



Bogotá, D.C.

Señor
HENRY CUELLAR TORRES
Transversal 76D No 81G-20
Barrio Minuto de Dios la Palestina.
Bogotá.

Ref.: EMPLEOS Jornada laboral personal que se encuentra prestando el servicio social obligatorio. Aceptación de renuncia. **Rad: 2015-206-008947-2 del 12 de mayo de 2015.**

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTOS JURIDICOS:

¿Cuál es el término de aceptación de la renuncia irrevocable?

¿Cuál es la jornada laboral de los profesionales que prestan el servicio social obligatorio?

FUENTES FORMALES

1. Decreto 1042 de 1978 Jornada de trabajo y viáticos.
2. Ley 1164 de 2007 Servicio social obligatorio
3. Decreto 2400 de 1968 Renuncia irrevocable.

ANÁLISIS

1. Vinculación prestación del servicio social obligatorio.

La Oficina Jurídica del Ministerio de Salud, en el Boletín Jurídico Número 1 de diciembre de 2005 manifestó lo siguiente en relación con los profesionales que prestan el servicio social obligatorio:

"De conformidad con lo dispuesto en la Ley 50 de 1981, las tasas remunerativas y el régimen prestacional de los profesionales que prestan el Servicio Social Obligatorio, serán los propios de la institución a la cual se vincule para el cumplimiento de dicho servicio, es decir se les aplicará las mismas normas. Lo anterior significa que a estos profesionales se les aplicarán los factores salariales que estén establecidos para los funcionarios de la institución donde desarrolla el servicio, las prestaciones sociales, al igual que la jornada de trabajo establecida.

Cabe señalar que todo profesional en Servicio Social Obligatorio se vincula a la institución mediante la modalidad legal o reglamentaria la cual le da el carácter de Empleado Público, pero por tratarse del cumplimiento de un deber legal, el nombramiento se hace a término fijo; en consecuencia, no se requiere que al vencimiento del mismo se declare insubsistente el nombramiento o se le solicite la renuncia,...

De otra parte, la Ley 1164 de 2007 en relación con el tema, contempló:

ARTÍCULO 33. DEL SERVICIO SOCIAL. Créase el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud, el cual debe ser prestado en poblaciones deprimidas urbanas o rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, en entidades relacionadas con la prestación de servicios, la dirección, la administración y la investigación en las áreas de la salud. El Estado velará y promoverá que las instituciones prestadoras de servicios (IPS), Instituciones de Protección Social, Direcciones Territoriales de Salud, ofrezcan un número de plazas suficientes, acorde con las necesidades de la población en su respectiva jurisdicción y con el número de egresados de los programas de educación superior de áreas de la salud.

El servicio social debe prestarse, por un término no inferior a seis (6) meses, ni superior a un (1) año.

El cumplimiento del Servicio Social se hará extensivo para los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, sin perjuicio de lo establecido en los convenios y tratados internacionales.

PARÁGRAFO 1º. El diseño, dirección, coordinación, organización y evaluación del Servicio Social creado mediante la presente ley, corresponde al Ministerio de la Protección Social. Igualmente, definirá el tipo de metodología que le permita identificar las zonas de difícil acceso y las poblaciones deprimidas, las entidades para la prestación del servicio social, las profesiones objeto del mismo y los eventos de exoneración y convalidación.

PARÁGRAFO 2º. El Servicio Social creado mediante la presente ley, se prestará por única vez en una profesión de la salud, con posterioridad a la obtención del título como requisito obligatorio y previo para la inscripción en el Registro Único Nacional.

PARÁGRAFO 3º. La vinculación de los profesionales que presten el servicio debe garantizar la remuneración de acuerdo al nivel académico de los profesionales y a los estándares fijados en cada institución o por la entidad territorial y la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a Riesgos Profesionales. En ningún caso podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales. (Negrita y subrayado fuera del texto).

El Ministerio de la Protección Social, en ejercicio de sus competencias, emitió la Resolución 1058 del 23 de marzo de 2010, "Por medio de la cual se reglamenta el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud y se dictan otras disposiciones", que reguló el tema en los siguientes términos:

Artículo 15. Vinculación y remuneración. Las plazas del Servicio Social Obligatorio se proveerán mediante la vinculación de los profesionales a la institución a través de nombramiento o contrato de trabajo, o, en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicios, garantizando su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución. Se deberán constituir pólizas para el aseguramiento de riesgos a que haya lugar.

