



DEP.ADM. SERVICIO CIVIL DISTRITAL 04-08-2014 03:51:35

ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

GESTION PÚBLICA
Departamento Administrativo del Servicio Civil

Contestar Cite Este Nr.:2014-E-E-1651 O 1 Fol:1 Ano

ORIGEN: Origen: SUBDIRECCION JURIDICA/MARTINEZ GONZALEZ ROY

DESTINO: Destino:

ASUNTO: Asunto: SOLICITUD DE CONCEPTO JURIDICO EN CARGO 2409

OBS: Obs.:

SJ -

Bogotá D.C.

Ciudad

Asunto: Solicitud de concepto jurídico – Encargo.
Radicado 2014-E-R-2409.

Teniendo en cuenta que mediante el radicado del asunto se solicitó un concepto jurídico sobre la viabilidad de pagar una diferencia salarial a un empleado en virtud de un encargo, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

ANTECEDENTES:

A través del radicado del asunto, formuló sus inquietudes en los siguientes términos, que se transcriben textualmente:

“(…) Un servidor de la Subdirección de Contratación de la Dirección de Gestión Corporativa de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D. C., fue encargado de esa dependencia por ausencia temporal del titular por incapacidad por enfermedad general, desde el mes de agosto de 2013 al mes de enero de 2014, después de reintegrarse el titular, el servidor encargado solicita a esta Subdirección, el pago de la diferencia salarial entre un cargo y el otro, con fundamento en el artículo 3 del Decreto 1950 de 1973.

Por lo anterior, solicitamos su colaboración en el sentido de emitir concepto acerca del asunto, con el fin de tomar una decisión frente a la solicitud hecha por el funcionario.”

MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL:

ENCARGO:

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”*

1/6



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
GESTIÓN PÚBLICA

Departamento Administrativo del Servicio Civil

dispone, respecto del encargo, lo siguiente:

Artículo 24. Encargo. *Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, 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, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.*

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

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 definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

De igual forma, el artículo 25 ibidem dispone:

Artículo 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. *Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.*

Así, se tiene que la figura del encargo también procede en los eventos en los que el titular de un cargo de carrera se encuentre en un evento que implique separación temporal del mismo.

Pues bien, el Decreto 1950 de 1973, establece frente al particular:

"(...) Artículo 34°.- Hay encargo cuando 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.

Artículo 35°.- *Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de esta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente.*



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
GESTIÓN PÚBLICA

Departamento Administrativo del Servicio Civil

Artículo 37°.- 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 de texto)

Teniendo en cuenta lo dispuesto por la normatividad traída a colación, se tiene que a efectos de que el empleado encargado tenga derecho a percibir la asignación correspondiente al empleo encomendado temporalmente, debe tenerse en cuenta que quien es titular del cargo no lo perciba en ese lapso.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de estado. Obsérvese:

*"(...) El Decreto 1950 de 1973 en su artículo 24, consagra que el movimiento del personal en servicio se puede hacer por traslado, encargo y ascenso. **El empleado encargado tiene derecho a recibir el sueldo correspondiente al empleo para el cual ha sido encargado; sin embargo, en el caso de vacancia temporal, la remuneración se hará de forma antedicha, siempre que no sea percibida por el titular del empleo objeto de encargo.** Y, la vacancia temporal según el artículo 23 del decreto en comento, se presenta cuando quien lo desempeña se encuentra, entre otros, en vacaciones. Fluye de lo anterior, que son presupuestos de esta forma de proveer cargos, la existencia de un empleo vacante y de un empleado público que asuma temporalmente las funciones inherentes a dicho cargo, requisitos que deben concurrir o ser concomitantes para que sea posible hablar de la figura del encargo, entendida como la designación temporal de 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.(...)"¹ (Subrayas y negrillas fuera de texto)*

Adicional a lo anterior, 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", establece la prohibición de pagar al empleado que se encuentra encargado los emolumentos del empleo encomendado, mientras el titular los devengue. Obsérvese:

*"(...) **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."*

La anterior disposición fue objeto de análisis de constitucionalidad, en donde la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

*"(...) 6. **Los encargos***

Consagra el primer inciso del artículo 18 acusado que los servidores públicos a quienes se encargue de asumir empleos, diferentes de aquellos para los cuales fueron nombrados, cuando estuviere ausente su titular, no tienen derecho a percibir la

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 14 de agosto de 2009. Radicación No. 25000-23-25-000-2003-04563-01(2143-07).



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

GESTIÓN PÚBLICA
Departamento Administrativo del Servicio Civil

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", la ley distingue entre aquel que tiene lugar por falta temporal o el que se presenta por falta definitiva. Sobre el particular, anota la Corte que el encargo aparece definido en el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario del Decreto-ley 2400 de 1968, el cual expresa: "Hay encargo cuando 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". Por su parte, el artículo 23 del Decreto-ley 2400 de 1968, refiriéndose a la duración del encargo prescribe: "Cuando se trate de ausencia temporal el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquélla y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido este término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales". 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".

