



OAJ. 0283

Bogotá, D. C., 16 FEB. 2009

Doctora
ALBA MARIA PEÑA MUÑOZ
Directora de Asuntos Legales por Asignación de Funciones
SECRETARIA DE MOVILIDAD
AK 60 (Antigua Ak 48) No. 63C-73
Bogotá, D. C.

ASUNTO: 0335-0356-0394- 09/Viabilidad de encargos a provisionales.

Apreciada doctora Alba María:

Damos atenta respuesta a la solicitud de la referencia, radicada en este Departamento bajo los Nos. 0335-0394 y 0356 de fechas 9, 11 y 10 de febrero del 2009, siendo esta última solicitud remitida al Departamento por la doctora LUZ PATRICIA TRUJILLO MARIN, Comisionada de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los siguientes términos:

El artículo 58 del Decreto 1950 de 1973, consagra: "Los empleados vinculados regularmente a la administración, pueden encontrarse en las siguientes actuaciones administrativas:

- a) Servicio activo;
- b) En licencia;
- c) En permiso;
- d) En comisión;
- e) Ejerciendo las funciones de otro empleo por encargo;
- f) Prestando servicio militar;
- g) En vacaciones;
- h) Suspendido en ejercicio de sus funciones". (Subrayas fuera del texto).



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Departamento Administrativo
Servicio Civil

El artículo 34, ibídem, dispone: "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 del cargo. (...)".

El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, consagra: "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". (Subrayas fuera del texto).

El artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, consagra: "Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba. (...)".

El párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, modificado por el Decreto 3820 del 2005, expresa: "La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrá exceder de seis (6) meses, salvo cuando por circunstancias debidamente justificadas ante la Comisión Nacional del Servicio Civil ésta autorice su prórroga hasta que se supere la circunstancia que dio origen a la misma. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante. (...)". (Subrayas fuera del texto).

La Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, expidió al Directiva No. 001 del 29 de diciembre de 2004, en la cual dio directrices sobre el régimen salarial de los funcionarios públicos en encargo, expresando al respecto: "(...).

Teniendo en cuenta que lo dispuesto en los artículos 37 del Decreto 1950 de 1973 y 18 de la Ley 344 de 1996 han dado lugar, en los diferentes organismos y entidades distritales, a interpretaciones contrarias respecto al régimen salarial a que tienen derecho los servidores públicos que sean encargados, consideramos procedente unificar la posición de la administración distrital respecto al mencionado tema.

Las disposiciones legales son del siguiente tenor:

"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."

"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."

De las normas antes anotadas se puede inferir que mediante el encargo se designa a un servidor público para asumir, en forma temporal, las funciones

de otro empleo vacante, teniendo derecho al sueldo o remuneración del cargo que va a desempeñar temporalmente, siempre y cuando el titular no lo perciba.

Desde este punto de vista, los términos "sueldo" y "remuneración" utilizados en las normas mencionadas no deben entenderse en forma literal en el sentido de que éstos se refieren únicamente a la asignación básica mensual, pues el empleado encargado asume en forma total o parcial las funciones del cargo y toda la responsabilidad en el ejercicio de las mismas, como si fuere su titular, por lo cual no se encuentra razón jurídica válida para exceptuar las demás sumas que habitual y periódicamente tienen asignadas quien accede en propiedad a dicho cargo, es decir al salario de éste.

La temporalidad del encargo no puede ser la justificación razonable y lógica para que no se reconozca el encargo el salario que devenga el titular del mismo, si éste no lo está percibiendo, en la medida que cumpla los requisitos exigidos por la ley para acceder a los factores que lo componen.

Así las cosas, los servidores públicos que sean encargados tiene derecho a devengar los factores salariales asignados al cargo, siempre y cuando su titular no los esté devengando, exista disponibilidad presupuestal para ello y reúna los requisitos legales exigidos para acceder a estos factores. (...).
(Subrayas fuera del texto).

La Corte Constitucional en Sentencia C-447 de 1996, sobre la asignación de funciones, manifestó: "(...). Cuando el artículo 122 de la Constitución Nacional exige fijar las funciones de los empleos públicos, entre otros actos por medio de reglamentos, no se está refiriendo exclusivamente a la ley que determina la estructura orgánica de la entidad pública, ni al Manual General de Funciones que expide el Presidente de la República, sino también al manual específico de funciones de cada entidad...

*La generalidad debe ser que las funciones de los distintos empleos públicos se encuentren detalladas o precisadas, en la forma más completa posible, en el Manual Específico de Funciones de cada entidad y, **la excepción, la fijación de otras por parte de los superiores jerárquicos, para evitar abusos tanto de la administración como del mismo empleado.***

Las funciones concretas o específicas que le corresponde cumplir a cada uno de esos empleos en el ente gubernamental al que pertenezca el cargo, son fijadas por el jefe del organismo respectivo en el llamado Manual Específico de Funciones que, dicho sea de paso, no puede violar normas de superior jerarquía, esto es, la Constitución y las leyes.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Departamento Administrativo
Servicio Civil

(...) Nada impide que mediante reglamentos se asigne por parte del Presidente de la República, del jefe de la entidad respectiva, e inclusive de los jefes inmediatos o de cualquier otra autoridad competente del mismo organismo, funciones a los empleados de un determinado ente público (...) siempre y cuando no se desconozcan los lineamientos generales señalados en el Manual General de Funciones y no se desvirtúen los objetivos de la institución y la finalidad para la cual se creó el empleo.(...) (Subrayas fuera del texto).

La Corte Constitucional, en Sentencia T - 105 de 2002, expresó: "*(...)* II.- **De la Asignación de Funciones.**- Considera la Sala del caso, llamar la atención sobre la forma impropia como usualmente dentro de la administración pública se asignan funciones de un cargo, a través del mecanismo denominado "asignación de funciones" mecanismo o instituto que no existe jurídicamente como entidad jurídica autónoma dentro de las normas que rigen la administración del personal civil al servicio del Estado.

De donde proviene dicho uso?. Pues, no de otro diferente al acudir o echar mano (como en el común de la gente se diría) por parte de la administración pública, de la última función que se relaciona para cada cargo dentro de los Manuales de Funciones y Requisitos de las entidades estatales, al señalar que el empleado cumplirá, además de las expresamente señaladas: "Las demás funciones que se le asignen por el jefe inmediato".

*Se considera del caso precisar, que dicha función de amplio contenido no puede ser ilimitada, sino que debe referirse siempre y en todos los casos a un marco funcional y concreto, esto es, que dichas funciones deben hacer referencia a las **funciones propias del cargo que se desempeña por el funcionario a quien se asignan**. No es procedente su descontextualización, de tal manera que el jefe inmediato sí puede asignar otras funciones diferentes a las expresamente contempladas en el respectivo Manual de Funciones y Requisitos de la entidad, de acuerdo a las necesidades del servicio, a los fines y objetivos propios de cada entidad, pero, dentro del contexto de las funciones propias del funcionario y acordes al cargo que ejerce y para el cual ha sido nombrado.*

No es procedente utilizar esta función para asignar " todas y cada una de las funciones correspondientes a otro cargo" diferente al que se desempeña por el funcionario, pues, esto equivale a asignar un "cargo por su denominación específica", bajo el ropaje de la asignación de funciones que como se dijo no es una figura jurídica autónoma, como el encargo, el traslado, etc.; costumbre que a ultranza se viene realizando en diferentes entidades del Estado, en forma impropia cuando para ello existe en la normatividad la figura jurídica del "encargo". (Subrayas y negrillas fuera del texto).



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Departamento Administrativo
Servicio Civil

La Corte Constitucional, en sentencia C-733 del 2005, manifestó: "(...).Ahora bien, en lo que concierne a la provisionalidad, entendida esta como una forma de vinculación laboral con el Estado de carácter precario, mediante la cual, sin mediar un concurso de méritos, se surte un cargo de carrera administrativa pero sin encontrarse inscrito en ella ni gozar de los derechos que la misma otorga, la Corte se ha pronunciado en el sentido de que (i) el legislador no puede establecer que quienes se encuentren nombrado en provisionalidad ingresen inmediatamente en carrera[10]; (ii) para efectos de autorizar a las entidades públicas, la prórroga de los nombramientos en provisionalidad, la valoración de las circunstancias que dieron lugar a la prórroga, deben ser debidamente motivadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil[11]; (iii) la provisionalidad es una situación jurídica especial que hace parte de cualquier carrera administrativa pues en muchas ocasiones la urgencia en la prestación del servicio impone la realización de nombramientos de carácter transitorio hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad (...)".