En cumplimiento de la Ley 1164 de 2007, en ningún caso los profesionales podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales.

Para el caso de las zonas con poblaciones deprimidas urbanas y rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, las instituciones establecerán incentivos para los profesionales de la salud que ocupen dichas plazas, tales como, bonificaciones, primas, pago de transporte aéreo, marítimo, fluvial o terrestre, subvención del alojamiento y alimentación, entre otros.

Artículo 16. Autorización del ejercicio. Una vez cumplido el Servicio Social Obligatorio, el profesional deberá presentar la certificación expedida por la institución donde prestó el servicio ante la entidad competente, para efectos de la autorización del ejercicio de la profesión. (Negrita y subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, tenemos que los profesionales en servicio social obligatorio, podrán ser vinculados a la institución a través de nombramiento o contrato de trabajo, o, en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicios, garantizando su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y con una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución.

De conformidad con la normativa y jurisprudencia expuestas, en concepto de esta Dirección se considera que los empleos de Servicio Social Obligatorio son empleos públicos cuyos titulares se vinculan mediante una relación legal y reglamentaria por el tiempo que determine la empresa social del estado, dado que conforme a la ley puede ser hasta de un año atendiendo a su finalidad específica, por consiguiente, durante el término de su vinculación con la entidad su relación se regirá por las disposiciones de administración de personal, salarios y prestaciones sociales que rijan a los servidores de la entidad en la cual prestan el servicio.

2. Jornada de trabajo.

En cuanto a la jornada laboral esta Dirección Jurídica emitió el concepto EE1474 de fecha 14 de febrero de 2005, del cual anexo copia, en el cual se hace una relación de las normas que rigen la jornada laboral de trabajo, horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos, sistema de turnos y compensatorios de una Empresa Social del Estado.

3. Renuncia.

El artículo 27 del Decreto-ley 2400 de 1968 dispone:

"Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio.

La providencia por medio de la cual se acepta la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en abandono del empleo.

Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado.

Quando el empleado estuviere inscrito en el escalafón, la renuncia del cargo conlleva la renuncia a su situación dentro de la carrera respectiva". (Subrayado fuera de texto)

El Decreto 1083 de 2015 Artículo 2.2.11.1.2, respecto a la renuncia manifiesta ". *Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente. (Decreto 1950 de 1973, art. 110)"*

Teniendo en cuenta las normas mencionadas, se tiene que la renuncia es un acto unilateral, libre y espontáneo del servidor público, mediante el cual éste expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa, para que la Administración aceptando esa solicitud, lo desvincule del empleo que viene ejerciendo. En tal sentido quedan prohibidas y carecen de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado.

Frente al tema objeto de consulta, es procedente lo señalado por el Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Segunda. - Subsección "B". - Santafé de Bogotá, D.C., doce de julio de 2012 (12/07/2012). Radicado 05001-23-31-000-1998-02319-01(0412-12), así:

" (...) Al examinar la norma en comento, se puede concluir que la renuncia es una forma legítima de desvinculación de la administración pública prevista no solamente para empleados de libre nombramiento y remoción, sino que también, para empleados de carrera administrativa.

Por su parte, el artículo 105 del Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentó el decreto anteriormente mencionado, estableció que el retiro del servicio y la cesación en las funciones de un empleo público, se produce, entre otras causas, por la renuncia regularmente aceptada.

A su turno, el artículo 110 ibídem, consagró que todo el que sirva a un empleo de voluntaria aceptación, puede renunciarlo libremente, mientras que el artículo 111 prevé, que esa renuncia se produce sólo cuando así lo manifiesta por escrito en forma inequívoca y voluntariamente el empleado. Así mismo señaló en los artículos siguientes que:

"ARTICULO 113. Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno.

ARTICULO 114. La competencia para aceptar renunciaciones corresponde a la autoridad nominadora.

ARTICULO 115. Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor las renunciaciones en blanco, o sin fecha determinada, o que mediante cualquiera otra circunstancia pongan con anticipación en manos de la autoridad nominadora la suerte del empleado.

