



Función Pública

Concepto 180961 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000180961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000180961

Fecha: 21/03/2024 02:34:23 p.m.

Bogotá D.C.

Ref.: REMUNERACION. Reconocimiento y pago de diferencia salarial en caso de provisión de un empleo de libre que presenta vacancia definitiva. RAD. 20242060133712 del 13 de febrero de 2024.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta por la diferencia entre encargo de un empleo y el encargo de las funciones de un empleo, así como alcance a los interrogantes presentados en su escrito radicado en esta entidad con el número 20232060801982, me permito dar respuesta a cada uno de ellos previas las siguientes consideraciones normativas y en los siguientes términos:

Con el fin de dar respuesta a su consulta, se considera importante tener en cuenta que, la Constitución Política determina:

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales.

Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política, por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Ahora bien, en relación con el tema objeto de su escrito, la Ley 909 de 2004¹ contempla:

“ARTÍCULO 24. Encargo. (...)

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...”

El encargo previsto en la Ley 909 de 2004 es considerado una forma de provisión de empleos, que le permite a la administración sortear circunstancias que se presentan al interior de las entidades públicas.

El Artículo 18 del Decreto Ley 2400 de 1968², consagra:

“ARTÍCULO 18. Los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo”. (Subrayado fuera de texto)

Frente al particular, el artículo 2.2.5.5.41 del Decreto 1083 de 2015 determina que los empleados públicos 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.

De lo anterior puede concluirse que el encargo es una forma de provisión de empleos (Art. 24 de la Ley 909 de 2004) y a su vez una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo (Decreto Ley 2400 de 1968, art. 18 y artículo 2.2.5.5.41 Decreto 1083 de 2015) encaminado a que un empleado público atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo.

Frente al particular, la Sección Quinta del Consejo de Estado para diferenciar encargo de funciones y encargo de un empleo, mediante Sentencia 18 de diciembre de 2017. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad: 11001-03-28-000-2017-00044-00, indicó:

“El encargo es una modalidad de provisión temporal de empleos públicos, de conformidad con lo preceptuado por la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación³. Esta particularidad permite, en principio, parangonar esta figura jurídica al nombramiento, forma típica de acceso a la función pública.

Sin embargo, menester resulta indicar que no en todas las ocasiones los encargos deben ser comprendidos como una forma de proveer los empleos públicos, pues, no en pocas ocasiones, se encargan las funciones, pero no el cargo, eventos en los cuales dicha situación administrativa no puede ser equiparada a un nombramiento.

En otros términos, el encargo del cargo implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que en el contexto del encargo de funciones éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo.” (Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con las disposiciones legales transcritas anteriormente, el encargo presenta un doble carácter constituye a la vez una situación administrativa y también una modalidad transitoria de provisión de empleos; el encargo puede ser total o parcial, lo que indica que, en el primer caso, el empleado se desliga de las funciones que le son propias y asume todas las del nuevo empleo, para el segundo caso, asume sólo una o algunas de ellas.

Esto quiere decir que el encargo se utiliza para designar temporalmente a un funcionario que asuma 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. De igual forma, se precisa que el empleado que se va a encargar deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

Otra característica que tiene el encargo es que el empleado encargado tendrá derecho a la remuneración del empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.

De igual manera, es importante tener presente que el encargo de funciones se realiza generalmente en empleos que presentan vacancia temporal, mientras el encargo en un empleo se efectúa regularmente en los eventos de vacancia definitiva del cargo.

En relación con el pago de diferencia salarial por el otorgamiento de un encargo, el artículo 18 de la Ley 344 de 1996 dispone:

“ARTÍCULO 18. Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.” (Subraya fuera de texto)

En el mismo sentido, el mencionado Decreto 1083 de 2015 contempla:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.44 Diferencia salarial. El empleado encargado tendrá derecho al salario señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.”

De lo previsto en la norma, el empleado que sea encargado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la asignación salarial que corresponda al empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.

1.- En este orden de ideas y en atención al primer interrogante de su escrito, mediante el cual consulta: “¿Ante una vacancia definitiva procede el encargo del empleo?, ¿cuáles son los efectos jurídicos y prestacionales de esta forma de proveer el empleo? ¿esa persona tiene derecho a percibir el salario señalado para el empleo que desempeña en encargo?”, le manifiesto que tal y como lo determinan los incisos 4 y 5 del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, 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.

Determina la norma que, 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; salvo que por necesidades del servicio y la no afectación de la prestación del mismo se requiera que la persona encargada continúe ejerciéndolo.

