



Función Pública

Concepto 066761 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000066761

Fecha: 15/02/2023 09:32:47 a.m.

Bogotá D.C.

REF: REMUNERACION. Salario. PRESTACIONES SOCIALES. Prima de Riesgo.

JORNADA LABORAL. Jornada laboral. - Horas extras. RAD. 20232060028862 del 16 de enero de 2023.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta presenta varios interrogantes relacionados con el salario y el cumplimiento de la jornada laboral, al respecto y con el fin de atender su solicitud, se procederá a dar respuesta en el mismo orden en que se formularon.

Sea lo primero señalar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

De acuerdo con lo señalado, en relación con su primer interrogante en el cual consulta:

En las entidades del Estado existen factores salariales o mayor valores a los ingresos salariales que se les paga a empleados públicos de distintos niveles algunas veces justificados en su ubicación geográfica o situaciones socio económica (zonas fronterizas, zonas de difícil acceso, antiguos territorios nacionales, entre otras), amenera de ejemplo un mayor valor del ocho (8%) por ciento, que se le otorga a los empleados de la Contraloría General de la Republica por estar ubicado su empleo en San Andrés Islas, u otros departamentos fronterizos o antiguos territorios nacionales; El incremento que se le reconoce a los empleados de del SENA por estar en regionales de difícil acceso o zona fronteriza. Etc...

Con fundamento en lo anterior solicito que ustedes me relacionen las entidades nacionales y rntidades erritoriales que gozan de primas de localización u otro factores salariales que incrementan su ingresos mensuales motivados en factores socio- económicos o de ubicación geográfica y que tiene como fin equiparar los costos de vida que sean ocasionados por la distorsión del costo de vida por el incremento ocasionado con los gastos y costos generados por estar en Departamentos con estas características (zonas fronterizas, zonas de difícil acceso, antiguos territorios nacionales, entre otras) que inciden en un mayor costo de vida o de la canasta familiar?

En relación con su interrogante, frente a las entidades del orden territorial, me permito manifestar que, bien, en relación al aumento salarial la Constitución Política en su artículo 150, numeral 19, literal e) dispone que corresponde al Congreso dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial de los empleados públicos.

La Ley 4 de 1992, expedida en cumplimiento de mandato constitucional consagró en el Parágrafo del artículo 12 que el Gobierno Nacional deberá establecer toques máximos salariales a los que deben acogerse las autoridades territoriales competentes para fijar salarios.

A su vez, el artículo 313, numeral 7, de la Constitución dispone que es función del Concejo Municipal establecer las escalas de remuneración de los empleados públicos del municipio, y el artículo 315, numeral 7, de la misma norma dispone que es función del Alcalde Municipal presentar oportunamente al Concejo los proyectos sobre presupuesto anual de rentas y gastos, así como fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias con arreglo a los acuerdos correspondientes.

De conformidad con las anteriores disposiciones constitucionales, es claro que la facultad para el señalamiento de las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos en la Administración Municipal, fue asignada a los Concejos; y la de presentar el proyecto de acuerdo sobre presupuesto y la fijación de emolumentos, es del Alcalde, con sujeción a la ley y a los Acuerdos respectivos.

En relación con la competencia para realizar el reajuste salarial de los empleados públicos del orden territorial, es necesario citar inicialmente algunos apartes de la Sentencia C-510 de 1999 de la Corte Constitucional, así:

«Existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.» (Subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional en sentencia C-402 del 3 de julio de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1°, 31, 45, 46, 50, 51, 58 y

62 (parciales) del Decreto Ley 1042 de 1978, 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, ratificó el criterio jurisprudencial, en el sentido de que la determinación del régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el principio de Estado unitario y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales.

Esta articulación se logra a partir de una fórmula concurrente en la que el Legislador debe determinar los criterios y objetivos generales mediante ley marco, la que corresponde a la actualidad a la Ley 4 de 1992 y el Gobierno determina el régimen salarial del nivel central y los criterios generales para que las entidades territoriales ejerzan las competencias citadas.

