



## Función Pública

# Concepto Sala de Consulta C.E. 1254 de 2000 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

JORNADA LABORAL - Adecuación en instituciones prestadoras de salud / INSTITUCION PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD - Adecuación de la jornada laboral / JORNADA LABORAL - Ampliación

La misma ley flexibiliza las condiciones laborales del personal asistencial que presta servicios de salud en las entidades de derecho público, al permitir más de una vinculación en el sector oficial, siempre que no exista cruce de horarios, en aras de garantizar el acceso permanente a la prestación del servicio público esencial de salud. En consecuencia, las entidades nominadoras pueden efectuar movimientos justificados de las plantas, ajustando el horario o jornada a las necesidades del servicio, de acuerdo a la ley. A términos del artículo 33 del decreto 1042 de 1978 en concordancia con las normas acabadas de citar, dentro de estos límites, el jefe del respectivo organismo puede señalar los horarios 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. Ahora bien, teniendo en cuenta la finalidad de la ley 269 de 1996 - establecer una excepción a la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público -, la ampliación de la jornada a un máximo de 12 horas diarias y 66 semanales, no significa necesariamente que se haya abandonado el límite legal de la jornada ordinaria con la misma entidad pública. De este modo, es posible que un determinado servidor preste sus servicios por fuera de la jornada ordinaria de 44 horas ( art. 33 del decreto 1042 de 1978 ), en la misma o en otra entidad pública.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio 4226 de 25 de mayo de 2001.

TURNO DE DISPONIBILIDAD - Racionalización y remuneración en Instituciones de salud - SERVICIO DE SALUD - Turno de disponibilidad / REMUNERACION - Turno de disponibilidad de empleados de institución hospitalaria / TRABAJO SUPLEMENTARIO - Remuneración en turno de disponibilidad

Los turnos de disponibilidad no están expresamente reglamentados en la ley. Por aplicación de las normas generales - decreto 1042 de 1978 - y partiendo de la noción de jornada de trabajo, se concluye que si el servidor esta cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad está comprendido en ella y se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron (jornada nocturna, dominical, etc.) , en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas. Si el empleado está cumpliendo la jornada asignada, el turno de disponibilidad hace parte de la misma y no se presta servicio alguno por cuanto no se efectuó llamada, conforme a la normatividad vigente, sólo se tendrá derecho a la asignación básica. En el primer caso puede presentarse, además, la posibilidad de trabajo suplementario, el que será remunerado como ya quedó expuesto. En consecuencia, en estos eventos la entidad nominadora al designar el personal médico, señalará el número de horas que deben ser cumplidas y, al asignar el horario, determinará las modalidades de prestación del servicio, las jornadas respectivas y los turnos de disponibilidad. Las consecuencias salariales se derivarán de dichas condiciones laborales.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio 4226 de 25 de mayo de 2001.

HOSPITAL MILITAR CENTRAL - Reconocimiento de trabajo suplementario a empleados públicos y trabajadores oficiales / REMUNERACION - Trabajo suplementario de servidores del Hospital Militar Central / HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS - Reconocimiento para servidores del Hospital Militar Central

El decreto 2701 de 1988 no regula el asunto de la consulta. En materia salarial y prestacional los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados al Hospital Militar Central, deben regirse por el régimen especial que habrá de dictar el gobierno nacional. Entre tanto, para efectos

del reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos de sus empleados públicos, debe acudir a la aplicación de las normas generales contenidas en el decreto 1042 de 1978, en la forma precisada en este concepto. También se aplicará a los trabajadores oficiales, de la manera dicha, sin perjuicio de las cláusulas de las convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales vigentes sobre la materia. Se tendrá en cuenta que, conforme al concepto, correspondería a la administración decidir, en cada caso concreto, si inaplica las normas de los decretos 222 de 1932 y 035 de 1999. En el evento de considerarlo procedente, las sobre remuneraciones deberían ser reconocidas hasta el nivel profesional, sin restricción en los niveles técnico y asistencial por razón del grado de remuneración.

El principio de inescindibilidad no resulta afectado por la aplicación de la norma general - decreto 1042 de 1978-.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio 4226 de 25 de mayo de 2001.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

Santafé de Bogotá, D. C, nueve (9) de marzo de 2000

Radicación número: 1254

Actor: MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL

Referencia: Horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos. Reconocimiento y pago. Hospital Militar Central

El señor Ministro de Defensa Nacional, dada la disparidad de criterio de los conceptos jurídicos rendidos al respecto por diversas entidades y personas - los cuales anexó a su solicitud -, acude a la Sala inquiriendo si procede el reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, festivos y dominicales al personal del Hospital Militar Central.

Al efecto, plantea los siguientes interrogantes:

"1. Debe el nominador atenerse al estricto cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 2701 de 1.988 por el cual se reforma el Régimen Prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional?

