

CRITERIO UNIFICADO “ASIGNACIÓN SALARIAL EN EL OTORGAMIENTO DE UN ENCARGO PARA EVITAR DESMEJORAMIENTO LABORAL”.

PONENTE: Comisionada (E) Blanca Clemencia Romero Acevedo
Fecha de sesión: 29 de septiembre de 2015.

En Sala Plena de Comisionados del 29 de septiembre de 2015, se aprobó la adopción del criterio que a continuación se presenta, relacionado con la posibilidad que existe para los servidores de carrera de acceder a un encargo en un empleo de nivel jerárquico mayor al que ostentan en titularidad con una asignación salarial menor a la que perciben del empleo sobre el cual tienen derechos de carrera sin que se presente desmejoramiento laboral.

1. NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE

El artículo 24° de 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*”, determinó respecto al encargo lo siguiente:

Artículo 24. *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 de carrera 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.”

Ahora bien, a continuación se presentan algunos pronunciamientos del Máximo Organismo Constitucional, respecto de los derechos irrenunciables y los beneficios a que tiene derecho todo trabajador, veamos:

- a) Sentencia T-592 del 28 de agosto de 2009, Magistrado Ponente doctor Jorge Iván Palacio Palacio: 6

"(...) Ahora bien, por derechos irrenunciables se entienden todos aquellos que no son materia de negociación o de discusión.

Los artículos 53 de la Constitución Política y el 13 del Código Sustantivo del Trabajo consagran como garantía fundamental en materia laboral la irrenunciabilidad de los derechos mínimos a favor del trabajador. Esta Corporación ha manifestado que el principio en mención, **"refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para el empleado tiene el derecho laboral. De suerte que los logros alcanzados en su favor, no pueden ni voluntaria, ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia obligatoria"**, pues se busca asegurarle al trabajador un mínimo de bienestar individual y familiar que consulte la dignidad humana, siendo por lo tanto de orden público las disposiciones legales que regulan el trabajo humano y sustraídos de la autonomía de la voluntad privada los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos, salvo los casos exceptuados expresamente por la ley (artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo)

Según el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, **los derechos mínimos irrenunciables del trabajador son las garantías que la ley laboral ha consagrado a su favor, entre los que se encuentran el salario mínimo y algunas prestaciones sociales básicas.** Todo pacto individual o colectivo por debajo de esos mínimos irrenunciables es nulo y carece de efectos". (Énfasis nuestro)

- b) Sentencia No. T-149 del 04 de abril de 1995, Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz:

"(...)

PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD A LOS BENEFICIOS MINIMOS LABORALES/PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA

El artículo 53 de la Carta Política consagra el principio fundamental de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales - entre ellos el salario-. El principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales se apoya en el mejoramiento constante de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público. Los derechos y prerrogativas en ellas reconocidos se sustraen a la autonomía de la voluntad privada, por lo que no son disponibles salvo los casos exceptuados por la ley. **La imposibilidad constitucional de modificar las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador tiene sustento en el carácter esencial de estos beneficios para la conservación de la dignidad humana.** (...)" (Énfasis fuera de la cita).

2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con la normatividad señalada, el carácter reglado de la figura del encargo implica entre otros aspectos, que para determinar el servidor sobre quien

recae tal derecho preferencial, se acuda a la estructura jerárquica de la entidad y se otorgue el mismo al servidor "que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior" al que se pretende proveer transitoriamente, teniendo como punto de referencia el empleo que ostenta en titularidad cada servidor.

No obstante lo anterior, al realizar tal verificación se encuentra que en algunas oportunidades el servidor que ocupa el empleo inmediatamente anterior, tiene una asignación salarial superior a la del empleo que se pretende proveer transitoriamente; verbigracia tratándose de un titular de empleo en el nivel técnico cuando el empleo a proveer es un nivel profesional de grado salarial base, lo cual podría conllevar a un desmejoramiento laboral, en razón a que de otorgarse el encargo con el salario del empleo a proveer, el servidor tendría un salario inferior al que percibe en el empleo del nivel técnico.

De otra parte, el no asignarle el encargo para evitar un desmejoramiento laboral impediría al servidor que acredita la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, adquirir experiencia en el nivel profesional y aspirar en un futuro a desempeñar definitiva o transitoriamente un empleo de ese nivel.

Las anteriores situaciones conducen a plantear el siguiente problema jurídico:

¿Es procedente encargar a un funcionario que cumple todos los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y que en tal virtual es acreedor de un derecho preferencial, en un empleo que tiene una asignación salarial menor a la que percibe en el empleo del que es titular?

