

Bogotá D.C.,

08SE201812030000009990

Al responder por favor citar este número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 02EE201841060000000690 - 2018
Descanso remunerado e incapacidad laboral

Respetado(a) Señor(a)

De manera atenta le damos respuesta a su comunicación, mediante la cual consultó sobre el pago del descanso remunerado (dominical) en período de incapacidad.

Antes de dar trámite a su consulta, es necesario aclararle que esta Oficina Asesora Jurídica absuelve de modo general las consultas con relación a las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011, **sin que le sea posible pronunciarse de manera particular y concreta por disposición legal**. En tal sentido, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 41 del Decreto Ley 2351 de 1965, modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000, dispone que **los funcionarios de este Ministerio no quedan facultados para declarar derechos individuales, ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces de la República**.

Respecto a la incapacidad:

Frente a su consulta, el trabajador no recibe salario durante los períodos de incapacidad temporal; sino un auxilio por incapacidad que, tratándose de riesgo común, se reconocerá a través de la empresa promotora de salud (EPS) a la cual el trabajador se encuentre afiliado.

El auxilio por incapacidad lo paga la EPS a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

El Decreto 780 de 2016, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, compilatorio del parágrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, establece lo siguiente en su artículo 3.2.1.10:

*"Artículo 3.2.1.10. Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad.
(...)"*

Parágrafo 1°. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral. (...) (Artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, parágrafo 1° modificado por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013)."

De acuerdo con lo establecido en la norma precitada, estarán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado, y su monto no será diferente a las 2/3 partes del salario, esto es, el 66%, toda vez que ni el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, así como ninguna otra disposición, han establecido que los dos (2) primeros días de incapacidad serán pagaderos sobre el 100% del salario del trabajador.

Es oportuno señalar que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C - 543 de 2007, declaró "EXEQUIBLE el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, por los cargos formulados, y en los apartes demandados, en el entendido que **el auxilio monetario** por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente.

El auxilio monetario por enfermedad común para los trabajadores corresponderá a las (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por los siguientes noventa días tal como lo establece el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, sin embargo, a partir de la mencionada sentencia, el valor del subsidio por incapacidad temporal no podrá ser en ningún caso inferior al salario mínimo mensual legal vigente.

En el caso de las incapacidades de origen profesional, el artículo 1° de la Ley 776 de 2002 establece que:

"ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES. Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley".

Según lo dispuesto en el artículo 2° de la citada ley, la incapacidad temporal es "aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado", respecto de la cual, según el artículo 3° de la referida ley, el afiliado tendrá derecho al pago de "(...) un subsidio equivalente al 100% de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente del que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente

parcial, invalidez o su muerte (...). Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional”.

Dicho pago estará a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales, y se reconocerá y pagará hasta por 180 días, prorrogables por un periodo igual, siempre que sea necesario para el tratamiento o rehabilitación del afiliado de conformidad con en el artículo 3° de la Ley 776 de 2002.

De conformidad con lo dispuesto en el Parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la Administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

En ese orden de ideas, durante los períodos de incapacidad temporal, el trabajador no recibe salario, sino un auxilio o subsidio por incapacidad, dependiendo su origen, cuya naturaleza no es salarial. La incapacidad es una justa causa para no asistir al trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo.

En cuanto a la incapacidad como justa causa para no ir a trabajar, sin afectar el descanso dominical remunerado:

En relación con el descanso dominical remunerado, el artículo 172 del Código Sustantivo del Trabajo establece:

“ARTICULO 172. NORMA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 25 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo la excepción consagrada en el literal c) del artículo 20 <161> de esta ley el empleador está obligado a dar descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores. Este descanso tiene duración mínima de veinticuatro (24) horas”.

Si bien es cierto el sábado es considerado en principio como un día hábil, también es cierto que puede considerarse como un día no hábil siempre que el empleador así lo haya establecido. Sobre la remuneración del descanso dominical, el artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo dispone lo siguiente:

“ARTICULO 173. REMUNERACION. <Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. El empleador debe remunerar el descanso dominical con el salario ordinario de un día, a los trabajadores que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no falten al trabajo, **o que, si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o por disposición del empleador.**

2. Se entiende por justa causa el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor y el caso fortuito.

3. No tiene derecho a la remuneración del descanso dominical el trabajador que deba recibir por eso mismo día un auxilio o indemnización en dinero por enfermedad o accidente de trabajo.

4. Para los efectos de este artículo, los días de fiesta no interrumpen la continuidad y se computan como si en ellos se hubiera prestado el servicio por el trabajador.

5. Cuando la jornada de trabajo convenida por las partes, en días u horas, no implique la prestación de servicios en todos los días laborales de la semana, el trabajador tendrá derecho a la remuneración del descanso dominical en proporción al tiempo laborado". (Negrita y subrayado fuera de texto)

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-147 de 2014, consideró que:

"(...) Acorde con el concepto 10240 - 140206 emitido por el Ministerio de la Protección Social 19 de Mayo de 2011: (...)

En igual sentido, lo señaló el Artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo, al regular el derecho al pago del día dominical, cuyo texto prevé:

"ARTICULO 173. El empleador debe remunerar el descanso dominical con el salario ordinario de un día, a los trabajadores que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no falten al trabajo, o que, si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o disposición del empleador", (subrayado fuera del texto)

Para tales propósitos, el numeral 2o del Artículo 173 del citado Código define la justa causa en aquellos eventos como el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor y el caso fortuito.

En este orden de ideas, considera la Oficina que si bien la enfermedad constituye una justa causa para ausentarse de las labores, dicha situación deberá ser acreditada a través de la incapacidad que expida el médico tratante de la EPS en la que se encuentre afiliado el trabajador; pues en caso contrario, podría configurarse el incumplimiento de la prohibición establecida en el Artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo texto señala: "4) faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar de trabajo".

Con todo, considera la Sala que la apreciación hecha por el Tribunal accionando, a las pruebas obrantes en el proceso, no es irrazonable, ya que la certificación no tenía la entidad necesaria para considerarse una incapacidad, pues no indicó que la señora María estuviera afectada en su salud para asistir a trabajar. Adicionalmente, de ser urgente la visita al ginecólogo, la accionante debió gestionar de manera urgente dicha cita, pero ella no adujo haber acudido al especialista remitido,

justificando de esa manera la ausencia a laborar. Y por último, porque la certificación no fue legalizada ante la EPS correspondiente”.

En ese orden de ideas, el empleador se encuentra obligado a remunerar al trabajador el día de descanso dominical, cuando el trabajador se obligue a trabajar todos los días laborales de la semana y no falle al trabajo. Si el trabajador falta, la remuneración de dicho día solo se dará si existió una justa causa o por disposición del empleador. Se entiende como justa causa para faltar: el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor y el caso fortuito. La citada norma aclara que el trabajador no tendrá derecho a la remuneración del descanso dominical, **si por ese mismo día**, recibió un auxilio o indemnización en dinero por enfermedad o accidente de trabajo.

En consecuencia, un trabajador que faltó durante unos días de la semana por justa causa, debido a una incapacidad laboral, tiene derecho al día de descanso obligatorio. Siempre y cuando por ese mismo día no haya recibido un auxilio o indemnización en dinero por enfermedad o accidente de trabajo. Es de aclarar que, el descanso compensatorio se otorga por trabajar un día de descanso obligatorio.

Dominicales y festivos:

El Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la remuneración del día dominical laborado es del 1.75%, pues el trabajo en días dominicales se remunerará con un recargo del setenta y cinco por ciento adicional al salario ordinario. Es decir, cuando el Empleador disponga que el trabajador labore en días dominicales o festivos, la remuneración de este día dominical o festivo está conformado por el valor de un día laboral ordinario, más el adicional del 0.75% del valor del día, por el solo hecho de trabajar en domingo o festivo, en atención a lo normado por el Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que a la letra dice en su parte pertinente.

“Artículo 179- Trabajo dominical y festivo -

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 ... “(resaltado fuera de texto)

Es preciso mencionar, que todo Empleador debe cancelar un día de descanso remunerado obligatorio a todo trabajador que labore la semana completa o que no habiendo laborado algunos días de ella, lo haya hecho por causa justificada, v. gr. la incapacidad laboral, debidamente acreditada. El fundamento se encuentra en el Artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición que a la letra dice:

“Artículo 173 – Remuneración

1. El empleador debe remunerar el descanso dominical con el salario ordinario de un día, a los trabajadores que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no falten al trabajo, o que, si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o por disposición del empleador.

2. Se entiende por justa causa el accidente, la enfermedad, la calamidad doméstica, la fuerza mayor y el caso fortuito.

3. No tiene derecho a la remuneración del descanso dominical el trabajador que deba recibir por eso mismo día un auxilio o indemnización en dinero por enfermedad o accidente de trabajo.
4. Para los efectos de este artículo, los días de fiesta no interrumpen la continuidad y se computan como si en ellos se hubiera prestado el servicio por el trabajador.
5. Cuando la jornada de trabajo convenida por las partes, en días u horas, no implique la prestación de servicios en todos los días laborales de la semana, el trabajador tendrá derecho a la remuneración del descanso dominical en proporción al tiempo laborado”

En suma, el trabajador que labore en día dominical o festivo devengará el 2.75% por el trabajo en día domingo o festivo, así: 1.75% por haber laborado el domingo equivalente al valor del trabajo ordinario y a título de recargo por trabajar en dominical y 1 por el descanso obligatorio semanal que ya se encuentra comprendido en la nómina de salario.

Ahora bien, se considera oportuno establecer la clara diferencia que trae el Artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, en su Parágrafo Segundo, en cuanto a la definición del trabajo dominical u ocasional, diferencia que cambiará la forma en que el Empleador debe remunerarlo, teniendo en cuenta la definición que de los mismos trae el parágrafo de la norma en mención y que la contabilización del número de ellos se debe hacer en forma mensual, para establecer los efectos en el pago de los mismos, norma que en su parte pertinente a la letra dice:

“Artículo 179- Trabajo dominical y festivo -

(...)

PARAGRAFO 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.

Con respecto a la labor en día de descanso obligatorio cuando es ocasional, es decir, cuando el trabajador labora dos Dominicales o menos al mes, el Artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo, 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”.

De conformidad con la norma anteriormente transcrita, cuando el trabajador labora hasta dos dominicales en el mes calendario, tendrá derecho a escoger entre dos opciones, **debiendo escoger tan solo una de ellas**. Las opciones son: la primera el pago en dinero de la remuneración del 1.75% por haber laborado en Domingo o la segunda opción el descanso compensatorio, en atención a lo normado por el Artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que en su parte pertinente a la letra dice:

“Artículo 180. TRABAJO EXCEPCIONAL. <Artículo modificado por el artículo 30 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El trabajador que **labore excepcionalmente el día de descanso obligatorio 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, es decir, cuando el trabajador labora tres o más Dominicales en el mes calendario, el Artículo 181 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que el trabajador tiene derecho a recibir el pago del 1.75%, correspondiente a la remuneración por el solo hecho de haber laborado en día Domingo y además tendrá derecho a recibir un descanso compensatorio en la semana siguiente a su causación, norma que en su parte pertinente a la letra dice:

*“Artículo 181. DESCANSO COMPENSATORIO. El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, **sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo ...**”*

Independientemente de la habitualidad u ocasionalidad del trabajo dominical, la remuneración del recargo en uno u otro caso será la misma; es decir, el 1.75%; la diferencia se presenta cuando siendo trabajo en Dominical habitual, es obligante para el Empleador la concesión al Trabajador del día compensatorio en la semana siguiente al de causación adicional a la remuneración del 1.75% y, si el trabajo en dominical es ocasional, será optativo para el Trabajador el escoger entre la remuneración del 1.75% del Dominical laborado o el descanso compensatorio sin sobre remuneración alguna.

La forma en que el Empleador debe otorgar el descanso compensatorio se encuentra plasmada en el artículo 183 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que a la letra dice:

*“Artículo 183. FORMAS DEL DESCANSO COMPENSATORIO. **El descanso semanal compensatorio puede darse en alguna de las siguientes formas:***

- 1. **En otro día laborable de la semana siguiente, a todo el personal de un establecimiento, o por turnos.***
- 2. **Desde el medio día o a las trece horas (1 p.m.) del domingo, hasta el medio día o a las trece horas (1 p.m.) del lunes.***

Por último, cabe destacar que el trabajo en los días Festivos que por disposición del Empleador se labore, deben ser remunerados de la misma manera que el día Dominical laborado, es decir, con el 1.75% , sin que exista descanso compensatorio en ninguna ocasión.

Cuando el Trabajador labora en dominical ocasional y opta por el descanso remunerado, no por el pago del 1.75% en dinero, dado que no es posible tomar ambas opciones, sino tan solo una de ellas, descansa un día designado por el Empleador en la semana siguiente al de su causación, cuya remuneración se encuentra incluida en la nómina mensual de salarios de treinta días, sin que en ningún momento la disposición establezca sobre remuneración alguna.

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º 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 o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Finalmente, invitamos a que visite la página web del Ministerio del Trabajo www.mintrabajo.gov.co, en la sección normatividad; en donde pondrá consultar diversos conceptos sobre la normatividad laboral y de seguridad social expedidos por la Oficina Asesora Jurídica.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

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

Transcriptor- Proyectó: D. Adames
Revisó: María Teresa G.
Aprobó: Marisol P.

Ruta electrónica: C:\Users\Usuario\Dropbox\Ministerio del Trabajo-Grupo de Consultas\2018\Febrero 2018\Febrero semana 2\690 18 descanso remunerado-incapacidad.docx