"2. Habida consideración que el Decreto Ley 2701 de 1.988 en ninguna de sus partes trata sobre el reconocimiento de compensatorios y pago de horas extras, recargos por labor en jornada nocturna, dominicales y festivos, se puede recurrir a la norma de carácter general, o sea, al Decreto 1042 de 1.978, omitiendo la teoría de la inescindibilidad?

"3. Cómo se puede reconocer la prestación de servicios en tiempo extra y los recargos nocturnos dominicales y festivos a los servidores públicos que prestan habitualmente sus servicios a la Entidad?

“4. Cuando un servidor público no labora las cuarenta y cuatro (44) horas semanales a que está obligado como empleado público de tiempo completo puede el nominador modificar la jornada, ajustándola a dicho tiempo?

“5. Se constituye en derecho adquirido el hecho que un servidor público consuetudinariamente haya laborado en determinado cargo o jornada, razón por la cual no puede el nominador en aras de mejorar el servicio hacer el respectivo traslado de empleo o modificación de la jornada laboral?

“6. Ahora, en el evento que sea posible acudir a la norma general, Decretos 1042/78 y 035/90:

“a) Puede el nominador reconocer tiempo compensatorio y/o pago de horas extras, recargos por dominicales y festivos a los servidores públicos que prestan sus servicios a la Entidad en forma habitual y sin discriminación?

“b) En consideración a que el Gobierno Nacional hasta la fecha no ha reglamentado el artículo 34 del Decreto 1042 de 1.978, puede el nominador del establecimiento público Hospital Militar Central reconocer tiempo compensatorio o el pago de recargos nocturnos a todos los servidores públicos que prestan sus servicios en dicha jornada laboral?

“c) En el evento que un empleado público del nivel profesional, técnico o asistencial que labora en jornada nocturna día de por medio de las 20:45 a las 7:15 horas del día siguiente le da derecho al reconocimiento de recargo nocturno común y corriente aunque no labore las cuarenta y cuatro (44) horas semanales, hay lugar al reconocimiento de días compensatorios por las horas dominicales y/o festivas laboradas que hacen parte de la jornada, a pesar de no laborar la semana completa y percibir los respectivos recargos nocturno y dominical y/o festivos?

“7.Cuál es la diferencia fundamental entre trabajo habitual y ocasional, cuando se labora en turno, dominicales y festivos?

“8. Como quiera que para los turnos de disponibilidad de profesionales de la salud, no existe dispositivo legal que regule esta materia, puede la administración compensar o pagar los turnos de disponibilidad presencial y no presencial, es decir, cuando se presta realmente el servicio y cuando no se presta ningún servicio?”.

Consideraciones de la Sala

Corresponde al Congreso, entre otras atribuciones, expedir las leyes que han de regir el ejercicio de las funciones públicas, así como dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos - vinculados estatutariamente -, y expedir los estatutos de personal de los establecimientos públicos (art. 150.19 y 23 de la C. P.). Respecto de los trabajadores oficiales, vinculados contractualmente a la administración, las condiciones de la relación laboral señaladas en la ley se toman como beneficios mínimos, superables mediante la negociación colectiva.

Por empleo entiende la ley, el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado (art. 2°, decreto 2503 de 1998). La prestación personal, subordinada y remunerada de servicios a la administración con el lleno de las formalidades legales, mediante una vinculación estatutaria o contractual, constituye la relación laboral de derecho público, fuente a su vez, del régimen salarial y prestacional. El trabajo ordinario y el suplementario, cumplido por el trabajador, se remunera mediante la contraprestación del salario, que es todo lo que percibe el trabajador como retribución por sus servicios, el que, a su vez, determina el monto de las prestaciones sociales.

Por su parte, la jornada de trabajo es una de las condiciones de la relación laboral y, por tanto, está sometida a lo que en la materia disponga la ley, pues hace parte del ejercicio de la función pública.

El Constituyente, con el fin de asegurar la especial protección al trabajo y su ejercicio en condiciones dignas y justas, previó en favor de los trabajadores varios derechos y sus correspondientes garantías. También consagró algunos principios mínimos fundamentales, entre ellos, el de la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, y el relativo al descanso necesario ( arts. 25 y 53 de la C.P.). A su vez el legislador, en desarrollo de sus competencias, estableció una jornada máxima de trabajo y autorizó el trabajo suplementario remunerado.

Por ello cuando, por razones especiales del servicio, es necesario trabajar en días y horas que no hacen parte de la jornada ordinaria, procede el reconocimiento de las horas extras o del descanso compensatorio - en la forma que más adelante se precisará - y, al efecto, la ley otorga tratamiento diferente al trabajo en los días de descanso dominical y festivo, según se trate de situaciones habituales o excepcionales; así como al trabajo extra en la jornada diurna o nocturna, y al trabajo permanente nocturno.

#### Naturaleza del Hospital Militar Central

La naturaleza del Hospital Militar Central desde su creación - por decreto 2775 de 1959-, ha sido la de establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa.