En consecuencia, frente al régimen salarial de los servidores de Rama Ejecutiva en el nivel territorial, opera un mecanismo de armonización entre el principio del Estado unitario, que se expresa en la potestad del Congreso de prever objetivos y criterios generales y del Gobierno de prescribir la regulación particular, y el grado de autonomía de las entidades territoriales, que comprende la facultad para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos correspondientes, en concordancia con el marco y toques previstos en la ley.

Se precisa que al Concejo Municipal o a la Asamblea Departamental, según sea el caso le corresponde, fijar conforme al presupuesto respectivo y dentro de los límites máximos salariales establecidos por el Gobierno Nacional, las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleos públicos del departamento o municipio, teniendo en cuenta el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos para los entes territoriales previsto en el Decreto Ley 785 de 2005.

Por lo tanto, esta Dirección Jurídica considera que el Gobierno Nacional expide los Decretos que establecen los límites máximos salariales a los que deben ceñirse los Concejos Municipales y la Asambleas Departamentales para fijar las escalas salariales para el respectivo ente territorial, resaltando que ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial, ni autorizar o fijar asignaciones básicas mensuales que superen los límites máximos señalados en los citados decretos.

Los parámetros para realizar los incrementos deben ser adoptados por el ente territorial, teniendo en cuenta sus finanzas, entre otros criterios autónomos. Así mismo, los incrementos y escalas salariales deben establecerse con parámetros objetivos bajo el principio de equidad.

En materia laboral, la jurisprudencia constitucional, como una aplicación del principio a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, ha sido clara al establecer que a trabajo igual salario igual, y que sólo razones objetivas pueden justificar un tratamiento diverso. Los razonamientos de carácter subjetivo que pueda exponer el empleador, no serán de recibo, pues sólo consideraciones de orden objetivo y demostrable, serán admitidas para justificar el trato diverso.

Por lo tanto, no resulta viable que se establezca un aumento salarial para unos funcionarios y para otros no, aunque puede haber circunstancias excepcionales para algunos empleados en que el aumento pueda ser menor en busca de ajustar las escalas de remuneración a los máximos señalados por el Gobierno Nacional; esto será posible, siempre y cuando se garantice un aumento salarial, así sea en menor proporción para dichos empleados.

Así las cosas, no es procedente establecer incrementos salariales por encima de los máximos salariales decretados por el Gobierno Nacional, en el evento de que ello suceda no genera derechos adquiridos para el trabajador tal como lo señalan la normativa citada, razón por la cual la administración debe tomar las decisiones a que haya lugar para ajustar las escalas salariales a los límites fijados por el Gobierno Nacional.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su interrogante, en lo relacionado con primas de localización u otros factores salariales que incrementen los ingresos mensuales motivados en factores socio-económicos o de ubicación geográfica, le informo que el Gobierno Nacional no los ha creado para los servidores de las entidades públicas del orden territorial.

¿También relacionar el porcentaje de incremento, el marco legal o las norma que lo sustenta o aprueban, el nombre del factor salarial o valor adicional en el evento que no sea factor salarial, en general los motivos o causa que justificaron su creación?

R/. Se respondió en el interrogante No. 01.

¿La Prima De Riesgo para los Bomberos, Guardianes y otros empleados que están expuestos a alto riesgo de la Gobernación (XXXXX) no se le reconoce y paga, existiendo el riesgo, ¿porque no se reconoce y paga?

R/. Los elementos de salario creados para los empleados públicos del orden nacional y creados a través de otras disposiciones a los empleados del orden territorial, se encuentran en el Decreto Ley 1042 de 1978 (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).

En ese sentido, es preciso indicar que, una vez revisadas las normas sobre elementos salariales, no se encontró disposición correspondiente a un elemento denominado "Prima de Riesgo", que hubiere sido creado para los empleos públicos del orden territorial y, por lo tanto, no es procedente su reconocimiento y pago. Cabe anotar que en los términos del decreto 473 de 2022 la misma se encuentra establecida para los empleados públicos que prestan los servicios de conductor a los ministros y directores de departamento administrativo y para el personal carcelario y penitenciario de acuerdo con las denominaciones establecidas en el Artículo 27 de la misma norma.

