



CONTRALORÍA  
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

**MEMORANDO No. 021-2017-132**

**De:** Dra. OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA  
Directora Técnica Jurídica

**Para:** Dr. ALEXANDER CABRERA RAMOS  
SECRETARIO ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO.

**Asunto:** CONCEPTO.

**Fecha:** 06 de Marzo de 2017

**CONCEPTO**

<b>CONCEPTO No. 006</b>	<b>06 de Marzo de 2017</b>
<b>Tema:</b>	<b>Compensatorios para empleados de libre nombramiento y remoción.</b>
<b>Problemas Jurídicos:</b>	Se puede otorgar días compensatorios a los empleados de libre nombramiento y remoción?
<b>Fuentes formales:</b>	Constitución Política, Decreto 1042 de 1978, Decreto 50 de 1981 artículo 9, Decreto Ley 10 de 1989 artículo 13.
<b>Precedente:</b>	Sentencia C 372 de 1998 Sentencia del Consejo de Estado dentro del Expediente Número 2395.
<b>Conceptos:</b>	Concepto No. 48691 del Departamento Administrativo de la Función Pública.

En atención al memorando, mediante el cual La Secretaria Administrativa y Financiera de la Contraloría Departamental del Tolima, solicita se emita concepto jurídico y se dé respuesta a los problemas jurídicos planteado, La Dirección Técnica Jurídica, para proferir este concepto seguirá el siguiente procedimiento:

- i) Normatividad sobre el tema, ii) precedente jurisprudencia iii) Análisis de caso en concreto iv) Conclusiones y v) Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

**PROBLEMAS JURIDICOS:**

¿Se puede otorgar días compensatorios a los empleados de dirección y confianza niveles directivo y asesor.

**1) Normatividad Aplicable**

**Decreto 1042 de 1978 al respecto dispone:**

Delsy  
10-03-2017



CONTRALORÍA  
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

**Artículo 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 este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.

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

b.

El empleo del funcionario que va a trabajarlas deberá tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos. (Modificado por el Artículo 9 Decreto 50 de 1981 y Artículo 13 Decreto Ley 10 de 1989). Ver Oficio No. OECJ-993/21.10.94. Secretaría General. Horas extras - Autorización previa para su pago. CJA11101994 Oficio radicado No. 003024/25.01.95. Oficina de Estudios y Conceptos Jurídicos. Descanso compensatorio empleados administración central. CJA05151995 Oficio No. 2-16510/23.06.98. Unidad de Estudios y Conceptos. Empleados públicos - Pliego de solicitudes. CJA07051998

Nota: El literal a) quedó así:

**"El empleo deberá pertenecer al nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 39 del nivel técnico."**

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.

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.

d. En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales. **Modificado por el Artículo 13 del Decreto-Ley 10 de 1989. El literal quedó así:**

**"En ningún caso podrá pagarse más de 50 horas extras mensuales."**

e. Si el tiempo laboral 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.

**NOTA: Ver Radicación 471 de 1992 Sala de Consulta y Servicio Civil.**

**Artículo 37°.- De las horas extras nocturnas.** Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las 6 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.

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. Oficio No. 2-16510/23.06.98. Unidad de Estudios y Conceptos. Empleados públicos - Pliego de solicitudes. CJA07051998



CONTRALORÍA  
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

**Artículo 38°.-** *De las excepciones al límite para el reconocimiento de horas extras.* Las restricciones de tiempo y de monto total por concepto de horas extras de que trata el artículo 36, no se aplicarán respecto de los siguientes funcionarios: **Oficio No. 2-16510/23.06.98. Unidad de Estudios y Conceptos. Empleados públicos - Pliego de solicitudes. CJA07051998**

- a. Los empleados subalternos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que tengan la obligación de participar en los trabajos ordenados para la preparación y elaboración del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, su liquidación y las demás labores anexas al cierre e iniciación de cada vigencia fiscal, podrá devengar horas extras dominicales y festivos siempre y cuando estén comprendidos en el nivel operativo, el nivel administrativo hasta el grado 19 inclusive, el nivel técnico hasta el grado 12 inclusive, el nivel profesional hasta el grado 10 inclusive y el nivel ejecutivo hasta el grado 06 inclusive.
- b. **Modificado por el Artículo 11 del Decreto-Ley 10 de 1989. Así: En ningún caso podrá pagarse mensualmente por el total de horas extras, dominicales y festivos, más del 40% de la remuneración de cada funcionario.**

**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 y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

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

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

**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) Sus empleos deberán tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.
- b) El trabajo deberá ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien este 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 este fuere menor. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ocasional en días dominicales y festivos.



CONTRALORÍA  
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

- 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.

2) Precedente jurisprudencial

Sentencia C-372 de 1998, consideró:

*Esta Corte ha estimado que "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". Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-024 de 1998. M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara situación que se acompasa con el necesario descanso que es un derecho y que tiene como fines, entre otros, permitirle al trabajador "recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona". Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-710 de 1996. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.*

**Lo anterior, sin embargo, no obsta para que atendida la especial naturaleza de las actividades que determinados trabajadores cumplen al servicio de un empleador y sin perjuicio del derecho al descanso, se prevea una mayor disponibilidad que la exigida a los demás operarios.** Tal posibilidad es desde todo punto de vista excepcional y, según la jurisprudencia de esta Corporación, las hipótesis en las que haya lugar a demandar la presencia del trabajador en días y horas distintos a los de la jornada normal no deben quedar al capricho del empleador, sino que han de venir previamente definidas en la ley y obedecer a circunstancias objetivas y razonables.

**En este orden de ideas, cabe precisar que los cargos de dirección, de confianza y de manejo revisten de una especial importancia en cualquier organización, resultando esenciales al cabal desarrollo de sus actividades, a la preservación de sus intereses fundamentales y a la realización concreta de sus fines. Por lo tanto, la consagración de estas actividades como una excepción a la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo se inscribe dentro de la facultad que asiste al legislador para definir situaciones específicas en las que se justifique solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente, toda vez que la responsabilidad aneja a actividades de esta índole es de mayor entidad que la originada en funciones corrientes.**

(...)

*"En efecto, si esta especial categoría de trabajadores, creada por el legislador, obedece de manera esencial o fundamental a la necesidad de las empresas de proteger sus altos intereses, su propiedad o patrimonio, parece lógico deducir que las personas señaladas o escogidas por el patrono para realizar esas determinadas actividades o funciones, lo sean en atención a sus antecedentes personales, a su capacidad y moralidad, además de los conocimientos técnicos que el cargo requiera; **esto hace suponer que debe tratarse de situaciones estables a las que de ordinario llega el trabajador bien sea por sus antecedentes y trayectoria en la prestación de servicios anteriores a la empresa, o porque sus calidades especiales de que es poseedor y de que seguramente tiene conocimiento el empleador, le permiten obtener esa clase de distinciones para desempeñar un cargo de dirección, de confianza o de manejo**". Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia de julio 23 de 1959. M.P. Dr. Luis Fernando Paredes A. (Negrita y subrayado fuera del texto).*

De igual manera, en relación con este tema, se considera viable citar consideraciones del Consejo de Estado<sup>2</sup>, que a pesar de haber sido hechas antes de la Constitución de 1991, se consideran aplicables al caso en estudio:



(...) La Sala acoge en su integridad el anterior concepto porque es evidente que **en el orden jerárquico de los empleos públicos existen algunos que por su naturaleza y las funciones correspondientes no están sujetos a jornada de trabajo, esto es, no están sometidos a horario, sino que, por el contrario, sus titulares se entienden estar comprometidos en todo momento al ejercicio de las funciones que le son propias.**

(...)

**Si esto se predica, con definición legal, de los empleados del sector privado, con cuánta mayor razón debe consagrarse este criterio para los empleados del servicio público, cuyo correcto desempeño interesa a la comunidad entera y compromete la tranquilidad ciudadana, el orden público y la seguridad de las personas, factores todos que requieren que en ningún momento pueda presentarse un vacío de autoridad que pudiere producir funestas consecuencias.** (Negrita y subrayado fuera del Texto).