3. PRONUNCIAMIENTO DEL DAFP

De acuerdo a la consulta identificada con el No. 2013600000451 del 3 de enero de 2013, el Departamento Administrativo de la Función Pública –DAFP- respecto del tema en cuestión indicó lo siguiente:

"El artículo 18 del Decreto 2400 de 1968, 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 unos 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).*

Los artículos 34 y 37 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los decretos- leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil, señalan:

6

CRITERIO UNIFICADO "ASIGNACIÓN SALARIAL EN EL OTORGAMIENTO DE UN ENCARGO PARA EVITAR DESMEJORAMIENTO LABORAL".
PONENTE: Comisionada (E) Blanca Clemencia Romero Acevedo
Fecha de sesión: 29 de septiembre de 2015.

"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". (Subrayado fuera de texto).

"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". (Subrayado fuera de texto).

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". (subrayado fuera de texto).

De lo anterior puede concluirse que la figura del encargo del encargo tiene un doble carácter por un lado es una situación administrativa en la que se puede encontrar un empleado en servicio activo (Decreto 2400 de 1968, art. 18) 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.

Otra característica que tiene 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 desvinculando o no de las propias de su cargo. 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. El encargo no interrumpe el tiempo para efectos de la antigüedad en el empleo de que es titular ni afecta la situación del funcionario de carrera.

El encargo también se encuentra regulado por 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, de la siguiente forma:

"Artículo 24. 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 de carrera 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.

CRITERIO UNIFICADO "ASIGNACIÓN SALARIAL EN EL OTORGAMIENTO DE UN ENCARGO PARA EVITAR DESMEJORAMIENTO LABORAL".
PONENTE: Comisionada (E) Blanca Clemencia Romero Acevedo
Fecha de sesión: 29 de septiembre de 2015.

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." (subrayado fuera de texto).

Conforme a lo anterior, los empleados de carrera tienen derecho preferencial a ocupar mediante encargo el empleo vacante, mientras su titular no lo ejerce y es una garantía para conservar los derechos de carrera del empleo del cual es titular.

Es importante reiterar que el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, establece que 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.

Por lo tanto, es indispensable, ante de que el empleado de carrera tome posesión por encargo de un empleo diferente del cual se es titular, verificar el cumplimiento de los requisitos tanto de formación académica como de experiencia exigidos en el Manual de Funciones.

Ahora bien, con respecto a la inquietud sobre si es viable realizar un encargo en un empleo del nivel profesional a un empleado titular de un cargo de Técnico, en donde la remuneración del empleo de profesional es inferior, es necesario señalar que las normas que se han dejado transcritas, son claras al establecer que a través de la figura de encargo se tiene derecho a la diferencia salarial, debiéndose entender que la misma se presenta en el evento de que aquella sea mayor, porque de lo contrario el funcionario continuara percibiendo la remuneración del empleo de que es titular, esto es, el empleo de técnico, con el fin de no desmejorarlo en sus condiciones laborales.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección, es procedente el encargo de un funcionario que es titular de un cargo del nivel técnico, de un empleo del nivel profesional, conservando en este caso la remuneración del cargo de que es titular". (Negrita nuestra)

4. CRITERIO ADOPTADO POR LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC

El encargo es una manera de provisión transitoria de los empleos de carrera que se encuentren en vacancia definitiva o temporal, cuyo fin es el de garantizar la eficiencia en la función administrativa; éste surge cuando existe una vacante que requiere ser provista por la entidad de manera temporal, mientras se realiza el correspondiente proceso de selección; momento a partir del cual, nace la

ED

obligación para la entidad de realizar la verificación respecto de en qué funcionario recae el derecho de encargo, previó cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y las exigencias contempladas en el manual de funciones para su desempeño.

No obstante lo anterior, la facultad para proveer mediante encargo los empleos en las entidades y organismos del Estado corresponde al respectivo nominador, quien por necesidades del servicio y con sujeción a las disposiciones contenidas en los artículos 24 de la Ley ibídem así lo decide, recalcando que si se decide no proveerlo no se estarían vulnerando derechos de carrera.

En caso de decidir proveerlo y una vez establecido el servidor sobre el cual recae el derecho a encargo, habiendo agotado el respectivo estudio de verificación, por decisión potestativa del nominador expresada a través de acto administrativo, se le designa al servidor en otro empleo de carrera de condición jerárquica superior, vacante de manera temporal o definitiva.

De otra parte, el encargo comenzó a instaurarse como un medio de movilidad vertical temporal para los empleados de carrera, toda vez que les permite acceder a un empleo de nivel jerárquico superior, no sólo con beneficios de contenido salarial, en los casos que así opera, sino de orden funcional y de perspectiva laboral.

Bajo estos presupuestos, resulta claro que el encargo está orientado por la aspiración del servidor de acceder transitoriamente a una mejor remuneración y al desempeño de un empleo o profesión que le retribuya en mayores satisfacciones personales, comoquiera que con la asignación de dicho encargo se apunta precisamente a valorar la experiencia y por ende a estimular y mantener retos de progreso y mejoramiento personal en las dimensiones económicas, sociales y profesionales del servidor.

