



Función Pública

Concepto 66181 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000066181

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000066181

Fecha: 04-03-2019 04:38 pm

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Encargo. Derecho preferencial a encargo en una Universidad Pública. Radicado: 2018-206-022388-2 del 23 de agosto de 2018

En atención a la comunicación de la referencia, relacionada con el derecho preferencial a encargo de empleados de carrera administrativa vinculados en una Universidad Pública, me permito manifestarle lo siguiente:

EL ARTÍCULO 69 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

«Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado (...)».

La Constitución Política ha reconocido a las universidades la autonomía, en virtud de la cual tienen el derecho a regirse por sus estatutos. Es decir, el régimen especial de los entes universitarios es de origen constitucional.

El legislador, en cumplimiento del mandato constitucional, expidió la Ley 30 de 1992, «Por la cual se organiza el servicio público de Educación Superior». El artículo 28 de la citada Ley señala:

«La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional». (Subrayado fuera de texto)

De la misma forma, el artículo 57 se refiere a la organización del personal docente y administrativo, en los siguientes términos:

Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

El carácter especial del régimen de las universidades estatales y oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de acuerdo con la presente ley (...).

En ese orden de ideas, las universidades en virtud de su autonomía y carácter especial, tienen el derecho a darse y modificar sus estatutos y adoptar sus correspondientes regímenes para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

La Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del artículo 3º de la Ley 443 de 1998 y los alcances de la autonomía universitaria, mediante sentencia C-560 del 17 de mayo de 2000, magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra, afirmó:

"Posteriormente, la Corporación, en la sentencia C-547 de 1994, examinó la constitucionalidad del inciso tercero del artículo 57 de la ley 30 de 1992 (...). En lo pertinente, la Corte se refirió a los límites de la autonomía universitaria, el papel del Estado para regular y ejercer la vigilancia sobre la educación, y lo que significa que el constituyente autorizara a la ley, para crear un régimen especial, para las universidades del Estado. La Corte se refirió al tema así:

"A más de lo anterior, el constituyente autoriza a la ley para crear un "régimen especial" para las universidades del Estado, lo que significa que estas instituciones se regularán por normas especiales que pueden ser iguales o distintas a las aplicables a otras entidades de educación superior, públicas y privadas, o a las demás entidades estatales, siempre y cuando con ellas no se vulnere su autonomía. En consecuencia, bien podía la ley, sin infringir la Constitución, establecer un régimen contractual diferente para tales entes universitarios, como lo hizo en las normas acusadas, al determinar en el inciso tercero del artículo 57, que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende el régimen contractual; y consagrar en el artículo 93 que los contratos que celebren dichas instituciones se regirán por las normas del derecho privado, y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos, exceptuando los de empréstito, que deben someterse a las reglas del "decreto 222 de 1983, o a las normas que lo modifiquen o deroguen". Y como este ordenamiento fue derogado por la ley 80 de 1993, ha de entenderse que la normatividad a la cual se remite el precepto demandado, es la citada ley." (Sentencia C-547 de 1994, M.P., doctor Carlos Gaviria Díaz) (Se subraya).

En la sentencia C-220 de 1997, la Corte profundizó sobre la diferencia entre los entes universitarios y los establecimientos públicos. Dijo la sentencia que las universidades, al estar ajenas a las interferencias del poder político, no pueden hacer parte de la Rama Ejecutiva, ni estar supeditadas a dicha Rama. Señaló esta sentencia:

Las universidades del Estado, son instituciones que para mantener y preservar su esencia deben estar ajenas a las interferencias del poder político, en consecuencia no pueden entenderse como parte integrante de la administración, o como organismos supeditados al poder ejecutivo, ellas deben actuar con independencia del mismo y no estar sujetas a un control de tutela como el concebido para los establecimientos públicos, concepto que por sí mismo niega la autonomía; eso no quiere decir que no deban, como entidades públicas que manejan recursos públicos y cumplen una trascendental función en la sociedad, someter su gestión al control de la sociedad y del Estado, o que rechacen la implementación de mecanismos de articulación con dicho Estado y la sociedad, pues por el contrario ellos son indispensables para el cumplimiento de sus objetivos y misión".

En virtud de lo preceptuado por el artículo 69 de la Constitución Política y los pronunciamientos jurisprudenciales anteriormente señalados, se concluye que las normas sobre la carrera docente y administrativa en los entes autónomos universitarios son especiales.

Así las cosas, esta Dirección considera que le corresponde a las autoridades de administración de la carrera docente y administrativa de la Universidad frente a la cual usted formula su consulta, pronunciarse sobre las situaciones que se presenten con la provisión de cargos a través de encargos, manual de funciones y requisitos, dedicación y condiciones para ocupar empleos, toda vez que la reglamentación de estas situaciones debe encontrarse en los estatutos de personal académico y administrativo especiales emitidos por la autoridad competente.

No obstante, lo anterior, y dado que los entes universitarios autónomos regulan lo relativo a los temas de encargos a través de sus estatutos de personal, a efectos de brindarle claridad al respecto, nos referiremos al tema del encargo según como se aplica en las entidades de la Rama Ejecutiva, con base en los siguientes términos:

EL ARTÍCULO 24 de la Ley 909 de 2004, señala:

ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva”

De acuerdo a la normativa citada, el encargo puede ser provisto teniendo en cuenta los siguientes requisitos:

- a. El empleado a encargar debe tener derechos de carrera administrativa y acreditar los requisitos que se exijan para su ejercicio, es decir, poseer las aptitudes y las habilidades para su desempeño.
- b. No haber sido sancionado disciplinariamente en el último año.
- c. Que su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.
- d. Que el encargo recaiga en el empleado que ocupe el cargo inmediatamente inferior para lo cual debe cumplir las condiciones anteriores y en caso de que este último no cumpla los requisitos se irá descendiendo hasta el empleado que si los cumple y así sucesivamente.