ARTICULO 116. La presentación o la aceptación de una renuncia no constituye obstáculo para ejercer la acción disciplinaria en razón de hechos que no hubieren sido revelados a la Administración, sino con posterioridad a tales circunstancias.

Tampoco interrumpen la acción disciplinaria ni la fijación de la sanción".

Sea la oportunidad para señalar que el acto administrativo que acepta la renuncia, reconoce efectos jurídicos irrevocables, y además, goza de presunción de legalidad.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913⁷, los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y los de vacaciones, a menos de expresarse lo contrario, es más, de conformidad con el artículo 121 del C.P.C.⁸, aplicable a los procesos

contencioso administrativos en los aspectos no regulados, por disposición del artículo 267 del C. C. A., en los términos señalados en días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario.

Siendo así, a la luz de la citada normatividad, en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y vacantes, a menos de expresar lo contrario. Es decir, que mientras la ley no diga expresamente que se trata de días calendario, los días de que trata la norma deben entenderse como hábiles.

Renuncia protocolaria

Las renunciaciones protocolarias se producen por la voluntad inequívoca del funcionario de dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva, designando a las personas que a su juicio sean las más idóneas para el ejercicio del cargo.

En el mismo sentido, es preciso indicar respecto de la solicitud de la renuncia, que esta conducta por parte de la administración se acostumbra a realizar más como un acto de cortesía, para no hacer uso de la facultad discrecional de la que se encuentra investido el nominador, máxime cuando se halla frente a un empleado que no goza de fuero de estabilidad.(...)"

CONCLUSIONES:

Por lo expuesto, en criterio de esta Dirección, teniendo en cuenta que todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente, la Administración debe proceder a aceptar la renuncia cuando ésta se produzca de manera libre y voluntaria en un plazo máximo de treinta días hábiles a partir de la presentación de la misma por el empleado.

El presente concepto se emite de conformidad con los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON
Directora Jurídica

Anexo: Lo anunciado

Mercedes Avellaneda vega/JFCA

600.4.8.



EE1474 - febrero 14 de 2005

REF: JORNADA LABORAL.- SECTOR SALUD.- ¿Cuál es la jornada laboral para los empleados públicos (administrativos, del campo médico - asistencial, expuestos a radiaciones ionizantes, rayos x,) y para los trabajadores oficiales? Horas extras y tiempo compensatorio, recargos por laborar en jornada nocturna. ?RAD. 14826-04.

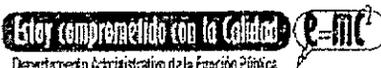
En atención a la consulta de la referencia, le manifiesto:

I.- JORNADA DE TRABAJO.-

Mediante la sentencia C-1063 del 16 de agosto de 2000, expedida por la Corte Constitucional, se unificó la jornada laboral para los empleados públicos de los órdenes nacional y territorial. En esta sentencia la Corte consideró que el Decreto 1042 de 1978 era aplicable a los empleados públicos del orden territorial, ya que este Decreto adiciona el Decreto 2400 de 1968, y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998 dispuso que el Decreto 2400 y las normas que lo modificaran, sustituyeran o adicionaran se aplicarían a dichos empleados.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 la jornada máxima legal para los empleados públicos nacionales es de 44 horas a la semana, y de lo establecido en el artículo 21 de la misma norma se infiere que los empleos de tiempo completo tienen una jornada diaria de 8 horas, jornada esta aplicable a los empleados públicos territoriales, entre ellos a los que laboran en entidades prestadoras de servicios de salud (en virtud de la sentencia C-1063 de 2000).

Adicionalmente, para los empleados públicos que cumplen funciones en el campo médico - asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud, el artículo 2 de la ley 269 de 1996 determina que su jornada máxima podrá ser de 12 horas diarias, sin que en la semana exceda de 66 horas, pero únicamente para aquellas personas que tengan más de una vinculación con el Estado. Esto es, por Ej., que si un empleado está vinculado laboralmente a una entidad con jornada de tiempo completo (8 horas diarias y 44 a la semana como máximo, que es la establecida por el Decreto 1042/78) podrá, en





la misma o en otra entidad, tener una vinculación adicional o celebrar un contrato de prestación de servicios retribuido con honorarios, por medio tiempo o por horas sin sobrepasar el máximo de 12 horas, previsto en la citada ley 269.