Así mismo, en cuanto a la posibilidad de crear esta prima de riesgo a través de convención o negociación colectiva, se recuerda que, en virtud del numeral 19 del artículo 150 Constitucional, corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales, señalando los criterios y objetivos a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, lo cual efectuó a través de la Ley 4ª de 1992.

Es importante resaltar que, el Gobierno Nacional, en cabeza del presidente de la República, tiene la competencia, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, para fijar el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos, atendiendo a los lineamientos previamente establecidos por el Congreso de la República.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a través del Concepto de fecha 11 de febrero de 1998 (Rad. 1072), expresa que "el Congreso de acuerdo con los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Nacional delimita las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos y el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos; por su parte el gobierno fija los salarios de los empleados de la administración central y de los empleados públicos dentro de los límites señalados por el legislador y sin exceder las apropiaciones presupuestales; en relación con las prestaciones sociales corresponde al Congreso dictar la ley con base en la cual las determina, según el cargo y el salario del empleado."

Por su parte, mediante Sentencia del 21 de mayo de 2010 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, con Magistrado Ponente:

Gustavo José Gnecco Mendoza, señaló:

«Ahora, en lo relacionado con los convenios 151 y 154 de la OIT, a que también se refiere la censura, esta Sala en sentencia del 5 de junio de 2001 radicación 16788, expresó:

“Por el cual se fijan las remuneraciones de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, y se dictan otras disposiciones”.

(...)

En este orden de ideas, es claro que los sindicatos de empleados públicos no tienen la posibilidad legal de generar un conflicto colectivo para entrar a discutir a través de un proceso de negociación colectiva incrementos salariales o cualesquiera otros beneficios relativos a la situación laboral de sus afiliados, toda vez que la fijación del régimen salarial y prestacional de éstos a nivel nacional se encuentra atribuida expresamente por la Constitución al Congreso de la República (ordinal e del numeral 19 del artículo 150) y al Presidente de la República en el evento del numeral 14 del artículo 189 ibídem; y, en el ámbito territorial, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales (numeral 7 del artículo 300 y numeral 6 del artículo 313 de la Constitución), ora a los Gobernadores y Alcaldes en las precisas circunstancias previstas en los artículos 305 (numeral 7) y 315 (numeral 7) de la misma Carta.» (Destacado fuera del texto)

En consecuencia y en virtud de la jurisprudencia señalada anteriormente, en criterio de esta Dirección Jurídica la creación de elementos salariales o prestacionales para los empleados públicos, tales como la prima de riesgo que menciona en su consulta; es del Gobierno Nacional quien se encuentra constitucionalmente facultado para establecer elementos o factores salariales y prestacionales de los servidores públicos, tanto a nivel nacional como a nivel territorial, de conformidad con los parámetros generales fijados por el Congreso de la República, en observancia del artículo 150 numeral 19 literal e) de la Carta Política, razón por la cual las Corporaciones Públicas del orden territorial no tienen competencia en la materia.

¿Cuál podría ser la justificación legal para no reconocerlo y pagar la Prima de riesgo en los Departamentos y a los Municipios?

R/. Se respondió en el interrogante No. 03.

¿A que, empleados de planta, en una Gobernación Departamental que según su nivel (profesional, técnico y asistencial) que trabajan por turnos de la 06:00 pm a las 06:00 am, se les debe reconoce y pagar el recargo nocturno, por qué?

R/. Sobre la jornada laboral para los empleados públicos, el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 establece:

«ARTICULO 33.- 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 horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia 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.»

⁶ *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.*

Frente a la jornada laboral el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, con ponencia de la Dra. Sandra Lisette Ibarra Vélez, en Sentencia del 19 de febrero de 2015, señaló lo siguiente:

«Como se desprende de la norma, la jornada ordinaria de trabajo corresponde a 44 horas semanales, pero se contempla una excepción para aquellos empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, a los que podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas. Dentro de esos límites fijados en el artículo, podrá el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor,

sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras; hace la advertencia que el trabajo realizado el día sábado, no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal, aplicándose lo dispuesto para las horas extras. La regla general para empleos de tiempo completo es de 44 horas semanales y por excepción la Ley 909 de 2004, creó empleos de medio tiempo o de tiempo parcial.» (Subrayado fuera de texto)

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 de los empleados públicos del orden territorial, se concluyó que:

«La norma general sobre la jornada de trabajo de los empleados públicos se encuentra prevista en el artículo 33 del Decreto - Ley 1042 de 1978, así:

«ARTÍCULO 33.- 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 horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o (de simple vigilancia)7 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». (Lo subrayado y el paréntesis son de la Sala).

