



Concepto 052791 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000052791*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000052791

Fecha: 06/02/2023 05:00:28 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA.: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. Radicación No. 20239000032002 de fecha 17 de Enero de 2023.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual consulta: *“un servidor público en el empleo profesional de defensa especializado en provisionalidad puede ser encargado de un nivel directivo, con remuneración”*

Me permito informarle lo siguiente:

Al respecto, es necesario indicarle primero que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde realizar auditorías ni la valoración de los casos particulares.

No obstante, a modo de información general, el Decreto Ley 091 de 2007¹, señala lo siguiente con relación al encargo:

“ARTÍCULO 3. AMBITO DE APLICACIÓN. Las disposiciones contenidas en este decreto son aplicables a los empleados públicos civiles y no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como a los miembros de la Fuerza Pública que desempeñen sus funciones o ejerzan los empleos de que trata el presente decreto.

(...)

ARTÍCULO 33. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES. En desarrollo de los principios rectores de eficiencia y especialidad, los funcionarios del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, deberán cumplir actividades propias de la misión y de las atribuciones del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, pudiendo encontrarse en cualquiera de las siguientes situaciones administrativas, sin perjuicio de lo que establezcan las disposiciones especiales sobre la materia aplicables en el Sector Defensa:

Traslado.

Reubicación.

Movilidad.

Comisión.

Encargo.

(...)

ARTÍCULO 53. ENCARGOS. Los servidores públicos del Sector Defensa, pertenezcan o no al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, podrán, mediante acto administrativo, ser encargados para desempeñar transitoriamente un empleo o para realizar actividades relacionadas directa o indirectamente con la Misión y las atribuciones del sector o que tengan por finalidad el desempeño de responsabilidades diferentes a las que habitualmente le corresponderían al funcionario en desarrollo de sus funciones.

ARTÍCULO 54. EFECTOS JURÍDICOS. El otorgamiento de una comisión o de un encargo de que tratan los artículos anteriores, no implicará pérdida o disminución de los derechos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, para los empleados públicos que pertenezcan al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa.”

En los términos de la normativa transcrita, los servidores públicos del Sector Defensa, pertenezcan o no al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, podrán, mediante acto administrativo, ser encargados para desempeñar transitoriamente un empleo o para realizar actividades relacionadas directa o indirectamente con la misión y las atribuciones del sector o que tengan por finalidad el desempeño de responsabilidades diferentes a las que habitualmente le corresponderían al funcionario en desarrollo de sus funciones, lo cual no implicará pérdida o disminución de los derechos de los empleados públicos que pertenezcan al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa.

En virtud de lo anterior, debe entenderse que se tendrá derecho a la diferencia salarial en el encargo, excepto cuando se da para proveer el empleo que queda vacante por la comisión de estudios y no hay disponibilidad presupuestal, esto último de conformidad con el artículo 45 del Decreto Ley 091 de 2007, que establece que, en el evento de no existir el presupuesto necesario para dicha provisión, procederá el encargo de las funciones del empleo sin el reconocimiento del sueldo asignado a tal cargo.

Igualmente, es importante señalar que, en caso de asignación de funciones no procede el reconocimiento y pago de la diferencia salarial.

Por otra parte, La Comisión Nacional del Servicio Civil se pronunció respecto al encargo mediante “CRITERIO UNIFICADO “DERECHO PREFERENCIAL A ENCARGO EN ENTIDADES PERTENECIENTES AL SISTEMA ESPECIAL DE CARRERA ADMINISTRATIVA DEL SECTOR DEFENSA” en el cual se establece lo siguiente:

“Del análisis a la normativa transcrita se puede determinar que estas disposiciones legales reglamentaron la figura del encargo como una situación administrativa que implica, ya sea el desempeño de otro empleo o la realización de actividades relacionadas directa o indirectamente con la misionalidad del sector, siendo en el primer caso, una forma transitoria de provisión de un empleo público en vacancia temporal o definitiva.

No obstante, dichas normas no dispusieron que el encargo, constituya para el Sistema Especial de Carrera, un derecho preferencial para los servidores a ella vinculados en titularidad, resultando procedente dar aplicación a las disposiciones que reglamentan la materia en el Sistema General de Carrera Administrativa, en virtud no solo a lo señalado en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, sino a la jurisprudencia vigente.

En relación con el derecho preferencial a encargo en los Sistemas Especiales o Específicos de Carrera de origen legal, el Consejo de Estado en Sentencia del 29 de mayo de 20205, expresó:

“En este sentido, como quiera que el derecho preferencial de encargo de los empleados de carrera, previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, tiene como finalidad proteger el mérito y la función pública, y se ha erigido como una prerrogativa mínima e irreductible; no es posible aceptar que los sistemas especiales de carrera desconozcan, inobserven y no se compadezcan con los logros y derechos mínimos alcanzados por los trabajadores que fueron positivizados en el sistema general de carrera, pues una interpretación en contrario, implicaría connotar al régimen específico como laboralmente regresivo, y por ende contrario a los fines del estado social y a los derechos de raigambre constitucional (Subraya y negrilla fuera del texto original).

De este modo, si bien, en la normativa que regula el sistema específico de carrera administrativa para las Superintendencias, no se estableció de forma expresa el derecho preferencial de encargo de los empleados de carrera, dicha circunstancia obedeció a que tal situación estaba regulada y garantizada en el régimen general, por lo que no resulta ser jurídicamente posible que las entidades que integran dicho sistema desconozcan esta prerrogativa, so pretexto de la literalidad de la norma, toda vez que se trata de un derecho constituido y de una garantía para

los trabajadores (Marcación intencional).

(...)

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que la normativa que regula el derecho preferencial de encargo a favor de los empleados públicos de carrera administrativa, se debe tener en cuenta al momento de definir la provisión de empleos en los sistemas especiales de carrera, pues como se indicó anteriormente, las pautas de las normas especiales deben ser complementarias con los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este sentido y ante el vacío normativo, resulta pertinente aplicar la regulación general, concluyendo, entonces que el encargo, dentro el Sistema Especial de Carrera de los empleados públicos civiles y no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa, debe entenderse, además como un derecho preferencial para los servidores de carrera administrativa que reúnan los requisitos señalados en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019.

En consecuencia, siempre que en las entidades que conforman Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa exista una vacante y la Administración decida proveerla de forma “temporal”⁶, deberá agotarse la verificación de los requisitos señalados en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019, para el otorgamiento de encargo, y sólo en caso de no encontrar servidor de carrera que reúna las condiciones previstas por la norma, la entidad de forma subsidiaria y excepcional, podrá proveer el empleo a través del nombramiento provisional o mediante encargo de miembros en servicio activo de la Fuerza Pública, en virtud a lo señalado en el artículo 74 del Decreto Ley 091 de 2007.

De lo citado anteriormente se puede inferir que resulta pertinente aplicar la regulación general a la situación administrativa del encargo, dentro el Sistema Especial de Carrera de los empleados públicos civiles y no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa, pues debe entenderse, además como un derecho preferencial para los servidores de carrera administrativa que reúnan los requisitos señalados en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019.

De manera que si en el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa existe una vacante y la Administración decida proveerla de forma “temporal” se deberá agotar lo señalado en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019 para otorgar un encargo, en el cual los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en éstos 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.

Por lo tanto y en criterio de esta Dirección Jurídica un empleado nombrado de manera provisional el cual no pertenece al sistema Especial de Carrera del Sector Defensa no puede ser encargado para desempeñar transitoriamente un empleo.

Finalmente, me permito indicarle que 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Revisó: Maia Borja.

Aprobó. Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1"Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal"

Fecha y hora de creación: 2024-11-24 01:54:34