El artículo 11 del Decreto 785 de 2005, dispone: "Experiencia. Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

Para los efectos del presente decreto, la experiencia se clasifica en profesional, relacionada, laboral y docente.

Experiencia Profesional. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pónsum académico de la respectiva formación profesional, tecnológica o técnica profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo.

Experiencia Relacionada. Es la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio.

Experiencia Laboral. Es la adquirida con el ejercicio de cualquier empleo, ocupación, arte u oficio.

Experiencia Docente. Es la adquirida en el ejercicio de las actividades de divulgación del conocimiento obtenida en instituciones educativas debidamente reconocidas.

Cuando para desempeñar empleos pertenecientes a los niveles Directivo, Asesor y Profesional se exija experiencia, esta debe ser profesional o docente, según el caso y determinar además cuando se requiera, si esta debe ser relacionada.

Cuando se trate de empleos comprendidos en el nivel Profesional y niveles superiores a este, la experiencia docente deberá acreditarse en instituciones de educación superior y con posterioridad a la obtención del correspondiente título profesional". (Subrayas fuera del texto).

Con fundamento en lo anterior, absolvemos su consulta, previa formulación de cada uno de los interrogantes de la misma, en los siguientes términos:

PREGUNTA 1

Teniendo en cuenta que en la planta de la Secretaría de Movilidad no existe un funcionario de carrera administrativa que cumpla con el perfil para Director de Asuntos Legales, es posible nombrar mediante la figura del encargo a un funcionario con nombramiento provisional que cumpla los requisitos para ocupar el cargo?.

RESPUESTA:

En el caso planteado en este numeral y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el encargo como situación administrativa dentro de la cual se pueden encontrar los funcionarios públicos, **procede respecto de empleados que se encuentren con derechos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción,** siempre y cuando cumplan con los requisitos y el perfil para su desempeño. Luego no procede dicha figura para quienes desempeñen empleos con carácter provisional.

PREGUNTA 2.

De no ser posible el encargo en funcionarios con nombramiento provisional y teniendo en cuenta que el cargo se encuentra vacante es

posible remunerar al funcionario con asignación de funciones con la asignación que corresponde al cargo que ocupa es decir como Director Técnico Código 009 Grado 07, durante el tiempo que ejerza funciones como Director de Asuntos Legales?.

RESPUESTA:

Respecto de este numeral, es de precisar que en virtud de las Sentencias C-447 de 1996 y T-105 del 2002, proferidas por la Corte Constitucional, no es dable a la administración atomizar las funciones previstas para un empleo de un nivel ocupacional determinado que se encuentra vacante de manera definitiva, asignando dichas funciones a funcionarios vinculados en otro nivel diferente. Además, por cuanto dicha figura no existe jurídicamente dentro de las normas que rigen la administración de personal al servicio del Estado.

Sin embargo, lo anterior, no obsta para que el jefe inmediato puede asignar algunas funciones diferentes a las previstas en el respectivo Manual de Funciones, Requisitos y Competencias laborales al empleado, teniendo en cuenta las necesidades del servicio, y los fines y objetivos de la entidad, dicha asignación de funciones debe corresponder a las propias que desempeñe el empleado y que sean acordes al nivel ocupacional para el cual fue nombrado.

PREGUNTA 3.

El período durante el cual el profesional especializado ejerza como Director de Asuntos Legales, cuenta como experiencia, aunque esté ejerciendo bajo la figura de asignación de funciones?.

RESPUESTA:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 785 de 2005, y siendo requisito para el ejercicio de empleos dentro del nivel profesional o directivo, la experiencia profesional se acredita a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pónsum académico de la respectiva formación profesional, tecnológica o técnica profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo.



**ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.**

Departamento Administrativo

Servicio Civil

En virtud de lo anterior, las funciones asignadas en debida forma, serian susceptibles de ser tenidas en cuenta como experiencia en los términos legales.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 25 del Decreto 01 de 1984. (C. C. A.).

Atentamente,



ALBA LUCÍA BASTIDAS MEZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica.

Elaboró: MIGUEL ANTONIO CHIA RODRIGUEZ 