### 3) La jornada laboral de los empleados de dirección y manejo:

Ahora bien, respecto de la jornada laboral de los empleados públicos de nivel directivo, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda, en Sentencia del 20 de marzo de mil novecientos ochenta (1.980), dentro del Expediente Número 2395, expresó:

*"(...) Las disposiciones siguientes, que reglamentan la materia, no dicen, ni podrían decirlo, que el Alcalde tiene un horario dentro del cual es Alcalde y dispone del resto de horas de un día para hacer lo que a bien tenga, durante las cuales horas no es alcalde. Es de elemental sentido común, es de Perogrullo, que la función pública que ejerce y la investidura que tiene son permanentes en el tiempo, no separables, unas horas sí y otras horas no. La cosa es de tal manera evidente y clarísima, y de tal forma sencilla, que no hay para qué abundar más en ella".*

(...) La Sala acoge en su integridad el anterior concepto porque es evidente que **en el orden jerárquico de los empleos públicos existen algunos que por su naturaleza y las funciones correspondientes no están sujetos a jornada de trabajo, esto es, no están sometidos a horario, sino que, por el contrario, sus titulares se entienden estar comprometidos en todo momento al ejercicio de las funciones que le son propias.**

En el orden de la actividad privada la ley consagra expresamente cuáles trabajadores no están sujetos a jornada alguna de trabajo por razón de la función desempeñada y entre ellos, los primeros, son los empleados de dirección y de confianza. En el sector privado un presidente de empresa, un gerente, vicepresidente o subgerente no está sujeto a jornada de trabajo. Se entiende que las obligaciones y responsabilidades propias del cargo implican que tales empleados están en disponibilidad en todo momento para acudir al cumplimiento de sus deberes.

**Si esto se predica, con definición legal, de los empleados del sector privado, con cuánta mayor razón debe consagrarse este criterio para los empleados del servicio público, cuyo correcto desempeño interesa a la comunidad entera y compromete la tranquilidad ciudadana, el orden público y la seguridad de las personas, factores todos que requieren que en ningún momento pueda presentarse un vacío de autoridad que pudiere producir funestas consecuencias.**

(Negrita y subrayado fuera del Texto).

De la normatividad y precedentes expuestos llegamos a las siguientes conclusiones:



CONTRALORÍA  
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

#### 4) Conclusiones.

4.1 Que los empleados de dirección y manejo, o que pertenezcan a nivel directivo o asesor no tiene jornada laboral, porque están en todo momento **comprometidos en el ejercicio de las funciones que le son propias.**

4.2 Que en este orden de ideas, **tampoco están sujetos al cumplimiento de la jornada máxima reglamentaria.**

4.3 Que de ninguna manera este hecho puede vulnerar la protección al trabajo establecida por mandato del artículo 25 constitucional, que incluye derechos mínimos irrenunciables, como lo es el derecho al descanso.

4.4 Que el empleado de dirección y manejo (del nivel directivo o asesor), si para el cumplimiento de sus funciones tiene habitualmente que laborar en tiempo de descanso obligatorio, dentro de la estructura interna de la Entidad y a través de un acto administrativo se pueden pactar **tiempo compensatorio** para garantizar el derecho al descanso, ya que el pago de horas extras solo procede para los niveles técnico, administrativo y operativo.

4.7. Que la remuneración por el día de descanso compensatorio se entiende incluida en la asignación mensual.

#### 5) Respuesta al problema jurídico planteado.

Para los empleados de confianza, (nivel directivo y asesor) que habitualmente tengan que laborar en tiempo de descanso obligatorio y con el objeto de no vulnerar derechos mínimos irrenunciables como lo es el derecho al descanso, se puede pactar tiempo compensatorio.

Cordialmente,

  
**OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA**  
Directora Técnica Jurídica

Proyectó:  
FATA/PU/DTJ