



Bogotá, D.C.,

Señor
ANONIMO
fidel_lond@gmail.com

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS: ¿El desplazamiento el día domingo para cumplir comisión se considera como trabajo ocasional y en consecuencia debe compensarse? Puede un empleado negarse al cumplimiento de una comisión? El cargo de Profesional Especializado en provisión, puede ser considerado como de confianza y manejo? **Radicado:** 20142060080232 del 3 de junio de 2014.

Respetado señor

Con relación a los interrogantes planteados en el asunto de la referencia, remitida por el Ministerio de Trabajo, le informo lo siguiente:

1. Respecto a la viabilidad de reconocer descansos compensatorios a los empleados por laborar en comisión de servicios un domingo, me permito señalar que en criterio de esta Dirección jurídica los viáticos buscan reconocer la manutención y alojamiento del empleado fuera de su sede habitual de trabajo, sin que los mismos, suplan el reconocimiento del trabajo realizado en sábados, dominicales y festivos.

Habrá derecho al reconocimiento, teniendo en cuenta los siguientes elementos:

- En caso de laborar en día sábado, se tendrá derecho a que se reconozca este trabajo como de horas extras, siempre que exceda de la jornada semanal de cuarenta y cuatro horas.
- En el caso de los dominicales y festivos se remunerarán teniendo en cuenta si son habituales y permanentes u ocasionales. 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.

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. Ahora bien, respecto de la habitualidad de los dominicales se deberán tener en cuenta, las siguientes precisiones:

El tratadista Diego Younes expresó en relación con el término "habitual" enmarcado dentro de las jornadas ordinarias de trabajo¹:

"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" (Subrayado fuera del texto).

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. (...)" (Subrayado fuera del texto).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo de 11 de diciembre de 1997, expediente 10.079, se pronunció sobre el trabajo habitual y 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..."

Así las cosas, la habitualidad del trabajo tiene que ver con el servicio; es decir, aunque no siempre lo cumplan los mismos empleados, el servicio que presta la entidad pública es continuo. De acuerdo con este, la entidad deberá evaluar si efectivamente las funciones que cumple la entidad en los distintos lugares a donde se confieren las comisiones, prestan servicios continuos; en caso positivo, se deberá reconocer los dominicales de forma permanente.

Por otra parte, en caso de que el trabajo dominical o festivo sea ocasional, se reconocerá en los términos del artículo 40 del Decreto 1042 de 1978; es decir, se compensará con un día de

¹ Derecho Administrativo Laboral. 9ª Edición. Temis. 2001. P. 129.



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.

Frente al caso particular del personal del nivel profesional, las normas que regulan la jornada laboral de los empleados públicos, conceden el derecho al reconocimiento de horas extras y de dominicales y festivos sólo a empleados que se desempeñen en cargos pertenecientes a los niveles técnico y asistencial, hasta los grados 9 y 19, respectivamente.

Es decir, taxativamente se señala tal derecho y dentro de este marco legal deberá proceder la entidad.

Por lo anterior, se considera que la institución debe adecuar, en lo posible, la prestación de los servicios en días y horas diferentes a la jornada ordinaria laboral, para que sean cumplidos por los empleados que tengan derecho legal a reclamar el pago de estas jornadas extendidas.

No obstante, si existen actividades especiales que deban ser cumplidas por funcionarios no cubiertos por el derecho al reconocimiento y pago de trabajos suplementarios, la Administración, dentro de su organización interna, puede, en aras de satisfacer las necesidades del servicio y no desconocer los derechos mínimos irrenunciables del trabajador, como el descanso, consagrado constitucionalmente en el artículo 53, otorgar a estos servidores un tiempo de descanso que supla el laborado por fuera de la jornada ordinaria.

2. Frente a la posibilidad de un empleado negarse a realizar una comisión de servicios, como puede observarse, esta situación administrativa hace parte de los deberes de los empleados públicos, por lo que, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que un empleado que se encuentra en comisión de servicios, esto es, ejerciendo temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo y ello, en un momento dado implica la necesidad de laborar los dominicales y festivos, deberá llevar a cabo la misma.

3. Finalmente, sobre las implicaciones que tiene un nombramiento provisional efectuado en un cargo de Profesional Especializado frente a los cargos de "confianza y manejo", que son de libre nombramiento y remoción debe tenerse en cuenta que el primero de los nombramientos citados es una modalidad de vinculación a través de la cual se pueden proveer los empleos de carrera que se encuentren vacantes en forma definitiva o temporal, cuando no fuere posible hacerlo mediante encargo con servidores públicos de carrera, tal como lo señala los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004:

Los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito y su retiro solamente podrá efectuarse por causales atinentes a violación del régimen disciplinario, evaluación del desempeño, por la designación de quien ocupó el primer lugar en el concurso respectivo y por las demás causales establecidas en la ley, tal como lo ha señalado en forma reiterativa la Corte Constitucional.





Departamento Administrativo
de la **FUNCIÓN PÚBLICA**
República de Colombia

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

A diferencia de los empleados de carrera administrativa, quienes ingresan y ascienden por concurso de méritos, los empleados de libre nombramiento y remoción pueden ser libremente nombrados y removidos en ejercicio del poder discrecional que tiene la Administración para escoger a sus colaboradores, toda vez que ocupan lugares de dirección y/o confianza dentro de la entidad pública

Con respecto a los empleos de libre nombramiento y remoción, la Ley 909 de 2004, "*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*", consagra los empleos que son considerados como tales, los que conforme a su naturaleza "de libre nombramiento y remoción" se traduce en que la persona que ha de ocupar un empleo de esta característica, puede ser elegida y también desvinculada por quien tiene la facultad de hacerlo. Es decir, el órgano o persona a quien corresponda, puede disponer libremente del cargo confirmando o removiendo a su titular, mediante el ejercicio exclusivo de la facultad discrecional que, entre otras cosas, se justifica precisamente porque en virtud de las funciones que le son propias al cargo de libre nombramiento y remoción, (de dirección, manejo, conducción u orientación institucional), se toman las decisiones de mayor trascendencia (adopción de políticas o directrices fundamentales) para la entidad o la empresa de que se trate.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Jaime Jiménez/JFCA/CPHL
600.4.8.