El decreto ley 2701 de 1.988, por el cual se reformó el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, se limitó a señalar, respecto de la jornada de trabajo, que “los empleados públicos y trabajadores oficiales debían prestar sus servicios dentro de la jornada reglamentaria de la respectiva entidad” ( art. 6° ), y que la remuneración de unos y otros, se regía por las normas legales vigentes y los contratos de trabajo, respectivamente ( art. 7° ), regulación que excluyó a dicho personal de la aplicación de las normas establecidas para los empleados públicos y trabajadores oficiales del mencionado Ministerio . (art. 1º )

El decreto ley 1301 de 1.994, que le dio al Hospital Militar Central el carácter de Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, conservando su naturaleza de establecimiento del orden nacional, fue derogado expresamente por la ley 352 de 1.997, la cual reestructuró el sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Dicho decreto, en el artículo 88, había dispuesto que los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios se regirían por las normas legales que para esta clase de servidores estableciera el gobierno nacional.

En punto a la naturaleza jurídica del Hospital Militar, el artículo 40 de la Ley 352 estatuyó:

“A partir de la presente Ley, la Unidad Prestadora de Servicios Hospital Militar Central se organizará como un establecimiento del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que se denominará Hospital Militar Central, con domicilio en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C.”

El gobierno nacional, a su vez, fue facultado para expedir el régimen de personal, en el artículo 46 así:

“Régimen de Personal. Las personas vinculadas al Hospital Militar Central tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales conforme a las normas vigentes, aunque en materia salarial y prestacional deberán regirse por el régimen especial establecido por el Gobierno Nacional”.

Mediante decreto 02 de 1.998 se aprobó el acuerdo 06 de 1997, por el cual la Junta Directiva del Hospital Militar Central adoptó los estatutos de la entidad. El capítulo V, que regula el régimen de personal en las materias salarial y prestacional, reiteró la misma fórmula de las disposiciones anteriores, esto es, se confirió al gobierno nacional la atribución de expedir tal normatividad.

Estatuyen los artículos 23 y 24 de los estatutos lo siguiente:

“23. Régimen Salarial. Los empleados y trabajadores oficiales que prestan sus servicios en el Hospital Militar Central para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos y subsidios se regirán por las disposiciones legales que para esta clase de servidores haya establecido el Gobierno Nacional”. (Se resalta)

“24. Régimen Prestacional. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Hospital Militar Central quedarán sometidos al régimen de pensiones previsto en la ley 100 de 1.993 y sus normas reglamentarias. En lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto Ley 2701 de 1.988 y normas que lo modifiquen o adicionen”.

Como se observa, el legislador en forma repetida facultó al gobierno nacional, para dictar disposiciones especiales relativas al régimen de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos de los servidores del Hospital Militar Central, reglamentación que hasta la fecha no se ha expedido.

Aplicación del decreto ley 1042 de 1978

El derecho legislado constituye un sistema normativo que prevé su propia integración, de manera que a quien lo aplica o lo interpreta, no le es dable excusarse de dirimir el conflicto o de interpretar la norma frente a la situación concreta, pretextando ausencia de norma expresa.

Sin embargo, este procedimiento de integración del derecho implica que la situación de hecho, no comprendida en norma expresa, sea en esencia igual a la razón de ser de la norma (ratio juris) que se aplica, para de esta manera hacer derivar, respecto de ella, los efectos de la hipótesis normativa.

Así las cosas, mientras se expide por el gobierno nacional, el régimen especial en materia salarial para los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados al Hospital Militar - conforme al mandato del artículo 46 de la ley 352 de 1997-, debe acudir a la aplicación de las normas generales que regulan el asunto de la consulta, esto es, del decreto 1042 de 1.978, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 5ª de 1.978, aplicable a los empleos del sector central y descentralizado del orden nacional.

Tal aplicación, respecto de los empleados públicos, se hará en toda su extensión, con la salvedad de la modificación introducida al mismo por artículo 13 del decreto 035 de 1999 y, en cuanto a los trabajadores oficiales, por la inaplicación que de las normas del decreto 222 de 1932 hiciera esta Corporación, para efectos de la remuneración del trabajo en días de descanso obligatorio por haber “... caído en la obsolescencia frente a otras que regulan este sistema de remuneración para el resto de trabajadores”<sup>1</sup>.

La modificación introducida por el decreto 035 de 1999 al decreto 1042 de 1978, en punto a la materia de la consulta, pasa a ser analizada de inmediato.

Alcances del decreto 035 de 1999

El decreto 2503 de 1998<sup>2</sup>, que establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del orden nacional, a las cuales se aplica la ley 443 de 1998, define, entre otros, los siguientes niveles jerárquicos, en consideración a las funciones:

“d) Nivel Profesional. Agrupa aquellos empleos a los cuales corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley;

“e) Nivel Técnico. En este nivel están comprendidos los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y la aplicación de tecnologías;

“f) Nivel asistencial.<sup>3</sup> Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo administrativo, complementarias de las actividades propias de los niveles superiores, o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.”(art.4)

Mediante decreto 035 de 1999, expedido en ejercicio de la ley 4ª de 1992 y por el cual se fijan las escalas de asignación básica de los empleos desempeñados por empleados de la rama ejecutiva nacional, se dispuso en el artículo 13:

“Horas extras, dominicales y festivos. Para que proceda el pago de horas extras y de dominicales y festivos o el reconocimiento de descansos compensatorios de que trata el Decreto 1042 de 1978 y sus modificatorios, el empleado deberá pertenecer al Nivel Técnico hasta el grado 09 o al Nivel Asistencial hasta el grado 19”. (Resalta la Sala)

Este precepto introduce, en principio, una discriminación injustificada y contraria a la Constitución, respecto de quienes desempeñan los empleos clasificados en el nivel profesional, en la medida que desconoce los derechos fundamentales a la igualdad (art.13) y la especial protección al trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), así como los principios mínimos de índole laboral de remuneración mínima vital, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo y descanso necesario, que también tienen el carácter de fundamentales.

En efecto, como lo ha sostenido la Corte Constitucional “el principio de igualdad se traduce en el derecho a que no se apliquen excepciones o privilegios que excluyan a unos individuos de lo que se concede a otros, en similares o idénticas circunstancias, de donde se colige necesariamente, que la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acontecimientos según las diferencias constitutivas de ellos. El principio de igualdad exige precisamente el reconocimiento a la variada serie de desigualdades entre los hombres; es decir, el principio de la igualdad es objetivo y no formal: él se predica de la igualdad de los iguales y de la diferencia entre desiguales, con lo cual se configura el concepto de generalidad concreta, que significa que no se pueden permitir regulaciones diferentes de supuestos iguales o análogos”.<sup>4</sup>

Y la misma Corporación ha dicho sobre este derecho:

“La Carta Política en su artículo 13 señala el derecho fundamental a la igualdad de todas las personas frente a la ley. Si bien lo que se pretende no es igualitarismo matemático, propende por un trato igual a las personas que se encuentran bajo unas mismas condiciones y por lo tanto, un tratamiento diferente a quienes se encuentran bajo distintas condiciones. Desarrollo de este principio de igualdad frente a la ley es el “a trabajo igual, salario igual” que se predica en las relaciones laborales. En esa materia, no puede darse un trato discriminatorio entre trabajadores que cumpliendo una misma labor bajo las mismas condiciones deben ser objeto de una remuneración similar. Sólo podría prodigarse un trato diferente, cuando como consecuencia de criterios razonables y objetivos, se justifique un trato diferente. No es posible dejar en manos de los patronos, sean estos públicos o privados, la posibilidad de desarrollar criterios subjetivos, caprichosos o amañados que lleven a un trato, aquí sí, discriminatorio entre trabajadores que cumplen una misma labor”.<sup>5</sup>

Resultaría así, contrario a la Constitución el precepto del artículo 13 del decreto 035 de 1999 - asunto que compete evaluar a quien aplica la norma al caso concreto<sup>6</sup> -, pues el trabajo suplementario y el realizado en dominicales y festivos por lo empleados del nivel profesional, debe ser remunerado en las mismas condiciones al desempeñado por los empleados clasificados en los niveles técnico y asistencial - sin discriminación por razón del grado de remuneración -, pues se impone, objetivamente, frente a los derechos y principios fundamentales de rango constitucional mencionados, proteger y dar tratamiento igualitario a quienes cumplen labores asistenciales análogas, que implican destinar - sin tener la calidad de empleados de los niveles de dirección, asesor o ejecutivo<sup>7</sup> - tiempo de descanso obligatorio, con mayor responsabilidad en el caso de los empleados del nivel profesional, incidiendo al respecto además, para efectos del reconocimiento salarial correspondiente, la naturaleza del servicio y el régimen especial de jornada laboral hasta de 66 horas semanales del denominado, en la ley 269 de 1996, “personal asistencial”

Por las anteriores razones, se estima que este precepto podría ser inaplicable para garantizar el imperio normativo de la Carta Fundamental - sin perjuicio de lo que en oportunidad disponga el máximo órgano de control constitucional -, a términos del artículo 4º de la misma, pues como ha

**Concepto Sala de Consulta C.E. 1254 de 2000 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil**

sentenciado la Corte:

“Es obvio que la discriminación salarial atenta contra la IGUALDAD como derecho fundamental constitucionalmente protegido e inherente a la relación laboral. Lo cual implica, en principio, que habrá discriminación cuando ante situaciones iguales se de un trato jurídico diferente, por eso se proclama el principio A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL “.<sup>8</sup>

Límites de la jornada laboral

Sin detrimento del principio de inescindibilidad<sup>9</sup>, pues las normas son concordantes finalística y cuantitativamente con las del decreto 1042, en el caso bajo examen la materia está especialmente regulada por la ley 269 de 1996, por la cual se reglamenta parcialmente el artículo 128<sup>10</sup> de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios en las entidades de derecho público, como lo es el Hospital Militar Central. En su artículo 2° se permite al personal asistencial que presta directamente servicios de salud, “desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público”, con el fin de garantizar la atención de este servicio público esencial y el acceso permanente de todas las personas al mismo, y al efecto establece que:

“La jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud podrá ser máximo de doce horas diarias sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera sea la modalidad de su vinculación”.<sup>11</sup>

La misma ley flexibiliza las condiciones laborales del personal asistencial que presta servicios de salud en las entidades de derecho público, al permitir más de una vinculación en el sector oficial, siempre que no exista cruce de horarios, en aras de garantizar el acceso permanente a la prestación del servicio público esencial de salud. En consecuencia, las entidades nominadoras pueden efectuar movimientos justificados de las plantas, ajustando el horario o jornada a las necesidades del servicio, de acuerdo a la ley.

