



Función Pública

Concepto 163101 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000163101

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000163101

Fecha: 11/05/2021 10:36:54 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. ¿Procede el reconocimiento y pago de la diferencia salarial para un empleado que fue encargado por vacancia temporal en el empleo de Director General de la ADRES y para el empleado que de manera temporal estará encargado en el empleo de Director de las TIC mientras su titular ejerce el empleo de Director General? Radicado: 20212060417522 del 6 de mayo de 2021.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia mediante la cual manifiesta que el Director General de la ADRES estando de comisión fue incapacitado por enfermedad por lo que en el transcurso de la hospitalización fue encargado el Director de Tecnologías de la Información y Comunicaciones en dicho empleo. A su vez un asesor del despacho de la Dirección fue encargado del empleo de Director de TIC mientras el titular ejercía el encargo de Director General. Por lo que consulta si tanto el Director de TIC que fue encargado del empleo de Director como el asesor que fue encargado del empleo de Director de TIC, tienen derecho a que se les reconozca la diferencia salarial por el encargo, dado que los empleos en los que están nombrados y en los que fueron encargados tienen remuneraciones mensuales diferentes.

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En relación a los cargos de libre nombramiento y remoción, dispone el numeral segundo del Artículo 5° de la Ley 909 de 2004, que pertenecerán a esta clasificación los siguientes:

(...)

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.

En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, además, los siguientes: Agregado para Asuntos Aéreos; Administrador de Aeropuerto; Gerente Aeroportuario; Director Aeronáutico Regional; Director Aeronáutico de Área y Jefe de Oficina Aeronáutica. En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

(...)”

De acuerdo a lo anterior, se tiene que los empleos de Director General y Director de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de la ADRES están clasificados como empleos de libre nombramiento y remoción, por lo que se hace necesario revisar cómo aplica la figura de encargo para los empleos de dicha naturaleza.

En ese sentido, el Artículo 1° de la Ley 1960 de 2019¹ que modificó el Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, dispuso:

“ARTÍCULO 1. El Artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

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.

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 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.” (Subraya y negrilla fuera de texto)

A su vez, el Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública 1083 de 2015, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.43 Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. 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 temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta.

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.

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.

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.”.(Subraya y negrilla nuestra)

De las anteriores disposiciones legales puede concluirse que la figura del encargo tiene un doble carácter: por un lado, es una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo, para que atienda total o parcialmente las funciones de otro cargo; y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes transitoria o definitivamente.

En consecuencia, resultará procedente entonces que, ante la vacancia temporal o definitiva en los empleos de libre nombramiento y remoción, los mismos podrán proveerse mediante encargo con empleados de carrera o que desempeñen empleos de libre nombramiento y remoción a juicio del nominador, siempre que cumplan con el perfil y los requisitos para su desempeño. Lo anterior significa entonces que, es facultativo del nominador, encargar a un empleado de carrera o de libre nombramiento, en cargos de libre nombramiento que presenten vacancia temporal o definitiva.

En ese orden de ideas, esta Dirección Jurídica considera que, dentro de la categoría de empleos de libre nombramiento y remoción se encuentran los del dirección, por lo que en virtud de la normativa expuesta, dicho empleo podrá ser provisto de manera temporal, mediante encargo con empleados que ostentan derechos de carrera administrativa o con empleados de libre nombramiento y remoción durante el tiempo que dure la vacancia, siempre que cumplan con los requisitos exigidos en la Ley e independientemente del nivel jerárquico al que pertenezcan.

Ahora bien, sobre las vacancias temporales, el Decreto 1083 de 2015, establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.2.2 Vacancia temporal. Para los mismos efectos se produce vacancia temporal cuando quien lo desempeña se encuentra en:

1. Vacaciones.

2. Licencia.

-

3. Comisión, salvo en la de servicio.

(...)

“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.

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

(...)”

“ARTÍCULO 2.2.5.5.10 Licencias por enfermedad, maternidad o paternidad. Las licencias por enfermedad, maternidad o paternidad de los servidores públicos se rigen por las normas del régimen de Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 755 de 2002, la Ley 1822 de 2017 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan”.

Las licencias a cargo de las Administradoras de Riesgos Laborales se regirán en lo pertinente al pago que asume la ARL, por la Ley 100 de 1993, el Decreto 1295 de 1994, la Ley 776 de 2002 y la Ley 1562 de 2012 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.”

“ARTÍCULO 2.2.5.5.11 Otorgamiento de la licencia por enfermedad. La licencia por enfermedad se autorizará mediante acto administrativo motivado, de oficio o a solicitud de parte, previa la certificación expedida por autoridad competente.

