

Bogotá,

Al responder por favor citar esté número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Radicado No. 11EI201712000000001933 - 2017
Pago de Recargo Dominical y Festivo cuando el Trabajador solamente labora los fines de semana.

Respetado Señor Gonzalez, reciba un cordial saludo:

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto a “¿un trabajador que ha sido contratado para laborar sábados, domingos y festivos únicamente, se le debe remunerar el trabajo en domingos y festivos con recargo del 75%?”. Esta oficina se permite informarle lo siguiente:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, “*Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo*”, esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la República, es así, como los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, por mandato expreso del Artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, los funcionarios no estamos facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Frente al caso en concreto:

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, esta oficina haciendo uso de la función orientadora en materia de relaciones laborales, procederá a emitir el concepto conforme a la posición que tiene este Ministerio respecto el tema planteado en su consulta en los siguientes términos:

Es necesario acudir a lo dispuesto por el Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición que de manera expresa regula la forma como debe remunerarse el trabajo dominical y en días festivos, el cual textualmente señala:

“ARTÍCULO 179. TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO. <Artículo modificado por el Artículo 26 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>

1. **El trabajo en domingo y festivos se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas.**
2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado solo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior.
3. Se exceptúa el caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley 50 de 1990.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador podrá convenir con el empleador su día de descanso obligatorio el día sábado o domingo, que será reconocido en todos sus aspectos como descanso dominical obligatorio institucionalizado.

Interprétese la expresión dominical contenida en el régimen laboral en este sentido exclusivamente para el efecto del descanso obligatorio.

Las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 se aplazarán en su aplicación frente a los contratos celebrados antes de la vigencia de la presente ley hasta el 1o. de abril del año 2003.

PARÁGRAFO 2o. Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario”.

Para aclarar el tema, es prudente acudir a la Sentencia Expediente 10.079, de diciembre de 1997 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual analiza el artículo 179 de Código Sustantivo del Trabajo, antes de la reforma de la Ley 789 de 2002, y en cuyas consideraciones si bien se hace alusión al recargo del trabajo dominical del 100% - y no del 75% como se encuentra actualmente establecido -, los demás aspectos se mantiene incólumes y por ende, resultan aplicables al caso en estudio.

La Alta Corporación así lo señaló:

“... en armonía con el artículo 180 del C.S.T., que si un trabajador particular, con modalidad de sueldo mensual, opta por el pago del recargo en dinero por haber trabajado toda la jornada laboral esporádicamente un domingo, tiene derecho al pago doble de ese día en relación con su salario ordinario, sin perjuicio de la remuneración del descanso, la cual se entiende incluida en su respectivo sueldo mensual.

*Así por ejemplo, un trabajador que elija el pago del recargo en dinero y tenga un sueldo mensual de \$300.000.00 (si trabaja un domingo el mismo número de horas de la jornada ordinaria diaria de los otros días de la semana) tiene derecho a \$20.000.00 por el trabajo en ese domingo, **sin perjuicio de los \$10.000.00 del descanso remunerado por haber laborado la semana, los que no deben pagarse adicionalmente porque están incluidos en el sueldo.** (resaltado y subrayado fuera de texto)*

En cambio, de conformidad con el artículo 13 ibídem, un trabajador particular que labore habitualmente en día domingo tiene derecho tanto a un descanso compensatorio remunerado como al recargo en dinero atrás mencionado.”

En la precitada sentencia, la Corte señala la forma de liquidar el dominical, al indicar que quien trabajara el domingo tenía derecho al pago doble en vigencia del Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo antes de la modificación introducida por la Ley 789 de 2002, sin perjuicio de la remuneración del descanso por haber trabajado la semana completa, la cual se entendía incluida en el salario.

Ahora bien, la Ley 789 de 2002 modificó el porcentaje del recargo dominical disminuyéndolo del 100% al 75%, pero en nada modificó la forma de aplicar dicho porcentaje a la hora de remunerar el trabajo en día de descanso obligatorio, lo cual significa que quien labore en la actualidad un día domingo o festivo devengará un recargo del 1.75%, discriminado así: 1 por haber laborado el domingo (equivalente al valor del trabajo ordinario) y 0.75 que es el recargo establecido por haber laborado ese día, pago que no excluye la remuneración del descanso obligatorio que ya se encuentra incluida en el salario del trabajador.

En suma, el trabajador devengará 2.75% por el trabajo en día domingo y/o festivo, así: 1 por el descanso obligatorio que ya se encuentra comprendido en el salario, 1 por haber laborado el domingo (equivalente al valor del trabajo ordinario) y 0.75 a título de recargo por el trabajo dominical.

A título de ejemplo y para mayor claridad, a continuación se propone la liquidación del recargo dominical utilizando el porcentaje establecido por la Ley 789 de 2002 (75%) aplicado al caso de un trabajador que devengue un salario de \$1.000.000:

Si el trabajador labora un domingo el mismo número de horas de la jornada ordinaria diaria de los otros días de la semana tiene derecho a \$58.333.33, discriminados así: a) \$33.333.33 equivalentes a un día de trabajo ordinario y b) \$25.000 equivalentes al recargo del 75% por el trabajo dominical, sin perjuicio de los \$33.333.33 por el descanso remunerado por haber laborado la semana, los que no deben pagarse adicionalmente porque están incluidos en el sueldo de \$1.000.000 devengados por el trabajador.

En este orden de ideas y una vez expuesta la postura respecto del recargo dominical, procedemos a analizar la remuneración de las horas extras en día domingo y/o festivo.

Si bien, la ley estableció en la reglamentación del trabajo en días dominicales y festivos el recargo del 75% sobre el salario ordinario, no mencionó qué pasaba con el trabajo suplementario y el trabajo nocturno en esos mismos días.

Al respecto, considera la Oficina que el silencio normativo no significa que la norma excluyera o hubiera eliminado los recargos correspondientes. Por el contrario, dentro del régimen de jornada laboral deben incluirse las labores desarrolladas en días de descanso obligatorio, es decir, si el trabajador labora en días domingos y

festivos, es indiscutible que la labor ha de sujetarse a la jornada ordinaria o la máxima legal y así mismo, deberá tenerse en cuenta si se cumple en horario diurno o nocturno, y si se trabaja tiempo suplementario u horas extras para efectos de la remuneración.

En consecuencia, se tiene que las primeras 8 horas que se trabajan dentro de las 24 horas del dominical o festivo el trabajador tiene derecho a percibir un recargo del 1.75%, así: a) 1.00 por el día trabajado, y b) un recargo del 0.75 por el trabajo dominical en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical.

Si se labora en la jornada nocturna en el lapso de las diez (10) de la noche a las seis (6) de la mañana tiene derecho a percibir: un recargo del 1.75%, así: a) 1.00 por el día trabajado, b) un recargo del 0.75 por el trabajo dominical en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical, y adicionalmente un recargo del 35% por ser trabajo nocturno.

Si se laboran más de las 8 horas en el horario diurno que es el comprendido entre las seis (6) de la mañana a las diez (10) de la noche, tiene derecho a percibir un recargo del 1.75%, así: a) 1.00 por el día trabajado, b) un recargo del 0.75 por el trabajo dominical en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical, y adicionalmente un recargo del 25% por ser trabajo extra diurno.

Si se laboran más de las 8 horas en el horario nocturno, tiene derecho a percibir un recargo del 1.75%, así: a) 1.00 por el día trabajado, b) un recargo del 0.75 por el trabajo dominical en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical, y adicionalmente un recargo del 75% por ser trabajo extra nocturno.

En conclusión, quien trabaja horas extras -diurnas o nocturnas- o en jornada nocturna en domingos o festivos, ha de percibir una retribución superior frente a la de quien realiza esta misma labor en cualquier otro día de la semana. También se concluye que los recargos por horas extras y trabajo nocturno en días domingos y festivos, no se acumulan con los recargos por trabajo dominical, sino que cada uno de ellos opera por separado.