Al efecto dispone el artículo 5°:

“Adecuación jornada laboral. Las instituciones prestadoras de servicios de salud podrán adecuar la relación laboral de los trabajadores oficiales y empleados públicos del sector, modificando las jornadas a las establecidas en la presente Ley, mediante el traslado horizontal a un cargo de igual grado, nivel y remuneración acorde con la jornada establecida, pudiendo disminuir o aumentar la intensidad horaria según el caso, siempre que las circunstancias del servicio lo permitan. Lo anterior no implica disolución de vínculo laboral, pérdida de antigüedad, ni cualquier otro derecho adquirido por el funcionario”.

A términos del artículo 33 del decreto 1042 de 1978 en concordancia con las normas acabadas de citar, dentro de estos límites, el jefe del respectivo organismo puede señalar los horarios 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.

Ahora bien, teniendo en cuenta la finalidad de la ley 269 de 1996 - establecer una excepción a la prohibición de recibir mas de una asignación proveniente del tesoro público -, la ampliación de la jornada a un máximo de 12 horas diarias y 66 semanales, no significa necesariamente que se haya abandonado el límite legal de la jornada ordinaria con la misma entidad pública. De este modo, es posible que un determinado servidor preste sus servicios por fuera de la jornada ordinaria de 44 horas (art. 33 del decreto 1042 de 1978), en la misma o en otra entidad pública.

Lo anterior, no implica que la vinculación con la administración deba ser necesariamente por jornadas de 44 horas semanales, pues ello dependerá de las necesidades del servicio. En estos casos, la jornada ordinaria - inferior a la máxima legal - será la señalada por la administración en el acto de nombramiento o en el contrato de prestación de servicios, si fuere éste procedente.

La jornada de trabajo puede ser diurna o nocturna o puede incluir las dos modalidades, en la denominada mixta. Por lo mismo, el trabajo suplementario - aquél que excede la jornada ordinaria -, también puede ser diurno o nocturno.

La jornada ordinaria nocturna está definida en el decreto 1042 de 1978 en forma separada para diferenciarla de las horas extras y así otorgarle un tratamiento y pago también diferentes. Conforme al artículo 34, es aquella que de manera habitual empieza y termina entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. del día siguiente. Así, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual. No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6:00 p.m. completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo”.

El pago de la jornada nocturna sólo requiere que el servicio se preste de manera “ordinaria o permanente” en el horario nocturno, independientemente del nivel jerárquico del empleo. Se resalta que esta modalidad de jornada no es dable compensarla en tiempo de descanso. Por el contrario, si el servicio se presta de manera excepcional en dicha jornada, su pago se hace de conformidad con el régimen de las horas extras.

La jornada mixta, como se indicó incluye horas diurnas y nocturnas, éstas últimas se pagan también con el recargo del 35% por el sólo hecho de corresponder a la jornada nocturna, pero son susceptibles de compensación.

Dispone al efecto el artículo 35:

“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”.

Como hasta la fecha no se conocen normas legales de carácter general que regulen la prestación del servicio por el sistema de turnos, habrá de estarse a esta preceptiva.

## 2.2. Horas extras

Los rasgos esenciales de la reglamentación del pago de horas extras son la excepcionalidad, la necesaria autorización previa escrita y el límite en su número por razón del nivel de los empleos y su grado de remuneración, con la salvedad hecha por la Sala respecto de la inaplicación del artículo 13 del decreto 035 de 1999.

El trabajo suplementario diurno y nocturno se remunera, previo el cumplimiento de los requisitos legales, con descanso compensatorio o con el pago de un recargo sobre la asignación básica mensual. En el primer caso, el recargo corresponde al veinticinco por ciento de aquella y en el segundo, al setenta y cinco por ciento; diferencia de valor justificada en el mayor esfuerzo físico y mental que exige el trabajo nocturno.

Dispone el Decreto ley 1042 de 1.978:

“ARTÍCULOS(SIC) 36. 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 éste hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

“El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:



“a. El empleo deberá pertenecer al nivel técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19” (modificado por el artículo 35 del decreto 035, norma que la administración determinará si es del caso inaplicar).

“b. El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

“c. El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.

“d. En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales. (Modificado D.E. 10/89)

“e. Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo”.

“ARTÍCULO 37. 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: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 por ciento sobre la asignación básica mensual. (...)”