Como se observa, la disposición transcrita no solo refiere a la noción de jornada laboral, sino también a la de horario de trabajo.

La jornada laboral en el sector público es aquel tiempo máximo establecido por la ley, durante el cual los empleados deben cumplir o desarrollar las funciones previamente asignadas por la Constitución, la Ley o el reglamento8.

El artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 señala que la regla general aplicable a los empleos públicos del nivel nacional o territorial corresponderá a una jornada laboral de cuarenta y cuatro (44) horas semanales, la cual se encuentra vigente pues no existe reglamentación posterior a ella, como lo reconoce la remisión hecha por el artículo 22 de la Ley 909 de 2004, citado.

De otra parte, el horario de trabajo, esto es la distribución de la jornada laboral según las necesidades de cada entidad, dependerá de las funciones impuestas y las condiciones en que deban ejecutarse. De conformidad con lo dispuesto como regla general en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978, es una competencia administrativa del jefe de la entidad establecer el horario de trabajo que deben cumplir los servidores públicos, dentro del límite de la jornada laboral de 44 horas semanales.

Dentro del aludido límite podrá el jefe del organismo establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras. La noma dispone que el trabajo realizado el día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo que exceda la jornada máxima semanal (44 horas), aplicándose lo dispuesto para las horas extras.» (Subrayado Nuestro)

De acuerdo a la normativa y jurisprudencia citada, la jornada máxima legal para los empleados públicos de los niveles nacional y territorial, es de 44 horas semanales, en donde, dentro del límite fijado en dicho artículo y teniendo en cuenta las necesidades del servicio, el jefe de la respectiva entidad puede establecer el horario de trabajo y si es el caso, 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.

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

En cuanto al trabajo suplementario o de horas extras, esto es el adicional a la jornada ordinaria de trabajo, señalamos que de conformidad con el Decreto 1042 de 1978, éste se autorizará y remunerará teniendo en cuenta los requisitos exigidos en el mismo y en las demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, tales como:

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.

En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales.

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 Salarial 473 de 2022).

En todo caso la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal, de acuerdo con el inciso final del artículo 14 del Decreto Salarial 473 de 2022.

Así mismo, los artículos 39 y 40 del citado Decreto Ley 1042, regulan el trabajo ordinario y ocasional de dominicales y festivos, así:

«ARTICULO 39. DEL TRABAJO ORDINARIO EN DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS. Sin perjuicio de lo

que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán 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 descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos.

ARTICULO 40. DEL TRABAJO OCASIONAL EN DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS. Por razones

especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.

Para efectos de la liquidación y el pago de la remuneración de los empleados públicos que ocasionalmente

laboren en días dominicales y festivos, se aplicarán las siguientes reglas: (...)

d) El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si éste fuere menor. (...)»

Con respecto al término «habitual» enmarcado dentro de las jornadas ordinarias de trabajo el tratadista Diego Younes, expresó: «Tal sistema presupone la calificación básica de habitualidad y permanencia de un servicio de trabajo, por oposición a la que recaería sobre un trabajo ocasional, transitorio, ajeno por naturaleza a sistemas o prospectos, determinables en cada caso y sólo para uno, con un ámbito restringido orgánicamente y viable sólo por razones de servicio. Y es apenas lógico que como habitual se considere un trabajo de tal naturaleza que no puede interrumpirse domingos y festivos, aunque no lo cumplan siempre los mismos empleados, sino se alterne al efecto conforme a un sistema establecido previamente por requerirlo la naturaleza de dicho trabajo».