En relación con los días compensatorios por el trabajo en domingos o festivos, el artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 26 de la Ley 789 de 2002 define en el parágrafo 2° que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos (2) domingos durante el mes calendario, y es habitual cuando éste labora tres (3) o más domingos durante el mes calendario.

Respecto de la labor en día de descanso obligatorio cuando es ocasional, el Artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Artículo 30 de la Ley 50 de 1990, dispone que el trabajador tiene derecho "*a un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero, a su elección, en la forma prevista en el artículo anterior*".

Cuando dicha labor en día de descanso obligatorio es habitual, el Artículo 181 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 31 de la Ley 50 de 1990, establece que el trabajador tiene derecho "a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo".

En consecuencia, es preciso señalar que independientemente de la habitualidad u ocasionalidad del trabajo dominical, la remuneración del recargo en uno u otro caso será la misma; lo único que varía es el descanso compensatorio así: a) será optativo entre el descanso compensatorio y la retribución en dinero, cuando el trabajo dominical sea ocasional y b) será obligatorio junto con la retribución en dinero cuando el trabajo dominical sea habitual.

En resumen, se tiene:

Cuando el trabajador labore habitualmente en día dominical y/o festivo, tiene derecho a percibir: a) 1 por haber laborado el domingo (equivalente al valor del trabajo ordinario), b) 0.75 que es el recargo establecido por haber laborado ese día, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical, c) tiene derecho además a un día de descanso compensatorio remunerado.

Si la labor en días de descanso obligatorio es excepcional, el trabajador tiene derecho a percibir: a) 1 por haber laborado el domingo (equivalente al valor del trabajo ordinario) y b) 0.75 que es el recargo establecido por haber laborado ese día ó puede optar por un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la remuneración devengada dentro del salario por el descanso dominical.

Finalmente, en cuanto a su interrogante sobre si se debe o no pagar el recargo de dominical y festivos a un trabajador que únicamente fue contratado para laborar sábados, domingos y festivos, esta oficina consideraría que de conformidad con la Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 11 de diciembre de 1.997 expediente 10.079, en la que trata de manera específica por qué se debe pagar un recargo especial a los trabajadores que laboran en dominicales y festivos, nos permitimos hacer la claridad que **este despacho hará uso de dicha sentencia en el sentido estricto de la interpretación de porque el empleador debe pagar un recargo extra al trabajador**, ya que como se observa claramente la sentencia tiene una fecha anterior a la reforma laboral introducida por la Ley 789 de 2002 en la que se cambia el porcentaje de remuneración de los domingos y festivos, disminuyendo el recargo del 100% al 75% [Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo]. Lo anterior teniendo en cuenta que es el único cambio a considerar en la interpretación de la sentencia, lo demás no ha tenido modificación alguna, por tanto la sentencia es completamente válida para nuestro propósito de aclarar su duda.

Bien, dice la Corte Suprema de Justicia sobre la remuneración del trabajo dominical:

"En el sistema legal de descansos para el trabajador, el dominical ocupa de vieja data un puesto destacado, con fundamentos de diferente índole, ya fisiológicos (porque el organismo requiere de descanso) ora religiosos (dentro de la concepción cristiana). Habida

cuenta de la trascendencia del tema, **inicialmente se expedieron las leyes 57 de 1.926, 72 de 1.931 y el decreto 1278 de 1.931, que consagraron la obligación del descanso de un día después de seis de trabajo, para todo empleado u obrero, se tomaron en cuenta las situaciones excepcionales y se reguló la retribución al trabajo en día de descanso con criterio de “indemnización en dinero”**. Más tarde, la Ley 23 de 1.967 ratificó el Convenio 106 de 1.957 de la Organización Internacional del Trabajo.

Los artículos 172 a 185 del Código Sustantivo del Trabajo regularon la materia. Estos textos básicos han sufrido dos reformas a través de los artículos 12 y 13 del Decreto 2351 de 1.965 y 29 a 31 de la ley 50 de 1.990.