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

Como la remuneración de las horas extras afecta el presupuesto de la entidad, el decreto 35 de 1.999, señala que sólo pueden concederse cuando exista la respectiva disponibilidad. Es importante tener en cuenta que, en el orden jerárquico de los empleos públicos, no solo es posible autorizarlas en los niveles técnico, sin restricción por razón del grado de remuneración, sino también en el profesional, si se considera pertinente inaplicar la norma. En caso de excederse el límite máximo de horas, las restantes deberán ser compensadas en tiempo, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.

Trabajo ordinario y ocasional en días dominicales y festivos

El decreto ley 1042 de 1.978, artículos 39 y 40, otorga tratamiento remunerativo diferente al trabajo realizado en los días de descanso dominical y festivo<sup>12</sup>, según se trate de situaciones habituales y permanentes, o excepcionales. En el primer caso, se remunera con una suma equivalente al doble del valor de un día de trabajo - valor no susceptible de ser compensado en tiempo -, más el disfrute de un día de descanso compensatorio; en el segundo, con un día de descanso o con una retribución igual al doble de la remuneración de un día de trabajo, a elección del servidor.

“ARTÍCULO 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 o 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...”

Se aclara que al momento de decidir cada caso concreto, la administración evaluará si procede inaplicar el artículo 13 del decreto 035 de 1999, ante la limitante que se establece en algunos grados de los niveles asistencial y técnico y en el profesional, para efectos del reconocimiento de estas sobre remuneraciones.

“ARTÍCULO 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:

“a. El empleo deberá pertenecer al nivel técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19, modificado por el artículo 13 del decreto 035/99 - cuya inaplicación podría ser viable, en la forma dicha -

“b. El trabajo deberá ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien éste hubiere delegado tal atribución, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las tareas que hayan de desempeñarse.

“c. El reconocimiento del trabajo en dominical o festivo se hará por resolución motivada.

“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.

“e. El disfrute del día de descanso compensatorio o la retribución en dinero, se reconocerán sin perjuicio de la asignación ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

“f. La remuneración por el día de descanso compensatorio se entiende incluida en la asignación mensual”.

En cuanto a los conceptos de habitualidad y ocasionalidad, están referidos a la naturaleza del servicio, de manera que si éste generalmente no es susceptible de interrupción y por tanto debe garantizarse su continuidad y permanencia, normalmente todos los días, - incluidos, claro está, los no hábiles -, el trabajo se torna en “habitual y permanente”, así quien deba prestarlo no lo haga de manera continua, pues la habitualidad no significa permanencia, sino frecuente ocurrencia, es decir forma repetida, como es el caso de quienes laboran en días domingos o festivos, por el sistema de turnos o lo hacen como parte de la jornada ordinaria. Por el contrario, es ocasional si se cumplen determinadas labores por fuera de la jornada ordinaria de manera transitoria y excepcional.

Por su parte la Sección Segunda de esta Corporación, 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, aún cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos, pues la permanencia se refiere es a la habitualidad del servicio, como sería el que se presta en un hospital...”.

También La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 11 de diciembre de 1.997, expediente 10.079, se pronunció al respecto:

“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 de 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”.

Turnos de disponibilidad

En punto a los turnos de disponibilidad no existe norma expresa que los regule y, por consiguiente, es necesario recurrir a la analogía para dilucidar el tema.

Conforme a las normas generales - decreto 1042 de 1978 -, la asignación básica del empleo público corresponde a jornadas de 44 horas semanales, las cuales puede la administración ajustar a las necesidades del servicio, señalando los horarios que estime pertinentes. Adicionalmente el artículo 5° de la ley 269 de 1996 autoriza la adecuación de la jornada laboral.

La ejecución de las labores encomendadas debe cumplirse, normalmente, dentro de la jornada de trabajo señalada por la administración. Las actividades laborales cumplidas por fuera de tal jornada constituye trabajo suplementario, remunerado como quedó establecido.

Sin embargo, algunas instituciones hospitalarias para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios de salud, particularmente en el área de los médicos especialistas, establecen turnos de disponibilidad, denominados de llamada, que se cumplen por fuera del lugar de trabajo.

Ahora bien, si el profesional se encuentra en el lugar de trabajo disponible, cumpliendo su jornada laboral, tales turnos se pagarán en las condiciones en que fueron prestados, reconociéndosele todo trabajo suplementario a la jornada respectiva.

Si se trata de turno de disponibilidad por fuera del lugar de trabajo, en condiciones tales que el servidor está en posibilidad de disponer de su tiempo, pero obligado a responder de inmediato el llamado de la administración, pueden presentarse, por lo menos, las siguientes situaciones:

-Que el servidor esté cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad esté comprendido en ella. Si se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron (jornada nocturna, dominical, etc.), en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas.

- Que el empleado esté cumpliendo la jornada asignada, el turno de disponibilidad haga parte de la misma y no se preste servicio alguno por cuanto no se efectuó llamada. En este evento, conforme a la normatividad vigente, solo se tendrá derecho a la asignación básica.