Por su parte la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 13 de agosto de 1.998, expediente 21-98, precisó: «(...) el trabajo habitual u ordinario en dominical y festivo, es aquél que se presta en forma permanente, aun cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos, pues la permanencia se refiere a la habitualidad del servicio. (...)».

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 11 de diciembre de 1997, expediente 10.079, se pronunció sobre el trabajo habitual y ocasional en días dominicales y festivos, así:

«La razón de ser de dicha distinción normativa - se refiere a la remuneración diferente por trabajo habitual u ocasional en días dominicales o festivos - radica en la necesidad de garantizar el derecho fundamental al descanso a quienes laboren con regularidad (que no significa continuidad), en días que para la generalidad a los trabajadores son de descanso obligatorio, pues de no brindar el legislador ese amparo

específico, se permitiría la explotación de esos trabajadores, riesgo que no se corre respecto de quienes cumplen esa tarea en domingo de manera excepcional y dentro de las restricciones legales».

En consecuencia, cuando el trabajo de los días dominicales o festivos es habitual y permanente, se tiene 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, independientemente del nivel jerárquico al que pertenezca el empleado.

Mientras que, el trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si éste fuere menor. En este caso, sólo tienen derecho a su reconocimiento los empleados del nivel técnico hasta el grado 9 y asistencial hasta el grado 19.

Por otra parte, el 34 del citado Decreto Ley 1042 regula la jornada ordinaria nocturna, entendida como aquella que de manera habitual empieza y termina entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente. Para quienes ordinaria o permanentemente laboren en dicha jornada tienen derecho a recibir un recargo del 35% sobre el valor de la asignación mensual, independiente del nivel jerárquico del empleo. No cumplen jornada nocturna los empleados, que después de las 6:00 p.m. completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

Las jornadas mixtas, de que trata el artículo 35 del Decreto Ley 1042 se reconoce a quienes trabajen ordinariamente por el sistema de turno, cuando las labores incluyan horas diurnas y nocturnas, estas últimas se remuneraran con un recargo del 35%, independientemente del nivel al que este adscrito el empleado.

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.

El Consejo de Estado mediante sentencia del 12 de febrero de 2015, dispuso lo siguiente:

«4.2.2.- Sobre la reliquidación de los recargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos:

Advierte la Sala que la administración ha venido cancelando al actor dicho trabajo teniendo en cuenta el porcentaje del 35% indicado en el Decreto 1042 de 1978, así como la asignación básica mensual, sin embargo, viene empleado para el cálculo del valor, un común denominador de 240 horas mensuales.

Al contestar la demanda, el Distrito de Bogotá informa que paga los recargos ordinarios nocturnos así: Asignación Básica Mensual /240 x 35% x No. Horas laboradas

Afirma la entidad que para dividir por 240 horas se ha tenido en cuenta el manual de liquidación de nómina del Distrito Capital en el cual el denominador es una constante de 240 y no un factor variable (hecho décimo noveno de la contestación de la demanda f.229).

Al respecto, la Sala aclara que al tenor del artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, el recargo nocturno equivale a un 35% del valor de la hora ordinaria la cual se determina con sujeción a la asignación básica que corresponde a la jornada de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 ibídem, jornada que equivale a 190 horas mensuales y no 240.

Así las cosas, el sistema de cálculo empleado por el Distrito de Bogotá, sobre 240 horas como denominador constante, resulta errado y va en detrimento de los intereses del actor, toda vez que reduce el valor del recargo, teniendo en cuenta que el mismo debe partir de la asignación básica mensual sobre una jornada de 190 horas mensuales.

En ese orden, hay lugar a ordenar el reajuste de los recargos nocturnos laborados por el actor, teniendo en cuenta que se debe emplear para el cálculo de los mismos, el número de horas mensuales de la jornada ordinaria laboral en el sector público (190) y no la constante de 240, por lo tanto, la fórmula correcta que deberá emplear la administración para la liquidación de los recargos nocturnos es la siguiente:

Asignación Básica Mensual 35% * Número horas laboradas con recargo 190*

De donde el primer paso es calcular el valor de la hora ordinaria que resulta de dividir la asignación básica mensual (la asignada para la categoría del empleo) en el número de horas establecidas en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 para el sector oficial (44 horas semanales)

que ascienden a 190 horas mensuales.

