspectos, todo con el fin de optimizar dicho sistema.

De esta manera, el sistema de turnos corresponde a una forma de organizar el trabajo bajo un criterio de continuidad en la actividad que desarrolla una entidad o empresa, con criterios de optimización que satisfagan tanto las necesidades del servicio y los derechos de los trabajadores, por una parte, como la utilización eficiente de los recursos públicos, por la otra». (Destacado fuera del texto)

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado está de acuerdo en afirmar que cuando se labora habitualmente en dominical y/o festivo hay lugar a un día de descanso compensatorio, entendido según la Alta Corporación como: «El descanso del trabajador corresponde a un cese en el trabajo, por lo que en manera alguna puede ser considerado como tiempo de servicio para completar la jornada laboral, sin perjuicio de que su remuneración se entienda incluida en el valor del salario mensual». En este sentido, resalta el Consejo de Estado que se compensa un trabajo previamente realizado.

Sobre este punto, es preciso establecer que las normas laborales vigentes para los empleados públicos no establecen un número de horas laboradas en dominical o festivo para tener derecho al descanso compensatorio, sin importar las horas que se le asignen para completar su jornada laboral por el sistema de turnos. Con fundamento en lo expuesto, cuando el trabajo de los días dominicales o festivos es habitual y permanente, todos los empleados de la entidad independientemente del nivel al que pertenezcan, tienen derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de compensatorio.

Es importante reiterar, que 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.

reconocimiento de estos días, en los términos establecidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Por lo anterior, esta Dirección Jurídica considera que la compensación del recargo nocturno no se tendrá en cuenta al momento de realizar la liquidación de 35%, por cuanto solamente se reconocen las horas extras, recargos nocturnos, dominicales o festivos cuando se realiza la prestación efectiva del servicio; al ser la compensación un descanso en favor del empleado estos días no deberán tenerse en cuenta al momento de liquidar las prestaciones sociales.

Por otra parte, y en relación de su segundo interrogante, relacionado con la obligatoriedad por parte de la administración municipal de implementar y dar cumplimiento al Decreto 400 del 13 de abril de 2021, le informo que el mismo, adicionó los Artículos 2.2.1.3.3, 2.2.1.3.4, 2.2.1.3.5, 2.2.1.3.6, 2.2.1.3.7, 2.2.1.3.8 y 2.2.1.3.9 al capítulo 3 del título 1 de la parte 2 del libro 2 del Decreto 1083 de 2015. Único reglamentario del Sector de Función Pública, el cual de conformidad con su el Artículo 1 de la norma en cuestión es aplicable a los empleados públicos que presten sus servicios en las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional y territorial.

Por su parte, la Ley 489 de 1998, determina la estructura de la rama ejecutiva en el nivel nacional, estableció dos sectores, a saber, el sector central y el sector descentralizado, y en cada uno de ellos incluyó como una de las clases de entidades que conforman la rama ejecutiva a las unidades administrativas especiales, en el sector central, sin personería jurídica, y en el sector descentralizado, con personería jurídica. Es decir que el concepto de lo que se denominó unidades administrativas especiales, para que ciertas actividades por su propia naturaleza o por el origen de sus recursos tuvieran un régimen administrativo diferente al ordinario, dentro de la estructura de un ministerio o departamento administrativo, se convirtió, por expreso reconocimiento legal, en otras dos clases de entidades administrativas. En efecto, el Artículo 38 de la Ley 489 de 1998 dispuso:

"Ley 489 de 1998. Art. 38. *Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.* La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a. La Presidencia de la República
- b. La Vicepresidencia de la República
- c. Los Consejos Superiores de la administración
- d. Los ministros y departamentos administrativos
- e. Las superintendencias y *unidades administrativas especiales sin personería jurídica*

2. Del Sector Descentralizado por servicios:

- a. Los establecimientos públicos
- b. Las empresas industriales y comerciales del Estado
- c. Las superintendencias y las *unidades administrativas especiales con personería jurídica*

d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios

e. Los institutos científicos y tecnológicos

f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta

g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público" (se resalta).

Y en su Artículo 82, estableció en relación con las unidades administrativas especiales con personería jurídica, estableció:

"ART. 82.- *Unidades administrativas especiales y superintendencias con personería jurídica.* Las unidades administrativas especiales y las superintendencias con personería jurídica son entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos".

Por su parte, el Decreto 350 de 2013, "Por el cual se establece la estructura de la Dirección Nacional de Bomberos, se determina las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.", establece en su Artículo 1:

"ARTÍCULO 1°. *Naturaleza jurídica.* La Dirección Nacional de Bomberos es una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, adscrita al Ministerio del Interior, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio."

Teniendo en cuenta las anteriores normas, en las cuales se establece que la Dirección Nacional de Bomberos es una Unidad Administrativa Especial del orden nacional, y de conformidad con la aplicación el Decreto 400 del 13 de abril de 2021, en el que se señala que es aplicable a los empleados públicos que presten sus servicios en las entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional y territorial, esta Dirección Jurídica considera que la norma en cuestión es aplicable al cuerpo de Bomberos, por tanto, es obligatorio por parte de todos los empleados de la entidad municipal dar cumplimiento a la misma.

Para más 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 Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sentencias de 4 de mayo de 1990. N.I. 4420, C. P: Dr. Álvaro Lecompte Luna; sentencia de 9 de octubre de 1979, N.I. 1765, C.P: Dr. Ignacio Reyes Posada, confirmada por la Sala Plena de la Corporación mediante sentencia del 19 de octubre de 1982, Consejero Ponente: Dr. Jorge Dangond Flórez; sentencia de 3 de marzo de 2005. Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. A Iberto Arango Mantilla.

2. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 17 de abril de 2008, Radicación número: 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06), Actor: José Arles Pulgarín Gálvez, Demandado: Municipio de Pereira.

3. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección b, C.P: Dra. Sandra Lissette Ibarra Velez, sentencia del 6 de diciembre de 2018 Radicación número 250002342000201305425 01 (4621-2017), Actor: Javier Lancheros Zelandia, Demandado: Distrito Capital – Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:10:01