Ahora bien, si el encargo opera para un empleado público y tiene por finalidad que éste asuma total o parcialmente las funciones de empleos diferentes de aquel para el cual ha sido nombrado por ausencia temporal o definitiva de su titular, resulta pertinente determinar cuál de estas situaciones se presenta. Si se trata de una ausencia temporal, como la planteada en la norma que se analiza, el encargo se conferirá por el término de la misma; y si se trata de ausencia definitiva, el encargo no podrá exceder de tres meses. En este último caso -ausencia definitiva-, el empleado encargado tiene derecho a recibir el sueldo correspondiente al empleo para el cual ha sido encargado, pues por tratarse de vacancia definitiva de su titular, éste ha dejado de ocupar el cargo y, por tanto, también ha dejado de recibir el sueldo correspondiente.

Tratándose de ausencia temporal, la cual genera el encargo temporal, la misma es por esencia transitoria y, por tanto, el encargo durará, como máximo, el término dispuesto para la ausencia definitiva cual es, según la norma anteriormente citada, de tres (3) meses. Obsérvese, que la ausencia temporal del empleado supone de todas maneras su vinculación en el cargo del cual es titular, aún cuando circunstancias de orden administrativo o de otro orden, no le permitan, transitoriamente, estar al frente del mismo. Por tanto, el hecho de seguir vinculado a su cargo original lo habilita para continuar recibiendo la correspondiente remuneración y las prestaciones sociales a que tenga



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
GESTIÓN PÚBLICA

Departamento Administrativo del Servicio Civil

derecho; de allí que el empleado encargado no pueda recibir la remuneración del empleo para el cual ha sido asignado provisionalmente, pues ello supondría una doble carga prestacional para la Administración pública por un mismo empleo y, además, una doble remuneración para el encargado, quien, dada la naturaleza excepcional y transitoria del encargo, en ningún momento deja de recibir el salario correspondiente al empleo que originalmente desempeña y al cual regresará luego de cumplido el encargo. En efecto, el empleado público, al variar su situación administrativa en aquella denominada encargo, tendrá derecho a recibir la remuneración del empleo en el cual ha sido encargado, "...siempre que no sea percibido por su titular" (art. 37 D.R. 1950 de 1973).

(...)

El encargo temporal, es entonces una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos. Ella encuentra fundamento en el inciso 2o. del artículo 123 de la Carta Política, que dice: "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento".

Por ello, no considera la Corte que la norma bajo estudio sea inconstitucional y establezca una discriminación en contra del servidor público bajo encargo, por no recibir el salario percibido por su titular, pues como lo ha reconocido la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, no puede ser entendido como una igualdad matemática que le impida al legislador regular tratamientos diferentes con respecto de aquellos casos que presentan características diversas, producto de las distintas situaciones en que se desenvuelven los sujetos.

La igualdad, evidentemente, busca un tratamiento igual para casos análogos y diferente para situaciones cuyas características son distintas. Sin embargo, la existencia de la igualdad no limita la posibilidad de que pueda darse un tratamiento diferente para hechos que se encuentran cobijados bajo una misma premisa, siempre que la diferencia esté amparada por una razón clara y lógica que la convalide y que la doctrina constitucional ha denominado "principio de razón suficiente". Por ello, el establecer formas de diferenciación y tratamientos distintos no necesariamente conduce a una discriminación, pues a ésta sólo se llega cuando la diferencia no es el resultado de una justificación razonable y lógica.

En el caso de la norma acusada, lo que busca el legislador con su consagración, como ya se ha dicho, es suplir una necesidad pública de servicio cuya atención es indispensable para dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado, relacionados con el servicio a la comunidad y la prosperidad general (art. 2 C.P.), pero garantizando su continuidad y eficiencia con arreglo a criterios de economía y racionalización de los costos operativos que puede llegar a demandar su ejercicio. En este punto no sobra recordar que, según los postulados consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, entre otros. Igualmente, la norma citada le impone a las autoridades administrativas el deber de coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de

5/6



los fines del Estado. (...)”² (Subrayas fuera de texto)

CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta la normatividad y jurisprudencia traída a colación, así como los soportes que acompañan la solicitud de concepto se tiene que a efectos de verificar si es procedente reconocer y pagar la diferencia salarial solicitada, se requiere hacer un análisis por parte de la entidad respectiva sobre si el funcionario que es titular del cargo y que en razón de una incapacidad se encontraba temporalmente separado del cargo del que es titular.



Si del análisis efectuado se desprende que el titular del cargo percibió sus emolumentos como fruto de la titularidad del cargo que ostenta, la diferencia salarial no podrá ser reconocida a quien fungió como encargado, a tenor de lo dispuesto por la normatividad y jurisprudencia antes mencionadas.

Si por el contrario, se encuentra que quien es titular del cargo no devengó su salario, será viable jurídicamente reconocer la diferencia salarial al empleado encargado, pues así no se transgredirían los mandatos constitucionales y legales frente al caso de estudio.

El presente concepto se rinde en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 que dispone que *“los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”*

Cordialmente.


ROSA MARÍA MARTÍNEZ GONZÁLEZ
Subdirectora Jurídica

Funcionario/Contratista	Nombre	Firma	Fecha
Proyectado por:	Diego Alejandro Restrepo Ramírez		
Revisado por:	Rosa María Martínez González		
Declaramos que hemos revisado el presente documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales, y por lo tanto, lo presentamos para firma del Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital (DASCD)			

² Corte Constitucional. Sentencia C-428 de 1997. M. P. Doctores José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa.