



MEMORANDO INTERNO

Bogotá D. C.,
OJ110-

Devolver Copia Firmada

PARA: BEATRIZ AMALIA SANCHEZ LUQUE
Directora Talento Humano

DE: CARMEN ELENA LENIS GARCIA
Directora Oficina Jurídica

REFERENCIA: Solicitud concepto jurídico - Prima Técnica de un funcionario en Comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción

Respetada Doctora:

Se consulta sobre la asignación de prima técnica a un funcionario que se le concede comisión para desempeñar empleo de libre nombramiento y remoción. (cargo de asesor).

Al respecto la Ley 909 de 2004 indica:

ARTÍCULO 26. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO. Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Reibi
27-08-07
[Signature]

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.

Este tipo de comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción debe diferenciarse de otras figuras de comisión como la de servicios, para ejercer las funciones propias del empleo transitoriamente en lugar diferente al de la sede del cargo, cumpliendo misiones especiales conferidas por los superiores; para asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o para realizar visitas de observación que interesen a la administración pública y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.

Para que opere la comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción deben darse varias condiciones:

- 1.-El empleado debe estar escalafonado en carrera Administrativa,
- 2.-Debe haber obtenido calificación sobresaliente o satisfactoria
- 3.-El cargo a desempeñar debe ser de libre nombramiento y remoción,

Sucede entonces que el jefe de la entidad expediría un acto administrativo autorizando (léase comisionando) al funcionario de carrera para retirarse del cargo del cual es titular, y ejercer un empleo de libre nombramiento y remoción sin perder sus derechos de carrera que se suspenderían por el tiempo que se desempeñe en el otro empleo.

De otra parte, el funcionario comisionado debe cumplir con todos los requisitos para acceder al cargo de libre nombramiento y remoción y por este hecho entra a desempeñar el cargo en propiedad y adquiere para todos los efectos el status de titular de ese cargo mientras se mantenga en él. Por tanto, el régimen de remuneración y prestaciones sociales debe ser el del empleo cuyas funciones se ejercen mediante la situación administrativa de comisión y no el del cargo del cual se separa por un período determinado.

Así, la asignación de la prima técnica debe regirse de acuerdo con la normatividad vigente para el cargo de asesor de la Auditoría General de la República que es el cargo a desempeñar en comisión.

Para la asignación de la prima se exige entre otros requisitos la permanencia en el cargo. Por lo que se entra a analizar este término para efectos de dicha asignación.

En este sentido la Corte Constitucional en Sentencia C-023 de 1994, precisó:

"La Estabilidad en el empleo es una manifestación del principio de seguridad, pues como el trabajo además de ser un medio de sustento vital es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Se hace entonces necesario que exista una estabilidad básica en dicho empleo, que no

significa que el trabajador sea inamovible en términos absolutos, porque siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el empleo. El principio de la estabilidad, que no debe confundirse con la inamovilidad absoluta e injustificada, se encuentra recogido en la filosofía que inspira la carrera administrativa, que no sólo consagra los postulados de eficiencia y eficacia, sino que es una realización de la igualdad y estabilidad." (Negrilla fuera de texto).

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, en Sentencia del 6 de diciembre de 2001, expediente radicado bajo el número 2353, sobre el momento a partir del cual se predica el derecho a la permanencia en el empleo, ha señalado:

En este orden de ideas, resulta importante para la Sala precisar los siguientes aspectos:

~ La permanencia como requisito sine qua non para el otorgamiento de la prima técnica, ha estado consagrada en las normas reglamentaria desde 1991.

~ El nombramiento en propiedad entendido como aquel que se efectúa en cabeza de la persona, que además de cumplir los requisitos para desempeñar el cargo, ha sido seleccionado mediante concurso o siendo de libre nombramiento y remoción lo desempeñe en propiedad jurídicamente es el que le confiere el fuero de estabilidad o permanencia en el empleo.(...)

Al respecto la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C- 501 de 2005 expresó:

"En efecto, la Ley 909 de 2004 prevé la posibilidad de que un funcionario de carrera se poseione en un cargo de libre nombramiento y remoción en dos situaciones: (i) de manera provisional, o (ii) por periodos hasta de 3 años, cuando se ha obtenido calificación sobresaliente o satisfactoria, es decir cuando el buen desempeño del funcionario muestra que cuenta con las calidades requeridas para ejercer un cargo de confianza o que implica manejo, dirección, conducción u orientación institucionales."

Al señalar la Corte Constitucional que existen dos situaciones para que el funcionario carrera ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción una de manera provisional y otra por periodos de tres años, puede entenderse que a este último caso no se le está dando el carácter de provisional y por tanto se podría considerar que cumple con el requisito de permanencia en el cargo para la asignación de prima técnica que ostentan los empleados de libre nombramiento y remoción del nivel asesor.

De conformidad con lo anteriormente expresado, se puede colegir que a los empleados de libre nombramiento y remoción al desempeñar el cargo en propiedad, jurídicamente les es conferido el fuero de estabilidad o permanencia en el empleo, que les permite el reconocimiento de la prima técnica.

Así mismo, para reiterar lo ya planteado vale la pena resaltar lo expresado por el tratadista Diego Younes Moreno en su libro Derecho Administrativo Laboral

respecto del régimen jurídico del comisionado¹: "Esta comisión permite, pues ejercer un empleo de libre nombramiento y remoción sin perder el status de carrera, pero en los demás aspectos significa un cambio de régimen jurídico. En efecto, este no será el que rige para el empleo del cual se es titular, sino el que se predique para el cargo que se desempeñe en comisión. El régimen de remuneración y prestaciones sociales deberá ser el del empleo cuyas funciones se ejercen mediante la situación administrativa de comisión y no el que rija para el destino del cual se separa transitoriamente el funcionario por el mecanismo que nos ocupa."

Finalmente recordarle que en caso de socializar fuera de la entidad lo aquí conceptuado, debe hacerse en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CARMEN ELENA LENIS GARCIA
Directora Oficina Jurídica

Elaboró: María Katherina Ramírez Navarrete. Abogada Oficina Jurídica
Fecha: 23/08/07

¹Diego Younes Moreno, Derecho Administrativo Laboral. Editorial Temis, Décima edición, Pág. 389, Año 2005.