En el primer caso puede presentarse, además, la posibilidad de trabajo suplementario, el que será remunerado como ya quedó expuesto.

En consecuencia, en estos eventos la entidad nominadora al designar el personal médico, señalará el número de horas que deben ser cumplidas y, al asignar el horario, determinará las modalidades de prestación del servicio, las jornadas respectivas y los turnos de disponibilidad. Las consecuencias salariales se derivan de dichas condiciones laborales.

Esta es una manera de racionalizar los turnos de disponibilidad, resguardando que ellos se cumplan dentro de las jornadas de trabajo señaladas por la entidad, reconociendo como suplementario todo trabajo cumplido por fuera de ellas, sea presencial o no.

Acta de acuerdo suscrita entre el Ministerio de Defensa Nacional, el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, el Director del Hospital Militar Central y “Asemil”

En relación con la validez de los compromisos adquiridos en el acta suscrita el 6 de mayo de 1.997, por los funcionarios mencionados y miembros de la Organización sindical Asemil, para reglamentar el reconocimiento y pago del tiempo de disponibilidad, mediante turnos presenciales y de llamada, ellos no tienen poder vinculante, por cuanto el único competente para expedir el régimen en materia salarial y prestacional para las personas vinculadas al Hospital Militar Central, luego de la expedición de la ley 4ª de 1992 y de la ley 352 de 1997, es el Gobierno Nacional.

La Sala responde

1, 2 y 3. El decreto 2701 de 1988 no regula el asunto de la consulta. En materia salarial y prestacional los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados al Hospital Militar Central, deben regirse por el régimen especial que habrá de dictar el gobierno nacional. Entre tanto, para efectos del reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos de sus empleados públicos, debe acudirse a la aplicación de las normas generales contenidas en el decreto 1042 de 1978, en la forma precisada en este concepto. También se aplicará a los trabajadores oficiales, de la manera dicha, sin perjuicio de las cláusulas de las convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales vigentes sobre la materia.

Se tendrá en cuenta que, conforme al concepto, correspondería a la administración decidir, en cada caso concreto, si inaplica las normas de los decretos 222 de 1932 y 035 de 1999. En el evento de considerarlo procedente, las sobre remuneraciones deberían ser reconocidas hasta el nivel profesional, sin restricción en los niveles técnico y asistencial por razón del grado de remuneración.

El principio de inescindibilidad no resulta afectado por la aplicación de la norma general - decreto 1042 de 1978 -

4. La asignación mensual de los servidores del Hospital Militar Central, corresponde a jornadas de 44 horas semanales. Conforme a la ley 269 de 1996 la jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud, podrá ser máximo de 12 horas diarias y 66 semanales, cualquiera sea la modalidad de vinculación. Esta jornada extendida, sólo es dable cumplirla al personal asistencial que preste directamente servicios de salud y, por tanto, no cubre al personal administrativo de la entidad, ni al de dirección y confianza.

La legislación vigente, dentro del límite de dichas jornadas de trabajo, autoriza al jefe del organismo para establecer el horario de trabajo y la modalidad de las jornadas (diurna, nocturna, mixta). La remuneración corresponderá a las condiciones en que se presten estos servicios.

5. El jefe del organismo, según las necesidades del servicio, está facultado para establecer el horario de trabajo y la modalidad de las jornadas conforme a las cuales debe prestarse el servicio. Por tanto, no existe derecho adquirido a un horario o jornada determinados. En punto al cargo, se estará a la denominación del mismo en el acto de nombramiento respectivo y a las funciones señaladas en la ley o el reglamento. La modalidad de la jornada y el horario corresponde asignarlos al jefe del organismo.

Ahora bien, si se trata de "cargos" que corresponden al desarrollo organizacional interno de la entidad, que no comprenden actividades involucradas per se en el acto de nombramiento, pueden ser asignados de manera libre por el jefe del organismo, toda vez que no tocan con los alcances del acto condición, como sería el caso de la rotación de los coordinadores de áreas científicas.

De otra parte, conforme al artículo 5º de la ley 269 de 1996, es posible adecuar la relación laboral de los trabajadores oficiales y empleados públicos del sector salud, modificando las jornadas a las establecidas en la ley, mediante traslados horizontales a un cargo de igual grado, nivel y remuneración acorde con la jornada establecida, pudiendo aumentar o disminuir la intensidad horaria, si las circunstancias del servicio lo permiten.

6. a), b) y c) Se respondieron en el punto 1, 2 y 3.

7. La diferencia fundamental entre trabajo habitual y ocasional, cuando se labora en turnos dominicales y festivos, radica en la naturaleza del servicio, de manera que si éste no es susceptible de interrupción sino que debe garantizarse su continuidad en días no hábiles, el trabajo se torna en "habitual y permanente", así quien deba prestarlo no lo haga de manera continua, ya que habitualidad no significa permanencia, sino frecuente ocurrencia, es decir, forma repetida, como es el caso, precisamente, de quien labora por el sistema de turnos.