Respecto del **Servicio Médico – Asistencial** esta Oficina considera lo siguiente, teniendo en cuenta el contexto de la Ley 269 de 1996, la Ley 100 de 1993 y la nomenclatura y clasificación de empleos del sector salud:

Servicio Médico - Asistencial: Es el que tiene por objeto la prestación directa de servicios **médicos**, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como servicios paramédicos y demás, conducentes a conservar o restablecer la salud de los pacientes.

Respecto a la jornada laboral del personal que labora en el empleo de imágenes diagnósticas o rayos x, en el sector oficial no se conoce reglamentación especial sobre la materia para estos empleados, de tal manera que se les aplica el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978.

Existe una reglamentación especial en cuanto a las vacaciones, que se encuentra contemplada en el **Decreto 1848 de 1969**, por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968 y que señala: " **Artículo 43º. DERECHO A VACACIONES.** "(...) 2. El personal científico que trabaje al servicio de campañas antituberculosas así como los que laboren en el manejo y aplicación de rayos X y sus ayudantes tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada seis (6) meses de servicios. (Subrayado nuestro) (...)"

Este derecho especial, como lo manifiesta la norma, lo tienen únicamente los empleados públicos que laboren en rayos X y están expuestos a radiaciones ionizantes, lo que quiere decir que disfrutan de dos (2) periodos de vacaciones al año, que excluyen el periodo anual que corresponde a la generalidad de los servidores de la administración pública.

El decreto 1042 de 1978, dispone: "ARTICULO 33º. "DE LA JORNADA DE TRABAJO.- La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia¹ podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana exceda un límite de 66 horas.

¹ Lo subrayado fue modificado por el decreto 85 de 1986.



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." (Se subraya).

El decreto 85 de enero 10 de 1986 "por el cual se establece la jornada de trabajo para los empleos de celadores", y que modificó en lo pertinente el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, dispone: Artículo 1º.- A partir de la vigencia del presente decreto, a la asignación mensual fijada por la escala de remuneración para los empleos de celadores, corresponde una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro (44) horas semanales. (...)

Como se observa, en los términos **del artículo 33 del decreto 1042 de 1978**, dentro del límite de la jornada de 44 horas semanales, o de 66 horas semanales, para quienes cumplan actividades discontinuas o intermitentes, 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, según el artículo 36 y concordantes del mencionado decreto.

La jornada de trabajo corresponde al tiempo destinado a la ejecución de la labor contratada, dentro de los parámetros máximos señalados por la ley; para el caso de los empleados públicos la norma que establece ese máximo es el decreto 1042 de 1978, el que determina que la asignación básica mensual corresponde a la jornada de 44 horas semanales, por lo cual ante jornadas inferiores la retribución será proporcional.

"La protección al trabajo establecida por mandato del artículo 25 constitucional, incluye la fijación de jornadas máximas, dentro de las cuales los trabajadores presten los servicios propios de la relación laboral y estén sometidos a las órdenes del patrono. La jornada permanente, indefinida e ininterrumpida, sin periodos de descanso razonable previamente estipulados, atenta contra la dignidad del trabajador, cercana su libertad, pone en peligro sus derechos a la salud y a la vida, y causa daño a su familia, por lo que resulta contraria al ordenamiento superior. (...)

Así pues, toda relación laboral establecida por empleadores particulares, o por el Estado o entidades públicas en su condición de patronos, exige a la luz del





ordenamiento jurídico, jornadas máximas y los periodos de descanso a ellas correspondientes."²

II.- JORNADA ORDINARIA NOCTURNA, JORNADA MIXTA Y HORAS EXTRAS.-

El citado decreto 1042 de 1978, establece: "Artículo 34º.- De la jornada ordinaria nocturna. **Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.**

Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco (35%) por ciento sobre el valor de la asignación mensual.

No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.

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. "(negrilla y subrayado nuestro)

"Artículo 35º.- De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turno, 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 (35%) por ciento, pero podrá compensarse con periodos 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. "

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

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

- 1.- Deben existir razones especiales del servicio.
- 2.- El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.

