



Concepto 101291 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000101291

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000101291

Fecha: 10/03/2023 08:05:47 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS ¿¿ Comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción. Radicado: 20232060077702 del 3 de marzo de 2023.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual realiza la siguiente consulta:

"Un funcionario que se encuentra vinculado a una institución pública en carrera administrativa, es titular de un cargo auxiliar administrativo grado 16, a la fecha se encuentra encargado de un cargo profesional especializado grado 14. ¿Puede ser encargado de un cargo de libre nombramiento y remoción en vacancia definitiva y obtener el salario del cargo de libre nombramiento y remoción? ¿Cuándo se haga nombramiento en el cargo de libre nombramiento y remoción el funcionario de carrera que tenía ese encargo puede regresar al encargo de profesional especializado grado 14? o al acabarse el encargo debe volver al cargo de auxiliar administrativo del cual es titular?"

Sea lo primero señalar que de conformidad con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, 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.

Por consiguiente, este Departamento no se encuentra facultado para declarar derechos individuales ni dirimir controversias cuya decisión esta atribuida a los jueces. Para tales efectos debe acudirse al juez o autoridad competente para lograr el reconocimiento y declaración de derechos, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido. De igual manera carece de competencia para intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control o vigilancia, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías al interior de las entidades, así como pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de las actuaciones y de los actos administrativos que en el ejercicio de sus funciones y facultades expidan las demás entidades del Estado, razón por la cual no es posible pronunciarnos sobre el particular.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, el Decreto 1083 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, 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:

Vacaciones. Licencia. Permiso remunerado

Comisión, salvo en la de servicios al interior.

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

Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial.

Período de prueba en otro empleo de carrera.

El empleo vacante por falta temporal de su titular, como en este caso, puede ser provisto mediante encargo durante el término de la situación administrativa que implique la separación temporal del mismo. En ese sentido, el artículo 18 del Decreto 2400 de 1968², por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, 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)

A su vez, la Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", establece:

"ARTÍCULO 24. Encargo. Modificado por el Art.1 de la Ley 1960 de 2019) 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."

Por su parte, el citado Decreto 1083 de 2015³al referirse a los encargos, señaló:

"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. (...)

ARTÍCULO 2.2.5.5.42 Encargo en empleos de carrera. El encargo en empleos de carrera que se encuentren vacantes de manera temporal o definitiva 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.

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.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en este artículo se aplicara 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 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.

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 anterior 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 desvinculándose o no de las propias de su cargo (en caso de separarse de las funciones estaremos en presencia de una vacancia temporal); y por otro, es una modalidad transitoria de provisión de empleos vacantes, ya sea de forma transitoria o definitivamente. .

Para los empleos de carrera administrativa que presenten vacancia definitiva o temporal, 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 ese orden de ideas, para su consulta en concreto, el encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad, siendo indispensable, que el empleado que se quiere encargar en un empleo de carrera administrativa, cuente con los requisitos para su ejercicio, posea aptitudes y habilidades para su desempeño, su última calificación anual del desempeño del cargo de auxiliar administrativo fue sobresaliente y no haber sido sancionado disciplinariamente en el último año.

Por su parte, 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. Reglamentada Parcialmente por el Decreto Nacional 1267 de 2001 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."

Por una parte, resulta viable que se encargue para el ejercicio de un empleo y seguir ejerciendo las funciones del empleo del cual es titular; igualmente, no se tendrá derecho al pago de la remuneración del empleo que se encarga, mientras su titular la esté devengando. Por otro lado, cuando un empleado sea encargado para que atienda totalmente las funciones de otro cargo desvinculándose de las propias de su cargo,

tendrán derecho a recibir el pago de la remuneración.

Frente a la figura de la comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período, la Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece:

"ARTÍCULO 26. Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática."

Los empleados con derechos de carrera pueden ser comisionados para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período en los cuales hayan sido nombrados o elegidos; una vez finalizado el término de duración de la comisión, fijado en el acto administrativo que la contiene, el empleado debe asumir el cargo respecto del cual ostente derechos de carrera o presentar renuncia al mismo.

Esta comisión permite ejercer un nuevo cargo (libre nombramiento y remoción o período) sin perder la condición de empleado de carrera, pero en todo lo demás existe un cambio de régimen jurídico. Quiere ello decir, que el régimen de obligaciones, derechos, deberes, remuneración y de prestaciones sociales ya no será el que rige para el cargo del cual se es titular, sino el que se aplique para el cargo en el cual fue nombrado previa comisión.

En este orden de ideas, esta Dirección considera que, si un empleado de carrera administrativa es comisionado en un empleo de libre nombramiento y remoción, en la misma o en otra entidad, se suspenderá la causación de derechos del empleo anterior y percibirá todos los beneficios del cargo de libre nombramiento y remoción en los términos consagrados en la Ley, conservando los derechos de carrera en el empleo del cual es titular, por el término de la comisión.

Teniendo en cuenta lo señalado y con relación a su primer interrogante: *¿Puede ser encargado de un cargo de libre nombramiento y remoción en vacancia definitiva y obtener el salario del cargo de libre nombramiento y remoción?*

Respuesta: de acuerdo a lo expuesto anteriormente, no se tendrá derecho al pago de la remuneración del empleo que se encarga, mientras su titular la esté devengando; así las cosas, en caso de tratarse de un encargo en vacancia definitiva el empleado encargado tendrá derecho a recibir la diferencia salarial, en caso de tratarse de una vacancia temporal deberá verificarse que el titular no esté percibiendo la asignación del empleo, tal como se señaló.

En caso de tratarse de una comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, se suspenderá la causación de derechos del empleo anterior y percibirá todos los beneficios del cargo de libre nombramiento y remoción en los términos consagrados en la Ley, conservando los derechos de carrera en el empleo del cual es titular, por el término de la comisión.

Con relación a su segundo interrogante, *¿Cuándo se hace nombramiento en el cargo de libre nombramiento y remoción el funcionario de carrera que tenía ese encargo puede regresar al encargo de profesional especializado grado 14? o al acabarse el encargo debe volver al cargo de auxiliar administrativo del cual es titular?"*

Respuesta: según lo expuesto anteriormente, una vez el empleado que ocupa en encargo un empleo de libre nombramiento y remoción finalice dicha situación administrativa, en caso de haberse separado del empleo del cual es titular deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera, en el caso puntual de su consulta deberá volver al cargo de auxiliar administrativo del cual es titular como lo menciona en su escrito.

Respecto de la posibilidad de realizar un nuevo encargo, corresponderá al área de Talento Humano o la Unidad de Personal o quien haga sus veces en la respectiva entidad, con el fin de garantizar el reconocimiento del derecho preferencial de encargo, revisar e identificar frente a la totalidad de la planta de empleos de la entidad, sin distinción por dependencia y/o ubicación geográfica el servidor de carrera que desempeña el empleo inmediatamente inferior a aquel que será provisto transitoriamente y que acredite los requisitos definidos para el empleo objeto de encargo.

De manera que, el derecho preferente de encargo, recaerá necesariamente y por disposición legal y doctrinaria en el empleado (a) que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior y del mismo nivel jerárquico de la planta de personal de la entidad respectiva.

Así mismo se indica que, en todo caso corresponde el área de Talento Humano o la Unidad de Personal o quien haga sus veces, evaluar y determinar que funcionario con derechos de carrera, reuniendo los requisitos descritos en la norma, cuenta con mejor derecho para ser destinatario del encargo.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo, «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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Yaneirys Arias.

Reviso: Maia V. Borja

Aprobó: Dr. Armando López C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

¹ Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública

² "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones."

³ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.