Acorde con lo anterior, se resuelven sus consultas conforme a la normativa aplicable a las entidades de la Rama Ejecutiva en el mismo orden en que se formularon:

1. El encargo es un derecho preferencial para los empleados que ocupen el cargo inmediatamente inferior para lo cual debe cumplir las condiciones anteriores y en caso de que este último no cumpla los requisitos se irá descendiendo hasta el empleado que si los cumple y así

sucesivamente.

Por tanto, el encargo se concede a los empleados de carrera que acrediten el perfil y los requisitos exigidos para el empleo. Es así como, si hay empleados de carrera en el nivel técnico y asistencial le corresponde a la Administración verificar que los mismos cuenten con experiencia profesional por cuanto esta se acredita con el desempeño de la profesión contada a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pensum académico.

2. De la aplicación del encargo por niveles se reitera lo establecido en el punto anterior, en el sentido que, es deber de la Administración verificar que el empleado a ser encargado cumpla con los requisitos y el perfil exigido por el empleo.

3.- El Decreto 405 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 204 de 1957, frente a la definición de fuero sindical, señala:

ARTICULO 405. DEFINICION. Se denomina "fuero sindical" la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia T-731 de 2001, respecto al retiro de empleados públicos con fuero sindical, señala:

El retiro del servicio de empleados públicos y trabajadores oficiales amparados con fuero sindical requiere previa autorización judicial. Al respecto es necesario resaltar que la ley en ningún momento establece que el permiso judicial previo para despedir trabajadores aforados no se aplique a los casos de reestructuración de entidades administrativas. (Destacado nuestro)

En posteriores fallos, la Corte ha mantenido esas mismas consideraciones, razón por la cual, en la actualidad, existe una clara línea jurisprudencial en la materia. Así por ejemplo, la Corte en sentencia T-1334 de 2001, magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería, establece:

Acorde a lo anterior, se considera que si bien toda causa legal de retiro del servicio de un servidor público constituye una justa causa, esta no puede ser calificada motu proprio por la entidad estatal, sino que en virtud de la garantía constitucional del fuero sindical, se debe solicitar la calificación judicial de esa justa causa, al juez laboral a fin de que se pueda proceder a la *desvinculación* del servidor público en forma legal; de lo contrario, dicha omisión generaría una vulneración al debido proceso y a los derechos de asociación, libertad y fuero sindical, para cuya protección no debe acudir a la acción de tutela sino al mecanismo judicial idóneo y eficaz establecido por la ley, como lo es la acción de reintegro. (Destacado nuestro)

Conforme a lo anterior, el fuero sindical constituye una garantía de naturaleza constitucional que, en aras de proteger el derecho de asociación y el ejercicio de la actividad sindical, otorga a quien goza de dicha garantía el derecho de no ser despedido, desmejorado en sus condiciones laborales, o trasladado a otro sitio o lugar de trabajo, sin que exista justa causa comprobada, la cual debe ser calificada previamente por el juez laboral.

Por lo tanto, el levantamiento del fuero sindical procede para la desvinculación, reubicación o traslado de los empleados que gozan de dicha garantías, mas no contempla lo relativo a cuando se encuentre en la situación de encargo.

4. Conforme al artículo 11 del Decreto Ley 785 de 2005, la experiencia se define como:

«ARTÍCULO 11. Experiencia. Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

Para los efectos del presente decreto, la experiencia se clasifica en profesional, relacionada, laboral y docente.

Experiencia Profesional. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pensum académico de la respectiva formación profesional, tecnológica o técnica profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo.

Experiencia Relacionada. Es la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio. (...)».

Al respecto, el Decreto Ley 019 de 2012, establece:

«ARTICULO 229. EXPERIENCIA PROFESIONAL. Para el ejercicio de las diferentes profesiones acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, la experiencia profesional se computará a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior.

Se exceptúan de esta condición las profesiones relacionadas con el sistema de seguridad social en salud en las cuales la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional».

Conforme a lo anterior, se precisa que la experiencia profesional es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pensum académico mientras que la experiencia relacionada es la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del empleo a proveer.

Por tanto, a efectos de verificar los requisitos exigidos para los empleos, es necesario acudir al manual de funciones y determinar la experiencia solicitada en cada uno de los cargos que conforman la planta de personal.

5. Finalmente, con relación a la terminación del encargo cuando se vence el término de los 6 meses, esta Dirección Jurídica considera que sólo es procedente dar por terminado un encargo cuando se argumenten causales, tales como: la renuncia del mismo, se obtenga evaluación del desempeño no satisfactoria, decisión del nominador debidamente motivada, por la pérdida de los derechos de carrera, cuando se acepte la designación para el ejercicio de otro empleo, por la imposición de sanción disciplinaria consistente en suspensión o destitución y por determinarse procedente la provisión definitiva del empleo.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

Angélica Guzmán Cañón/JFCA/GCJ

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:26:29