² Sentencia C-024 de 1998. Corte Constitucional



- 3.- El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con los recargos respectivos.
- 4.- En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales. 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.
- 5.- Sólo se puede autorizar el reconocimiento y pago de horas extras, cuando el empleado pertenezca al nivel técnico hasta el grado 09 o al nivel asistencial hasta el grado 19.³ (decretos salariales dictados anualmente, el último de ellos, es el decreto 4150 de diciembre 10 de 2004.)
- 6.- El reconocimiento del tiempo trabajado en forma suplementaria se hará por resolución.

En todo caso la autorización para laborar en horas extras sólo podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.

Las horas extras diurnas se liquidarán con un recargo **del veinticinco (25%)** por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.

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

Este trabajo se remunerará con un **recargo del setenta y cinco por ciento** sobre la asignación básica mensual.

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

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

³ Esta es una disposición para el orden nacional; 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, en los niveles técnico y asistencial, con el fin de definir el derecho al pago de las horas extras.

Cabe precisar que el Decreto 785 de marzo 17 de 2005, "por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004" igualó los niveles de empleos del orden nacional y del territorial. En el artículo 3º. del citado decreto los niveles jerárquicos de los empleos en las entidades territoriales son directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial. De esta manera se aprobarán horas extras sólo a aquellos empleos que se encuentren en similares niveles de remuneración que los empleos del orden nacional.



Vemos, entonces, que la jornada ordinaria nocturna está definida en el decreto 1042 de 1978 en forma separada para diferenciarla de las horas extras nocturnas 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.**

III .- DOMINICALES Y FESTIVOS.-

"ARTICULO 39º. "DEL TRABAJO ORDINARIO EN DIAS 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.(...)"

Tal descanso debe darse en un día hábil.

En cuanto al término "habitual" enmarcado dentro de las jornadas ordinarias de trabajo, cabe señalar lo dicho por la doctrina:

"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”⁴

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, aún cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos, pues la permanencia se refiere a la habitualidad del servicio. (...)”

ARTICULO 40º.-“DEL TRABAJO OCASIONAL EN DIAS 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. (...)” (Subrayado nuestro)

Para la autorización de este trabajo, se deberá tener en cuenta los niveles de empleos y las condiciones a que se hace referencia este artículo 40, el cual ha sido modificado en cuanto a los niveles de empleos, según consta en los Decretos salariales, entre ellos, el 3535 de 2003, derogado **por el Decreto 4150 de 2004.**, que dispone:

“ **ARTICULO 12º. HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS.** Para que proceda el pago de horas extras y del trabajo ocasional en días dominicales y festivos, así como el reconocimiento, cuando a ello hubiere lugar, 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. (...)”

Para los empleos del orden territorial se efectuará la equivalencia que corresponda frente a los niveles y grados salariales que le son aplicables, según se ha expresado en este concepto.

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 sobre el trabajo habitual y

⁴ YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral. 9ª Edición. Temis. 2001. P. 129.



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...".

Por todo lo expuesto, es preciso tener en cuenta que no se ajusta a la ley que el trabajo se convierta en habitual y permanente en horas diferentes a la jornada máxima legal y para empleados que no tienen derecho al reconocimiento del trabajo suplementario y en dominicales y festivos, por cuanto, la razón de que exista una jornada de trabajo, es con la finalidad de que el servicio se preste dentro de la misma y que el trabajador disfrute del descanso que le corresponde por ley.

IV.- SISTEMA DE TURNOS.-

Aunque no existe norma específica que regule para los empleados públicos la jornada laboral por el sistema de turnos, atendiendo a la naturaleza del servicio público de salud y la necesidad de la continuidad en el mismo, es posible adecuar la jornada laboral - que es de 44 horas semanales - del personal que se requiera para que se cumpla de manera ininterrumpida en jornadas diurnas, nocturnas o mixtas, como también distribuir esta jornada de 44 horas en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y la disponibilidad presupuestal.