En este orden de ideas, se tiene que ante una vacancia definitiva en un empleo de libre nombramiento y remoción procede el encargo que determina los incisos 4 y 5 del artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

En cuanto a los efectos jurídicos y prestacionales, es importante tener presente que, el artículo 2.2.5.5.44 del Decreto 1083 de 2015, que el empleado que sea encargado de un empleo tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular, en consecuencia, en el evento que se presente vacancia definitiva en un empleo de libre, y en el caso de proveerse mediante encargo, se deduce que el empleado encargado tiene derecho a la asignación salarial correspondiente al empleo objeto de encargo.

2.- Al segundo interrogante de su escrito, mediante el cual consulta: “¿Ante una vacancia definitiva procede el encargo de las funciones del empleo? cuáles son los efectos jurídicos y prestacionales de esta forma de proveer el empleo? ¿esa persona tiene derecho a percibir el salario señalado para el empleo que desempeña en encargo?” le manifiesto que, una vez revisadas las normas de administración en el sector público, particularmente el Decreto Ley 2400 de 1968 y el Decreto 1093 de 2015 no se evidencia una norma que determine con claridad si en caso de vacancia definitiva de un empleo de libre nombramiento y remoción deba efectuarse un encargo de funciones o un encargo del empleo, no obstante, y como quiera que la norma determina que en caso de vacancia definitiva de un empleo, el encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, se deduce, y así lo ha manifestado este Departamento Administrativo, lo recomendado es que se efectúe un encargo del empleo.

3.- En atención al tercer interrogante de su escrito, mediante el cual consulta: “¿Ante una vacancia definitiva, y encargado un funcionario del empleo de ministro, en el evento en que éste deba salir del país en comisión de servicios al exterior en su condición de ministro (E), se puede encargar simultáneamente a otro funcionario de las funciones del empleo de ministro, mientras quien está encargado del empleo cumple la comisión de servicio en el exterior?”, le manifiesto lo siguiente:

En relación con las vacantes temporales y su provisión, el mencionado Decreto 1083 de 2015 determina lo siguiente:

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

(...)

Comisión, salvo en la de servicios al interior.

Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular...”

(...)

ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.”

De la norma, se colige que el otorgamiento de una comisión de servicios al exterior a un empleado público origina vacancia temporal del cargo, en consecuencia, con ocasión de dicha situación administrativa lo recomendado es encargar de las funciones de dicho cargo a empleado vinculado en un cargo de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

4.- Al cuarto interrogante de su escrito, mediante el cual consulta: “¿Ante una vacancia definitiva, y encargado un funcionario de las funciones

del empleo de ministro, en el evento en que éste deba salir del país en comisión de servicios al exterior en su condición de ministro (E), se puede encargar simultáneamente a otro funcionario de las funciones del empleo de ministro, mientras quien está encargado de las funciones del empleo cumple la comisión de servicio en el exterior?”, se reitera que una vez revisadas las normas de administración de personal en el sector público, no se evidencia una norma que determine con claridad si en caso de vacancia definitiva de un empleo de libre nombramiento y remoción deba efectuarse un encargo de funciones o un encargo del empleo, no obstante, y como quiera que la norma determina que en caso de vacancia definitiva de un empleo, el encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, se deduce, y así lo ha manifestado este Departamento Administrativo, que lo recomendado es que se efectúe un encargo del empleo.

No obstante, en el caso que, con ocasión de una vacante definitiva en un empleo de libre, la entidad haya optado por efectuar un encargo de las funciones, y, en el caso que el encargado de las funciones deba salir del país en cumplimiento de una comisión de servicios, generándose así una vacante temporal del empleo, la entidad podrá optar por efectuar un nuevo encargo de funciones, de tal manera que no se vean afectados los servicios a su cargo.

5.- Al quinto interrogante de su escrito, mediante el cual consulta: “¿Ante una vacancia definitiva, y encargado un funcionario de las funciones del empleo de ministro, en el evento en que éste deba salir del país en comisión de servicios al exterior en su condición de ministro (E), se puede encargar simultáneamente a otro funcionario del empleo de ministro, mientras quien está encargado de las funciones del empleo cumple la comisión de servicio en el exterior?”, Le reitero la conclusión de la anterior respuesta en el sentido que, en el evento que se presente una vacante definitiva en un empleo de libre la entidad haya optado por efectuar un encargo de las funciones, y, en el caso que el encargado de las funciones deba salir del país en cumplimiento de una comisión de servicios, y con ello se genere una vacante temporal del empleo, la entidad podrá optar por efectuar un nuevo encargo de funciones, de tal manera que no se vean afectados los servicios a su cargo.