Establecido el factor hora, el segundo paso es liquidar las horas laboradas con recargo, para lo cual se multiplica el factor hora por el porcentaje del recargo nocturno establecido en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 en 35%, por el número de horas laboradas entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m., es decir, el tiempo en jornada ordinaria nocturna sujeta al recargo que se hubieren trabajado al mes.

Respecto al trabajo ordinario en días dominicales y festivos, el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señala que la misma debe ser equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más 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, lo cual equivale a una sobre remuneración del 200% conforme al porcentaje empleado por la entidad demandada.

(...)

En criterio de la Sala, dicho parámetro no se ajusta al Decreto 1042 de 1978, toda vez que para el cálculo del tiempo suplementario el Distrito de Bogotá debió tener en cuenta la asignación básica mensual sobre el número de horas de la jornada ordinaria mensual equivalente a 190 horas y no 240, al no ser así, se afectó el cálculo del valor del recargo en detrimento del actor.

Por lo anterior, la Sala procederá a ordenar el reajuste de los dominicales y festivos laborados por el actor, para lo cual, la entidad deberá tener en cuenta los parámetros indicados por los artículos 33, 35, 36 y 39 del Decreto 1042 de 1978, es decir el factor hora será calculado con base en la asignación básica mensual dividida por el número de horas de la jornada ordinaria mensual (190) y no 240.»

De acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado, se concluye que el cálculo que se debe emplear para la liquidación de los cargos nocturnos y el trabajo en dominicales y festivos es sobre el número de horas de la jornada ordinaria mensual, es decir 190 horas, así:

«Asignación Básica Mensual* 35% * Número horas laboradas con recargo 190

De donde el primer paso es calcular el valor de la hora ordinaria que resulta de dividir la asignación básica mensual (la asignada para la categoría del empleo) en el número de horas establecidas en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 para el sector oficial (44 horas semanales) que ascienden a 190 horas mensuales.

Establecido el factor hora, el segundo paso es liquidar las horas laboradas con recargo, para lo cual se multiplica el factor hora por el porcentaje del recargo nocturno establecido en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978 en 35%, por el número de horas laboradas entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m., es decir, el tiempo en jornada ordinaria nocturna sujeta al recargo que se hubieren trabajado al mes.»

Es importante señalar, que para que se reconozcan horas extras el empleado público deberá pertenecer 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. Es decir, para la vigencia 2022, los empleados del nivel territorial, que devenguen igual o menos de \$1.832.406 (técnico 9) y \$1.966.979 (asistencial 19), tienen derecho al reconocimiento de horas extras.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que el empleado público que devengue un salario mayor al establecido por el Decreto 473 de ibidem, no tendría derecho a percibir horas extras, de conformidad con el marco legal que se ha dejado descrito.

En el hipotético casos de los concursos convocados por La Comisión Nacional De Servicios Civil donde que se exige como requisito de posesión en un empleo público demostrar el dominio del inglés comúnmente hablado por medio de presentar y superar una prueba donde se demuestre la competencia de ingles comúnmente hablado en el territorio insular del Departamento Archipiélago, ley 47 en el artículo 42, 45 y 57 de 1993, en el evento hipotético que se posesionara una persona sin presentar o superar dicha prueba, se podría anular por ese solo hecho la vinculación a la planta a un concursante que haya ocupado el primer lugar en la lista de elegible? ¿O sería sanable con la presentación posterior de dicha prueba? (Convocatoria 1110 de 2019, Territorial Gobernación Del Archipiélago De San Andrés Providencia Y Santa Catalina 20191000001636, artículo 6, parágrafo 3º)

R/. De acuerdo a lo señalado en el Decreto 430 de 2016, no es de nuestra competencia pronunciarnos sobre el particular, por lo que se sugiere respetuosamente elevar su solicitud ante la entidad que haya ofertado el empleo respectivo y ante quien se tomó posesión del empleo.

Con 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 <https://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

Proyectó: Luz Rojas Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:47:54