La normatividad en cita otorga diferente tratamiento remunerativo al trabajo en los días de descanso dominical y festivo, según se trate de situaciones habituales o “excepcionales”. En efecto, con arreglo al artículo 12 del Decreto 2351 de 1.965, el trabajo excepcional en domingo debe remunerarse con un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa.

Significa lo anterior, con base en esa preceptiva, en armonía con el artículo 180 del C.S.T., que si un trabajador particular, con modalidad de sueldo mensual, opta por el pago del recargo en dinero por haber trabajado toda la jornada laboral esporádicamente un domingo, tiene derecho al pago doble de ese día en relación con su salario ordinario, sin perjuicio de la remuneración del descanso, la cual se entiende incluida en su respectivo sueldo mensual. Así por ejemplo, un trabajador que elija el pago del recargo en dinero y tenga un sueldo mensual de \$300.000.00 (si trabaja un domingo el mismo número de horas de la jornada ordinaria diaria de los otros días de la semana) tiene derecho a \$20.000.00 por el trabajo en ese domingo, sin perjuicio de los \$10.000.00 del descanso remunerado por haber laborado la semana, los que no deben pagarse adicionalmente porque están incluidos en el sueldo.

En cambio, de conformidad con el artículo 13 ibidem, un trabajador particular que labore habitualmente en día domingo tiene derecho tanto a un descanso compensatorio remunerado como al recargo en dinero atrás mencionado.

La razón de ser de dicha distinción normativa 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.

Todo lo expuesto, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 182 (declarado parcialmente inconstitucional) y 184 del C.S.T. y 28 de la Ley 50 de 1990 que regulan situaciones especiales. De otra parte, los artículos 29 a 31 de la misma ley al modificar los artículos 179 a 181 del código, eliminaron el beneficio del recargo en dinero por trabajo en domingo para los trabajadores particulares que hayan acordado con sus empleadores laborar en turnos de trabajo sucesivos hasta de seis horas al día y 36 a la semana en los términos del literal c) del

artículo 20 de esa ley, pues en tales casos, el único derecho que les asiste por trabajo excepcional o habitual en domingo, es el descanso compensatorio remunerado”.

Como se puede apreciar, el descanso obligatorio corresponde al tiempo que requiere el trabajador entre otros, para la protección de su salud y su bienestar físico, de tal forma que, cuando un trabajador, por disposición de su empleador, se ve en la necesidad de laborar en un día de descanso obligatorio, ese tiempo que debió ser dedicado a su descanso, podrá verse retribuido económicamente con el pago de unos recargos y/o compensado por otro día de la semana.

Pero para el caso de los trabajadores que son contratados para laborar únicamente los días de descanso obligatorio, domingos y festivos, esta Oficina considera, que para esta específica jornada de trabajo, no habría lugar al pago de los recargos de que trata el Numeral 1° del Artículo 179 del CST, habida cuenta que el trabajador tendría el resto de días de la semana para descansar, es decir, para recuperar sus condiciones físicas y síquicas; no obstante, incluso para dicha jornada, se encontraría presente la disposición contenida en el Artículo 161 del mismo código, que determina una jornada máxima diaria de ocho (8) horas y máximo dos horas extras diarias debidamente remuneradas (Artículo 22 de la Ley 50 de 1990) **en caso de ser necesario** y por supuesto, tendrá derecho al pago de las prestaciones sociales correspondientes, liquidadas proporcionalmente, así como el pago también proporcional.

Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 del de la Ley 1755 de 2015 en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Carolina M. 16/05/2017

Revisó y Aprobó: Marisol. P.

Carrera 14 N° 99 - 33 Bogotá D.C., Colombia
PBX: 4893900 - FAX: 4893100
www.mintrabajo.gov.co



Ruta Electrónica: /C:\Users\Usuario\Desktop\MAYO 2017\1933 PAGO DE DOMINICAL Y FESTIVO CUANDO SE TRABAJA SOLAMENTE LOS FINES DE SEMANA\11EI201712000000001933 RP.docx

Carrera 14 N° 99 - 33 Bogotá D.C., Colombia
PBX: 4893900 - FAX: 4893100
www.mintrabajo.gov.co