No obstante lo anterior, si bien el encargo constituye un derecho, este no puede ser entendido ni aplicado como un simple medio de mejoramiento salarial, sin el ejercicio de las funciones propias del empleo, ni el ejercicio de este puede desconocer los principios, valores, garantías y derechos del servidor de carrera, de manera que, aun cuando legítimamente el nominador puede designar unilateralmente al servidor sobre el cual recaería el encargo (siempre y cuando cumpla con todos los requisitos determinados en la ley), tal facultad no es ilimitada y, por ello no puede traducirse en una imposición que cause un desmejoramiento para el servidor público o implique una restricción desproporcionada o inequitativa del derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales o laborales consagrado en el artículo 26 de la Carta.

Refiriéndonos al tema de la asignación salarial en el otorgamiento del encargo, es necesario señalar, que según la normatividad vigente éste debe ser la

3

correspondiente al empleo que se desempeña en calidad de encargo, por lo cual, en caso que ésta sea inferior a la del empleo del que se es titular, es viable que el empleado de carrera se abstenga de recibir tal encargo, teniendo en cuenta que el mismo puede comportar un desmejoramiento de sus condiciones laborales, particularmente el de asignación salarial.

Sin embargo, ante el problema jurídico planteado respecto de la posibilidad de otorgar un encargo a un funcionario que cumple todos los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y que en tal virtud es acreedor de un derecho preferencial, en un empleo que tiene una asignación salarial menor a la que percibe en el empleo del que es titular, la Comisión Nacional del Servicio Civil como entidad encargada de ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de carrera administrativa en Colombia y en aras de garantizar el imperativo legal contenido en la Ley 909 de 2004, considera lo siguiente:

- El encargo se convierte en la aspiración del servidor de acceder a una mejor remuneración y al desempeño de un empleo o profesión que le retribuya en mayores satisfacciones personales, con lo cual se persigue estimular y mantener retos de progreso y mejoramiento personal en las dimensiones económicas, sociales y profesionales ganando experiencia en el desempeño del mismo.
- En el momento en que el nominador de la entidad por necesidades del servicio tome la decisión de proveer mediante encargo un empleo en vacancia definitiva o temporal, además de verificar que el servidor con derechos de carrera cumpla con todos los requisitos exigidos para el desempeño del mismo, esto es, los establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, deberá garantizar que las condiciones en que éste se otorga favorezcan al servidor.
- Tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional existen unos derechos mínimos a los que ni voluntaria o forzosamente se puede renunciar, entre los que se encuentra el salario, que se constituye en una garantía a favor del trabajador, motivo por el cual no es procedente que se otorgue un encargo a quien cumple todos los requisitos contemplados en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y en tal virtud es titular de un derecho preferencial, pero que tal designación implique un desmejoramiento laboral en razón a que el salario es inferior al que percibe en el empleo sobre el que ostenta derechos de carrera.

Sin embargo, no puede con ello desconocerse la existencia de un derecho preferencial que le otorga la Ley a quienes cumplan la totalidad de requisitos previstos en la norma mencionada y que repercute positivamente en su desarrollo personal y profesional. 

- El Departamento Administrativo de la Función Pública ha sentado su posición al indicar que si bien con el encargo el servidor tiene derecho a la diferencia salarial, ésta se entiende solo en el evento que sea mayor, es decir, en beneficio del servidor; de lo contrario lo procedente es otorgar el encargo conservando la remuneración del empleo de que es titular, en aras de evitar un desmejoramiento de sus condiciones laborales.

Por lo anterior, en caso que un servidor titular de un empleo, cumpla con los requisitos para ser encargado en un empleo de mayor nivel jerárquico, pero la remuneración de éste sea inferior a la del empleo que el servidor desempeña en titularidad, podrá desempeñarlo percibiendo la remuneración del empleo del que es titular, en aras de evitar un desmejoramiento de sus condiciones laborales y permitir al servidor (si así lo desea) adquirir la experiencia que le otorga el desempeño de un empleo de mayor nivel jerárquico.

Es de advertir que si la entidad decide aplicar el anterior criterio, deberá asumir las consecuencias administrativas que ello genera, específicamente en cuanto a la imposibilidad de proveer por encargo el empleo que desempeña en titularidad el servidor que se va a encargar, comoquiera que continúa recibiendo el salario del mismo, de tal forma que únicamente se podrá realizar asignación de funciones si por necesidades del servicio lo requiere la entidad.

Finalmente, se precisa que el anterior criterio aplica únicamente en el evento que no exista servidor de carrera que al cumplir la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 sea acreedor del derecho preferencial a ser encargado, toda vez que el mismo se aplica como forma de provisión transitoria de empleos de carrera y no como el derecho preferencial emanado del mencionado artículo de la Ley 909 de 2004.

El presente criterio deroga aquellos que le sean contrarios, rige a partir de la fecha de su aprobación por la Sala Plena de la CNSC y aplica para las entidades destinatarias de la Ley 909 de 2004 a quienes para efectos de provisión transitoria de empleos de carrera aplique el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.



BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO
Comisionada (E)