



Concepto 454461 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000454461

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000454461

Fecha: 20/12/2021 09:10:04 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO. Provisión. SITUACIÓN ADMINISTRATIVA. Encargo. Radicado: 20219000722152 del 29 de noviembre de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a la comunicación, mediante la cual consulta si es procedente encargar en un empleo que presenta vacancia temporal por incapacidad general a un empleado mediante la figura de libre nombramiento y remoción debido a que no hay empleados de carrera administrativa que cumplan con los requisitos. Por otro lado, es posible encargar a un funcionario de carrera administrativa de nivel jerárquico superior, me permito manifestar lo siguiente:

Frente a las competencias del Departamento Administrativo de la Función Pública de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, 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 intervenir en situaciones internas de las entidades, ni en pronunciarnos en casos de manera particular.

Sobre el particular, es preciso señalar que el Decreto 1083 de 2015, establece:

ARTÍCULO 2.2.5.2.2 Vacancia temporal. *El empleo queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentre en una de las siguientes situaciones:*

1. Vacaciones.
2. Licencia.
3. Permiso remunerado
4. Comisión, salvo en la de servicios al interior.
5. Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular.
6. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial.
7. Período de prueba en otro empleo de carrera.
8. Descanso compensado."

(Numeral 8, adicionado por el Art. 1 del Decreto 770 de 2021)

(Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)

El encargo en empleos de carrera que se encuentren vacantes de manera temporal por licencia por enfermedad general como en el caso materia de consulta, a partir del tercer día que se genera la vacancia temporal, podrá ser provisto, por el tiempo que dure la misma, bajo la figura del encargo con empleado de carrera. Se regirá por lo previsto en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicionen o

reglamenten y por las normas que regulan los sistemas específicos de carrera.

Los empleados de carrera son los que tienen derecho preferencial a ocupar mediante encargo el empleo vacante, mientras su titular no lo ejerce, siempre y cuando acrediten los requisitos para su ejercicio, posean las aptitudes y habilidades para su desempeño, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente (Art. 2.2.5.5.42 del Decreto 1083 de 2015 modificado por el 648 de 2017). En el evento que dentro de la planta de personal de la respectiva entidad no se cuente con empleados con derechos de carrera administrativa que cumplan con el perfil y los requisitos para ser encargados en el empleo vacante, será procedente la vinculación de provisionales caso en el cual, la remuneración se reconocerá y pagará con el rubro previsto para el respectivo empleo.

En relación con el interrogante en el cual se consulta sobre la procedencia de un encargo de un nivel jerárquico me permito manifestar lo siguiente:

Al respecto, sobre las disposiciones que regulan el encargo, la Ley 909 de 2004 modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019, señala:

"ARTÍCULO 24. ENCARGO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

Los cargos 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, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

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

PARÁGRAFO 2. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador o en quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique."

De acuerdo al artículo anterior, 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.

Sobre un tema similar, la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante sentencia del 15 de abril de 2015 el consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, señaló:

"(...)

Por lo anterior, se impone hacer las siguientes consideraciones sobre el encargo:

(i) El encargo es una situación administrativa[7] y una forma transitoria de proveer empleos -es decir, tiene doble connotación jurídica-, en virtud de la cual se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo[8].

Igualmente, es un derecho de los servidores públicos de carrera, por expresa disposición del artículo 24 de la Ley 909 de 2004[9]. Así lo ha sostenido la CNSC:

"El encargo está catalogado como un derecho de los empleados de carrera. Los servidores públicos que ostenten tal derecho y que reúnan los requisitos y condiciones fijados en la ley, serán designados en igualdad de condiciones para suplir las vacancias que se presenten en los empleos de carrera, de igual o superior nivel jerárquico. Por ello, el encargo constituye un mecanismo para incentivar a los empleados de carrera eficientes." [10] (Negrilla y subraya fuera de texto)

(ii) Esta figura está regulada en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004[11], norma según la cual, para que proceda el nombramiento bajo la figura

de encargo, establece los siguientes requisitos:

- el empleado deberá: a) acreditar los requisitos para el cargo; b) poseer las aptitudes y habilidades para su desempeño; c) no haber sido sancionado disciplinariamente en el último año; d) haber obtenido una calificación sobresaliente en su última evaluación de desempeño y; e) acreditar tiempo de servicios continuo en la entidad no inferior a un año (en aplicación del numeral 1º del artículo 80 del Decreto 1227 de 2005).

De acuerdo con las disposiciones citadas, 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, su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año anterior y se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer; en consecuencia, corresponde a la entidad determinar con fundamento en los parámetros establecidos en la normativa citada, el empleado que tiene mejor derecho para ser encargado. Sin embargo, en caso de presentarse una situación administrativa como la licencia y ante la imposibilidad de acudir a la provisión mediante encargo la entidad tiene la facultad de vincular a personal supernumerario de carácter netamente transitorio para suplir o atender las necesidades del servicio.

Siendo así, el Artículo 83 del Decreto-Ley 1042 de 1978, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones, manifiesta frente a la naturaleza de los supernumerarios, lo siguiente:

“ARTICULO 83. DE LOS SUPERNUMERARIOS. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrán vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio. Inciso 3 Declarado Inexequible mediante Sentencia C-401 DE 1998.

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

(...)

La vinculación de supernumerarios se hará mediante resolución administrativa en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestarán los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse.” (Subrayado fuera del texto).

De esta forma y analizado el espíritu de la norma se tiene que: “Las labores que se adelantan por dichos funcionarios supernumerarios son, justamente, aquellas que transitoriamente no pueden ser atendidas por el titular ausente, o aquellas que nadie cumple dentro de la organización por no formar parte del rol ordinario de actividades, por tratarse también de actividades temporales”. (Sentencia Corte Constitucional C-401 de 1998).

A este respecto la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada, afirmó:

“8. Resulta claro que la vinculación de empleados supernumerarios para llevar a cabo actividades meramente temporales, constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración Pública. Difiere del contrato de prestación de servicios profesionales por varios conceptos, especialmente porque en este último, aunque puede haber cierto grado de sujeción, no se involucra el elemento de subordinación de tipo laboral que se halla presente en el primero, y porque la vinculación de personal supernumerario se lleva a cabo mediante resolución, en la cual deberá expresarse el término durante el cual se prestarán los servicios y el salario que se devengará, que se fijará teniendo en cuenta las escalas de remuneración establecidas en la ley. Se trata pues de una verdadera relación laboral regida por normas de derecho administrativo, que en esencia es temporal”. (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, la Corte Constitucional en la sentencia C-422 del 6 de junio de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra los Artículos 2º inciso primero (parcial) y el Artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, reitera las consideraciones de la sentencia C-401 de 1998, así:

“(…)

Estas consideraciones indican que, contrario a lo expresado por el demandante, la Corte Constitucional al dictar la sentencia C-401 de 1998 no limitó su análisis a la verificación de la compatibilidad del Artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 frente al Artículo 125 constitucional, sino que analizó la norma a la luz de las normas constitucionales que regulan la función pública, y en especial, contrastó la norma de rango legal con el Artículo 122 Constitucional-fundamento de la demanda que se analiza en la presente providencia

Aún más, la objeción por inconstitucionalidad planteada por el accionante, consistente en la supuesta inconformidad de la norma de rango legal

con la Constitución por cuanto los supernumerarios no estarían regulados en sus funciones por el Manual ni los cargos previstos en la planta, fue expresamente atendida en la sentencia C-401 de 1998, razón por la cual debe considerarse cumplido el segundo de los requisitos para la configuración de la cosa juzgada constitucional, en tanto la cuestión propuesta en la demanda de constitucionalidad se basa en las mismas razones -tanto frente al sustento del cargo como frente a las normas constitucionales supuestamente infringidas- ya estudiadas en una sentencia previa." (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la norma y la jurisprudencia citadas, la vinculación de personal a través de la figura de supernumerario, tiene un carácter netamente temporal, limitado al término de duración de la vacancia temporal o a la ejecución de la labor ocasional y transitoria, para la cual es requerido.

Por lo tanto se reitera, los supernumerarios son auxiliares de la administración, no se encuentran vinculados a la planta de personal de la entidad, ejercen funciones de carácter transitorio encaminadas a suplir vacancias, en caso de licencia o vacaciones de los titulares de los empleos o a desarrollar labores que se requieran según las necesidades del servicio, pero en calidad de apoyo; se vinculan mediante Resolución Administrativa donde se determinará su salario y la duración de la vinculación.

Conforme lo anterior, y para dar respuesta a su consulta, es procedente la vinculación de supernumerarios para cubrir vacancias temporales, previo el cumplimiento de lo establecido en la ley 1960 de 2019.

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,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Lucianny G

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:58:07