V.- DISPONIBILIDAD.-

La ley no ha definido lo que ha de entenderse por "**disponibilidad**" en materia de jornada laboral. La Corte suprema de Justicia en sentencia de Casación del 11 de mayo de 1968, sobre el tema expresó:

"... no toda "disponibilidad" o "vocación" permanente, por un periodo más o menos largo a prestar el servicio efectivo puede calificarse como trabajo enmarcado dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas en la ley, pues esta llamada "disponibilidad" tiene tales matices de servicio más o menos frecuentes, y de descansos, tiempo para tomar alimentos, oportunidades de ocuparse en actividad diferente del servicio objeto del compromiso y aún, en ocasiones, de servir a personas diferentes o trabajar en forma autónoma, que encasillar toda "disponibilidad" dentro de la jornada que hace relación a la propia actividad laboral, ...





" No pudiendo adoptarse, por lo anotado, el criterio general de "disponibilidad" como trabajo, es necesario establecer cuándo y en que medida el no cumplir la actividad concreta laboral sino mantenerse a ordenes del patrono, significa servicio y se incluye en la jornada de trabajo. Porque si esta modalidad de mantenerse a ordenes del patrono, se cumple en el lugar de servicio, sin posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de
destinar tiempo para tomar alimentos, dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia, es indudable que tal "disponibilidad" si encaja dentro de la asimilación al servicio para enmarcarla en la jornada laboral. Y lo propio ocurre si el trabajador debe radicarse, con las modalidades anotadas en determinado lugar. Pero si la disponibilidad permite al subordinado emplear tiempo para alimentarse, dormir, salir del sitio de trabajo y permanecer en su propia casa, sólo dispuesto a atender el llamado del trabajo efectivo cuando este se presente, no puede considerarse dentro de la jornada laboral el tiempo empleado en alimentarse o en dormir o en ocuparse en su propio domicilio de actividades particulares, aunque no lucrativas... Es cierto que la "disponibilidad" normalmente conlleva una restricción a la libertad de aprovechamiento autónomo del tiempo por el trabajador, por la necesaria radicación en determinados sitios para la facilidad de atención del servicio demandado... **la sola "disponibilidad" convenida en el contrato de trabajo puede determinar por esa restricción a la libre disposición de su tiempo por el trabajador, una retribución por si sola,** ya que quede compensada dentro del salario que corresponda a la jornada ordinaria laboral, es decir con el salario corriente estipulado en el contrato cuando es salario fijo, así no se desempeñe ningún servicio efectuado por algún lapso o este trabajo sea inferior en duración a la jornada ordinaria..."

De conformidad con lo anteriormente transcrito y en concepto de esta oficina jurídica, se considera que es claro que procede el pago de la disponibilidad cuando ésta se cumpla en el lugar de trabajo, de tal suerte que el empleado no puede realizar otras actividades. Ahora bien, si durante esta disponibilidad el empleado permanece en su casa, desarrollando actividades familiares y personales, en principio se considera que no procede el pago, en cuanto no existe prestación efectiva de las funciones propias del empleo, y sólo sería viable el pago de la "disponibilidad" cuando el funcionario efectivamente es llamado para atender el servicio.

No obstante, tal como lo expresa la sentencia, al darse una limitación a la disposición del tiempo libre del trabajador, se considera que podría contemplarse una forma de manejo de esta "disponibilidad" que se cumple fuera de la sede de trabajo, para incluirla, por ejemplo, dentro de la jornada laboral, con un tiempo determinado, retribuido con la asignación básica mensual.

El Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil - Consejero Ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, de fecha nueve (9) de marzo de 2000 - Radicación





número: 1254, sobre los turnos de "disponibilidad", expresó:

" 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 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." (...)

Con base en lo expuesto y en relación con su consulta, es posible concluir:

1.- A los empleados públicos administrativos y a los que cumplen funciones en el campo médico – asistencial en los Hospitales y Empresas Sociales del Estado se les aplica lo establecido en el Decreto 1042 de 1978 sobre jornada laboral, esto es 44 horas semanales. Respecto de los segundos y de acuerdo con lo consagrado en la Ley 269 de 1996, si tienen más de una vinculación a dichas entidades del Estado, bien sea laboral o contractual, su jornada máxima podrá ser de 12 horas diarias o 66 horas semanales.