-

Una vez conferida la incapacidad, el empleado está en la obligación de informar a la entidad allegando copia de la respectiva certificación expedida por la autoridad competente.

PARÁGRAFO. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adelantará de manera directa por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS, de conformidad con lo señalado en el Artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho.” (Subrayas fuera del texto)

De acuerdo a lo anterior, la situación administrativa de licencia permite que el empleado se separe de sus funciones sin romper el vínculo con la entidad. Conforme a la Legislación laboral vigente, aplicable a los empleados públicos, las licencias pueden ser: por maternidad, por

enfermedad y licencia ordinaria. En ese sentido, las licencias por incapacidades médicas, implican una separación transitoria del ejercicio de su cargo y generan una vacancia temporal del empleo.

De lo anterior se tiene entonces que, la licencia por enfermedad es la que autoriza el empleador previa certificación expedida por autoridad competente, cuando el servidor se encuentra en incapacidad. Esta licencia se concede mediante acto administrativo motivado, de oficio o a solitud de parte,

En el evento de incapacidad temporal por enfermedad no profesional, el empleado tendrá derecho a que la respectiva entidad de previsión social le pague por el tiempo de la enfermedad las dos terceras partes del salario que devengue el trabajador durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario durante los noventa (90) días siguientes, en los términos del Artículo 18 del Decreto Ley 3135 de 1968.

El citado Decreto Ley 3135 de 1968 en su Artículo 18 establece que cuando la enfermedad sea no profesional se reconocen 2 días al 100% por parte de la entidad y a partir del día 3 y hasta el día 90 las 2/3 partes y desde el día 90 y hasta el día 180 días lo correspondiente a la mitad del salario. Es importante, hacer referencia que desde el día 3 y hasta el día 180 dicho reconocimiento está a cargo de la Empresa Promotora de Salud – E.P.S en la cual, se encuentre afiliado el empleado.

Por otra parte, sobre la diferencia salarial en el encargo 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*, establece:

“ARTÍCULO 18º.- 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.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Así mismo, el Artículo 2.2.5.5.44 del Decreto 1083 de 2015, señala:

“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.” (Subrayas fuera del texto)

Al respecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1997, sobre la figura del encargo, expresó:

“6. Los encargos

-

Consagra el primer inciso del Artículo 18 acusado que los servidores públicos a quienes se encargue de asumir empleos, diferentes de aquéllos para los cuales fueron nombrados, cuando estuviere ausente su titular, no tienen derecho a percibir la remuneración correspondiente al empleo que desempeñan temporalmente, mientras el titular la esté devengando.

-

Debe tenerse en cuenta, para comenzar, que el Decreto-ley 2400 de 1968 y el Decreto Reglamentario 1950 de 1973, prevén las distintas situaciones administrativas en que se encuentran los empleados públicos vinculados a la administración: 1) en uso de licencia o permiso; 2) en comisión; 3) ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; 4) prestando el servicio militar obligatorio; 5) en servicio activo; 6) en vacaciones; o 7) suspendido en el ejercicio de sus funciones.

De estas situaciones administrativas sólo dos no dan derecho al pago de remuneración; ellas son, las licencias renunciables sin sueldo hasta por sesenta (60) días al año contenidas en el Artículo 19 del Decreto-ley 2400 de 1968 y la licencia para prestar servicio militar obligatorio de que trata el Artículo 24 del mismo ordenamiento. Las demás situaciones administrativas dan lugar al pago de la correspondiente remuneración En relación con la situación administrativa "por encargo"

(...)

" Y el Artículo 37 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, haciendo mención al sueldo durante el encargo señala: "El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular". (Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, se considera que, el empleado tiene derecho a percibir el salario del empleo del cual está encargado, en los términos y condiciones de la ley siempre y cuando su titular no lo esté devengando, como es el caso de las licencias por enfermedad, cuyo pago lo asume la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el empleado. Es decir, es viable que la persona encargada reciba la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, por cuanto la incapacidad es una prestación social a cargo de la E.P.S.

En ese orden de ideas y atendiendo a su consulta, en cualquiera de los dos casos planteados por usted, será viable el pago de la diferencia salarial al empleado encargado, siempre que la remuneración no la esté percibiendo su titular.

Para mayor 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

Proyecto Ma. Camila Bonilla G.

Reviso: Jose F Ceballos

Aprobó: Armando Lopez C

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"

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:35:07