



Función Pública

Concepto 210321 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000210321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000210321

Fecha: 15/06/2021 04:39:24 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS - Encargo. Radicado: 20219000463742 del 04 de junio de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre la viabilidad jurídica y técnica de realizar encargos con efectos fiscales para los cargos de Comisarios de Familia e Inspectores de Policía por la falta de personal en la Secretaría de Seguridad y Justicia, que obedece por una parte, ante la existencia de lista de elegibles, el que ocupa el primer puesto de la lista de elegibles no acepta el nombramiento en periodo de prueba, o una vez posesionado renuncia al mismo, y por otro, ante la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, los encargos que se habían otorgado en dichos empleos tuvieron que ser derogados por no cumplirse con los requisitos dispuestos en esta norma para la procedencia del encargo; lo anterior teniendo en cuenta que, se han realizado encargos sin efectos fiscales para un apoyo conjunto entre una Inspección de Policía a otra, asimismo con las Comisarias de Familia, lo cual ha generado una afectación en la prestación del servicio, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, es preciso advertir que de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 430 de 2016, a este Departamento Administrativo le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia pronunciarse sobre las situaciones internas de las entidades o, declarar derechos o deberes de los empleados públicos.

Por lo tanto, la resolución de los casos particulares corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Sin embargo, de forma general, atendiendo su tema objeto de consulta, en la ley Ley 1960 de 2019, que modificó el artículo 1° de la Ley 909 de 2004, se dispuso lo siguiente con respecto a la situación administrativa de encargo, a saber:

“ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera

tendrán derecho a ser encargados en estos 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 es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

[...]

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posteridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nombramiento o en quien este haya delegado, informara la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.” (Subrayado fuera de texto original)

Del aparte normativo expuesto, se concluye que la situación administrativa de encargo en un empleo de carrera administrativa procede en dos eventos respectivamente; en los empleados de carrera que acrediten los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido disciplinariamente sancionados en el último año y su evaluación del desempeño del último año fue calificada en sobresaliente, y, en el evento que no hayan empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo recaerá en los empleados que tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio.

De esta manera, el encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Por su parte, en relación con la figura de encargo, el artículo 2.2.5.5.41 del Decreto 1083 de 2015, dispuso:

ARTÍCULO 2.2.5.5.41. Encargo. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado. (Subrayado fuera del texto original)

De la norma anteriormente transcrita, se tiene que los empleados podrán ser encargados para asumir total o parcialmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo. Esta situación administrativa en la cual puede estar vinculado un servidor no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular, ni afecta los derechos de carrera del empleado.

Así entonces, y atendiendo el tema objeto de consulta, es importante abordar sentencia proferida por el Consejo de Estado, en la cual en la parte considerativa se pronunció en los siguientes términos frente a la procedibilidad de que un empleado perciba el salario asignado al empleo en el cual se encuentra desempeñando mediante encargo, a saber:

“En tratándose de encargo para suplir la vacancia de un empleo, hay que distinguir dos eventos, la vacancia definitiva que implica retiro total del servicio, o lo que es lo mismo, que el empleado ha dejado de ocupar el cargo y por ende de recibir el sueldo, evento en el que el empleado encargado tiene derecho a recibir el sueldo correspondiente al empleo para el que ha sido encargado y que ha quedado vacante definitivamente.”

Recuérdese además que las normas que regulan la figura del encargo al hacer mención a la remuneración, son claras en que la misma se percibirá por el funcionario encargado “siempre y cuando no sea percibida por su titular”. Normas dentro de las cuales se encuentra el artículo 18 de la Ley 344 de 1996 “por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, frente al que la Corte Constitucional al hacer estudio de exequibilidad precisó:

[...]

Por ello, no considera la Corte que la norma bajo estudio sea inconstitucional y establezca una discriminación en contra del servidor público bajo encargo, por no recibir el salario percibido por su titular, pues como lo ha reconocido la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, no puede ser entendido como una igualdad matemática que le impida al legislador regular tratamientos diferentes con respecto de aquellos casos que presentan características diversas, producto de las distintas situaciones en que se desenvuelven los sujetos]”. (Subrayado fuera del texto, negrita original)

Como se puede observar, la Corte distingue aquellas situaciones que pueden ocurrir ante la vacancia definitiva de un empleo de carrera administrativa, como es por el retiro total del servicio, o lo que conlleva una similar consecuencia, que el empleado ha dejado de ocupar el cargo y por lo tanto, de recibir el salario, para lo cual sea en uno u otro caso, aquel empleado al cual le otorguen este empleo que presenta de forma definitiva la ausencia de titularidad, le corresponderá el derecho de percibir el salario correspondiente al cargo.

Cabe concluir entonces de forma general para el presente asunto que, los empleos que presentan vacancia definitiva podrán otorgarse mediante encargo a un empleado separándose o no de las funciones del empleo del cual es titular, y devengando el salario correspondiente, no obstante, es preciso abordar lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.1. del Decreto 1083 de 2015, el cual dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

(...)

(Subrayado fuera del texto original)

En consecuencia, se tiene que los empleos de carrera administrativa que se encuentren en vacancia definitiva se proveerán por regla general en periodo de prueba o en ascenso, con aquellas personas que previo concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil hayan ocupado el primer puesto de la lista de elegibles que arroje el concurso respectivo. Mientras ello ocurre, el empleo vacante de carrera definitivo deberá proveerse transitoriamente a través de las figuras de encargo o mediante nombramiento provisional.

Por lo tanto, de forma general, esta Dirección Jurídica considera que la situación administrativa de encargo en empleos de carrera administrativa es aquella figura en la cual los empleados podrán ocupar empleos diferentes a los cuales han sido nombrados, separándose o no de las funciones del cargo del cual es titular, y podrá concebirse con efectos fiscales siempre que el salario respectivo no se encuentre percibiendo por el empleado titular. En todo caso y de acuerdo con lo relacionado en su consulta frente a la posible desmejora de la prestación del servicio por el otorgamiento de encargos sin efecto fiscal; no se evidencia que ante la falta de dicho efecto fiscal represente tal consecuencia, puesto que podrá acudir al nombramiento provisional.

En consecuencia, será la entidad territorial correspondiente la que determine si es procedente o no efectuar los encargos con efectos fiscales, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal y las necesidades del servicio.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"
2. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."
3. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, 07 de marzo de 2013, Rad. No.: 25000-23-25-000-2008-00203-01(1571-10), Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

4. "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:05:18