Debe recordarse que según lo previsto en la Ley 100 de 1993, las Empresas Sociales del Estado en materia contractual se rigen por el derecho privado.

En el caso del personal que presta sus servicios en rayos X, la ley no ha establecido una jornada especial, por lo cual se le aplicará, de igual manera, la de 44 horas semanales, pudiendo ser distribuida mediante los horarios que el jefe del organismo establezca.

Quienes cumplan actividades discontinúas o intermitentes, como en el caso, por ejemplo de algunos conductores, se les podrá señalar una jornada máxima de 12 horas diarias y 66 a la semana, la labor que supera esta jornada se reconocerá como horas extras.

2.- En relación con las horas extras, como se anotó, serán autorizadas previo el cumplimiento de determinados requisitos y sólo para los empleados pertenecientes a los niveles de empleos técnico, operativo y asistencial, en los grados salariales que correspondan frente al nivel técnico grado 09 y asistencial grado 19 de la nomenclatura de empleos del orden nacional.

Las horas extras serán canceladas en dinero hasta la cantidad de 50; si se supera este número se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día por cada 8 horas laboradas. Dependiendo el horario en que se cumplan, éstas pueden ser diurnas o nocturnas y se pagarán con un recargo del 25% las primeras y del 75% las segundas.

El personal médico, si pertenece al nivel profesional no tiene derecho al reconocimiento de horas extras, como tampoco al pago del trabajo en dominicales y festivos laborados de manera ocasional; pero si tendrá derecho al pago de dominicales y festivos laborados de manera habitual o permanente.

3.- El trabajo realizado ordinariamente en jornada nocturna tendrá un recargo del treinta y cinco (35%) por ciento, y se reconocerá sin limitación alguna en cuanto a los niveles de empleo, pues la ley no la ha estableció.

4.- En cuanto al trabajo en dominicales y festivos de manera ocasional, éste da lugar a la compensación con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario y sólo se reconoce a los empleos de los niveles de empleos que establece la ley.

El trabajo habitual o permanente en los días dominicales o festivos, dará derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo – valor no susceptible de ser compensado en tiempo- 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 en el mes completo. El valor doble de la





remuneración que corresponde al trabajo habitual en dominicales y festivos no incluye la remuneración ordinaria del empleo; este doble pago es independiente y adicional a la remuneración habitual del empleo, lo que conlleva efectivamente a un triple pago.

VI.- TRABAJADORES OFICIALES .-

Las normas vigentes que regulan la jornada laboral para los trabajadores oficiales, son:

Ley 6ª de 1945 .- " **Artículo 3.** Las horas de trabajo no podrán exceder de ocho (8) al día, ni de cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las excepciones legales.(exequible C-1063/2000) Sin embargo, la duración máxima de las labores agrícolas, ganaderas o forestales, será de nueve (9) horas diarias o de cincuenta y cuatro (54) en la semana. Las actividades discontinuas o intermitentes, así como las de simple vigilancia, no podrán exceder de doce (12) horas diarias, a menos que el trabajador resida en el sitio del trabajo.⁵ El Gobierno podrá ordenar la reducción de las jornadas de trabajo en las labores que sean especialmente peligrosas o insalubres, de acuerdo con dictámenes técnicos al respecto, y previa audiencia de comisiones paritarias de patronos y trabajadores.

Parágrafo 1. Lo dispuesto en este artículo no se aplica a los casos de grave peligro; ni al servicio doméstico; ni a la recolección de cosechas, o al acarreo y beneficio de frutos; ni a los trabajadores que ocupen puestos de dirección o confianza; ni a las demás labores que a juicio del Gobierno, no sean susceptibles de limitación de la jornada o deban regirse por normas especiales.

Parágrafo 2. Las actividades no contempladas en el parágrafo anterior sólo podrán exceder los límites señalados en el presente artículo mediante autorización expresa del Ministerio del ramo, sin pasar de cuatro (4) horas diarias de trabajo suplementario.