6.- En atención al sexto y séptimo interrogantes de su escrito, mediante los cuales consulta si al encargar a una persona del empleo de ministro, o de las funciones del cargo de ministro separándolo y/o desvinculándolo de las funciones propias de su cargo, qué efectos jurídicos y presupuestales se generan, le manifiesto que tal y como lo determina el artículo 18 de la Ley 344 de 1996 y el artículo 2.2.5.5.44 del citado Decreto 1083 de 2015, arriba transcritos, determinan que los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.

En ese sentido, el empleado que sea encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.

Para el caso de su escrito, y como quiera que el ministro encargado se encuentra en una situación administrativa que no implica vacancia definitiva del cargo y, por tanto, percibe la asignación salarial que corresponde al mismo, se entenderá que el encargo no implicará efectos presupuestales adicionales; es decir, el empleado encargado del empleo o de las funciones del empleo no recibirá pago de diferencia salarial, pues la norma lo prohíbe.

7.- Al interrogante de su escrito, mediante el cual consulta: “¿Ante un encargo interinstitucional en el que la persona es encargada del empleo, cuál entidad debe asumir el pago de los salarios y prestaciones? ¿Quién asume los costos de las comisiones de servicios al exterior o al interior que deba realizar esa persona encargada, en virtud precisamente del encargo?”, le manifiesto:

En relación con el encargo interinstitucional, el Decreto 1083 de 2015 determina:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.45 Encargo interinstitucional. Hay encargo interinstitucional cuando el Presidente de la República designa temporalmente a un empleado en otra entidad de la Rama Ejecutiva, para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante del cual él sea el nominador, por falta temporal o definitiva de su titular.”

De la norma se desprende que se presenta encargo interinstitucional cuando, por falta temporal o definitiva del titular de un empleo público, el Presidente de la República designa temporalmente a un empleado en otra entidad de la Rama Ejecutiva, para asumir, total o parcialmente, las

funciones de otro empleo vacante del cual él sea igualmente el nominador.

Para el caso objeto de su interrogante se considera importante tener presente que, en caso que la remuneración del cargo en encargo sea inferior al empleo del cual es titular, conservará el salario de su empleo, de tal forma que el empleado encargado no vea afectados sus derechos laborales, entre ellos su remuneración, y por consiguiente, no se entienda como una desmejora salarial, circunstancia prohibida en el artículo 53 de la Constitución Política que frente al particular determina que, entre otras circunstancias, se deberá tener en cuenta la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

Frente al particular la Corte Constitucional mediante Sentencia C-168 de 1995, dispuso lo siguiente:

“La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador”.

De acuerdo con lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, se deberá tener en cuenta que, en caso que la remuneración del cargo en encargo sea inferior al empleo del cual es titular, conservará el salario de su empleo, de tal forma que el empleado encargado no vea afectados sus derechos laborales, entre ellos su remuneración, y por consiguiente, no se entienda como una desmejora salarial, por consiguiente, el pago por encargo procede siempre y cuando la asignación salarial del empleo objeto de encargo sea superior a la asignación salarial del empleo del que es titular el empleado encargado.

Bajo estas consideraciones se deberá determinar igualmente la entidad que debe asumir el reconocimiento y pago de la comisión de servicios al exterior y lo que ello deriva.

8.- Al interrogante de su escrito, mediante el cual consulta: *“¿Ante un encargo interinstitucional en el que la persona es encargada de las funciones del empleo, cuál entidad debe asumir el pago de los salarios y prestaciones? ¿Quién asume los costos de las comisiones de servicios al exterior o al interior que deba realizar esa persona encargada, en virtud precisamente del encargo?”*, De acuerdo con la manifestado en el presente escrito, el encargo de funciones se acude en caso de vacancias temporales, con ello presente, se deduce que en los casos de encargos de funciones no habrá lugar al reconocimiento y pago de diferencia salarial, pues solo es viable su pago en caso que el titular del cargo no lo esté percibiendo.

9.- Al interrogante de su escrito: *“En el caso de las preguntas 7 y 8, cuál es el tratamiento cuando los encargos se dan: i) con desvinculación o separación de las funciones del cargo del cual es titular la persona, y ii) sin separación o desvinculación de las funciones de las funciones propias de su cargo.”*, le reitero la conclusión a los interrogantes 1, 2, 6, 7, 8 y 9 en el sentido que se debe tener presente la regla contenida en el Decreto 1083 de 2015 que determina que el empleado que sea encargado tendrá derecho al reconocimiento y pago de la asignación salarial que corresponda al empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular³. En caso de la simple asignación de funciones no es procedente el reconocimiento por diferencia salarial ni prestacional y debe conservar la asignación del empleo del cual es titular.

Para más información respecto de las normas de administración de personal en el sector público, 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 y normativa relacionados con el tema.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

Artículo [2.2.5.5.44](#) del Decreto [1083](#) de 2015

Fecha y hora de creación: 2024-12-26 05:04:03