8. Los turnos de disponibilidad no están expresamente reglamentados en la ley. Por aplicación de las normas generales - decreto 1042 de 1978 - y partiendo de la noción de jornada de trabajo, se concluye que si el servidor esta cumpliendo la jornada asignada y el turno de disponibilidad está comprendido en ella y se prestan servicios durante la disponibilidad, ellos se reconocerán atendiendo las condiciones específicas en que se prestaron (jornada nocturna, dominical, etc.), en proporción a los servicios efectivamente prestados, cuantificados en horas.

Si el empleado está cumpliendo la jornada asignada, el turno de disponibilidad hace parte de la misma y no se presta servicio alguno por cuanto no se efectuó llamada, conforme a la normatividad vigente, sólo se tendrá derecho a la asignación básica.

En el primer caso puede presentarse, además, la posibilidad de trabajo suplementario, el que será remunerado como ya quedó expuesto.

En consecuencia, en estos eventos la entidad nominadora al designar el personal médico, señalará el número de horas que deben ser cumplidas y, al asignar el horario, determinará las modalidades de prestación del servicio, las jornadas respectivas y los turnos de disponibilidad. Las consecuencias salariales se derivarán de dichas condiciones laborales.

Transcribese al señor Ministro de Defensa Nacional. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la república.

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE      CESAR HOYOS SALAZAR

Presidente de la Sala

LUIS CAMILO OSORIO

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

#### NOTAS DE PIE DE PÁGINA

<sup>1</sup> Sentencia Sección Segunda, octubre 23 de 1997, Exp. 14.034 : "...ello sin lugar a dudas rompe con el derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política, sin que exista una razón distinta al olvido del legislador de proveer la normatividad respectiva, toda vez que si bien no puede sostenerse el derecho absoluto del trabajador a una remuneración igual aún en cargos similares en los distintos órdenes, sí puede exigirse un trato semejante respecto a las condiciones generales que rigen el régimen salarial, como sería en este caso el régimen del descanso remunerado y de la remuneración del trabajo habitual en días de descanso obligatorio"

<sup>2</sup> El art. 11 dispone la derogatoria, en lo pertinente, del decreto 1042 de 1978 y de las disposiciones contrarias.

<sup>3</sup> Este nivel no se corresponde con el "personal asistencial" a que se refiere la ley 269 de 1996.

<sup>4</sup> Sentencia T- 612 de 1995 . La T- 591 de 1992 resume los elementos que caracterizan el derecho a la igualdad.

<sup>5</sup> Sentencia T- 394 de 1998

<sup>6</sup> Sentencia C-055 de 1999 : “ El Estado, como lo ha afirmado la Corte, está obligado a proteger y garantizar la vigencia de los principios mínimos fundamentales en todas las relaciones laborales oficiales o privadas; el legislador debe dar eficacia a los mismos y a los derechos fundamentales en el ámbito jurídico; y el juez - al igual que el administrador , agrega ésta Sala - interpretar el derecho siempre a través de tales garantías constitucionales (...) Los principios enunciados constituyen tan sólo un mínimo de derechos (...) que bien pueden adicionarse con otros (...) pero jamás desconocerse, que son mandatos imperativos de obligatorio cumplimiento que impregnan íntegramente el derecho laboral en todos sus órdenes y se constituyen en pauta para su aplicación e interpretación y en garantías que el Estado está obligado a asegurar.”

<sup>7</sup> La dirección y confianza implican, doctrinariamente, facultades de mando y organización que no son propias de quienes se clasifican en el nivel profesional.

<sup>8</sup> La Sentencia de la Corte Constitucional SU-519 de 1997 señala que este principio “... se expresa (...) en términos de igualdad : “a trabajo igual salario igual”. La norma constitucional -art. 53 -, además de estar encaminada a la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas, es un desarrollo específico del principio general de la igualdad, inherente al reconocimiento de la dignidad humana, que impone dar el mismo trato a las personas que se encuentran en idéntica situación, aunque admite la diversidad de reglas cuando se trata de hipótesis distintas...”. Consultar también la Sentencia T- 018 de 1999.

<sup>9</sup> El principio de inescindibilidad implica la aplicación íntegra de un régimen o precepto, lo que supone la imposibilidad de acogerse a una parte de ellos despreciando la otra, o fundir normas o regímenes, para obtener uno nuevo, más favorable.

<sup>10</sup> El artículo 128 de la C.P. prohíbe desempeñar simultáneamente mas de un empleo público y recibir mas de una asignación que provenga del tesoro público. La ley 269 establece una excepción a la prohibición.

<sup>11</sup> El decreto 1042/78 establece una jornada ordinaria de 44 horas semanales y autoriza jornadas hasta de 12 horas diarias en las actividades que se ejecutan de manera discontinua o intermitente., para un máximo de 66 semanales.

<sup>12</sup> La ley 51 de 1983, consagra el derecho al descanso remunerado en los días de fiesta de carácter civil o religioso para los trabajadores de los sectores público y privado y el traslado de algunos de ellos al lunes siguiente.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-09-27 06:19:49*