Parágrafo 3. Modificado, artículo 1o. Ley 64 de 1946. La jornada ordinaria diurna estará comprendida entre las seis (6) horas y las diez y ocho (18) horas, y la jornada ordinaria nocturna entre las diez y ocho horas (18) y las seis (6). Esta se pagará con un recargo de un treinta y cinco por ciento (35%) sobre la jornada ordinaria diurna. La remuneración del trabajo suplementario implicará un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre la jornada diurna, y del cincuenta por ciento (50%) sobre la jornada nocturna; a menos que se trate de labores discontinuas o intermitentes, o de las actividades previstas en el parágrafo 1 de este artículo, cuya remuneración adicional será estipulada equitativamente por las partes."

⁵ Lo subrayado y en negrilla fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-1063 / 2000.



Con base en las normas expuestas, en concepto de esta oficina, la **jornada máxima legal para los trabajadores oficiales tanto en el nivel nacional como en el territorial** se rige por lo dispuesto en el artículo 3º de la ley 6ª de 1945 y es de ocho horas diarias y cuarenta y ocho a la semana; el tiempo que sobrepase esta jornada se debe reconocer como tiempo suplementario o de horas extras, lo cual está regulado en la Ley 64 de 1946.

En cuanto a dominicales y festivos, la sentencia del Consejo de Estado, radicada bajo el número 1895-98 del 5 de julio de 2001, expresa que para **el reconocimiento del trabajo habitual o permanente en dominicales y festivos** de los Trabajadores Oficiales **debe aplicarse el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978**, por tratarse de la norma que para el orden nacional regula materia semejante, en acatamiento a los dispuesto por el artículo 8º. de la Ley 153 de 1887, para suplir el vacío legal derivado de la nulidad del artículo 3º. del Decreto 222 de 1932.

En el caso de trabajar excepcionalmente en días dominicales o festivos, se considera que será aplicable lo señalado en la Ley 57 de 1926, por tratarse de una labor ocasional en tales días de descanso. En consecuencia, el trabajador tendrá derecho a un descanso compensatorio, o a una indemnización en dinero, a su elección.

La Ley 51 de 1983 (Ley Emiliani), por la cual se traslada el descanso remunerado de algunos días festivos, **es aplicable tanto para los empleados públicos como para los trabajadores oficiales**, y preceptúa en su artículo 1º.:

“Todos los trabajadores, tanto del sector público como del sector privado, tienen derecho al descanso remunerado en los siguientes días de fiesta de carácter civil o religioso: primero de enero, seis de enero, diecinueve de marzo, primero de mayo, veintinueve de junio, veinte de julio, siete de agosto, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, once de noviembre, ocho de diciembre y veinticinco de diciembre, además de los días Jueves y Viernes Santos, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús.

Pero el descanso remunerado del seis de enero, diecinueve de marzo, veintinueve de junio, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, once de noviembre, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús **cuando no caigan en día lunes se trasladarán al lunes siguiente a dicho día.**

Cuando las mencionadas festividades caigan en domingo el descanso remunerado igualmente **se trasladará al lunes.** (...)” (Subrayado nuestro).

De la norma transcrita se extrae el querer explícito del legislador de trasladar para el primer día hábil siguiente la festividad que caiga en cualquier día hábil de la semana anterior o en domingo. Como se puede observar, se establece un derecho en cabeza de los trabajadores para que descansen remuneradamente el día siguiente al de descanso



República de Colombia



Libertad y Orden

Departamento Administrativo
de la Función Pública

obligatorio de la respectiva semana (Domingo).

Con base en esta Ley el día festivo es de descanso, por lo cual no podrá otorgarse un compensatorio para tal día. El empleado tiene derecho a que se le reconozca el compensatorio pero en un día hábil como lo preceptúa la norma, en aras de garantizar el derecho al descanso.

De acuerdo con el Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, los conceptos no comprometen la responsabilidad de las entidades que los emiten, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

**ORIGINAL
& FIRMADO** Por: **CLAUDIA P. HERNANDEZ LEÓN**

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON
Jefe Oficina Jurídica.

M. Lucrecia Ospina M. – Gloria Rubiano.
OAJ/1100. RAD.14826-04.



Departamento Administrativo de la Función Pública

Carrera 6a No. 12-62. Teléfono: 334 4090 Fax: 341 0515, línea gratuita 018000 917 770, Internet: www.dafp.gov.co.

Email: webmaster@dafp.gov.co, Bogotá D.C., Colombia