



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 190061

Fecha: 23/05/2022

Bogotá D.C.

REMUNERACION. - Remuneración en caso de encargo en un empleo de menor remuneración **RAD.- 20222060214312** del 23 de mayo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, por medio de la cual consulta sobre el trámite a seguir en caso que el salario del empleado en el cargo del cual es titular es superior al del encargo interinstitucional, cómo procedería el reconocimiento salarial, me permito manifestarle:

Sea lo primero señalar que el Decreto 1083 de 2015¹ establece:

*“**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. (Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)

(...)

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. (Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)

ARTÍCULO 2.2.5.5.45 Encargo interinstitucional. Hay encargo interinstitucional cuando el Presidente de la República designa temporalmente a un empleado en otra entidad de la Rama Ejecutiva, para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante del cual él sea el nominador, por falta temporal o definitiva de su titular.

El encargo interinstitucional puede recaer en un empleado de carrera o de libre nombramiento y remoción que cumpla con los requisitos para el desempeño del cargo. (Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)

(Ver Guía de Administración Pública - ABC de situaciones administrativas)

ARTÍCULO 2.2.5.5.46 Reintegro al empleo al vencimiento del encargo. Al vencimiento del encargo la persona que lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y asumirá las del empleo del cual es titular, en caso de no estarlos desempeñando simultáneamente. (Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)”.

De conformidad con lo expuesto el encargo conlleva la designación temporal 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. Esto significa, que el empleado desempeñará simultáneamente las funciones del cargo para el cual fue designado mediante encargo y las del empleo del cual es titular; o únicamente desempeñará las funciones del cargo para el cual fue designado en encargo; en ambos eventos el encargo procede mediante acto administrativo del nominador.

Así mismo, según lo dispone la normativa transcrita, el encargo interinstitucional procede cuando la facultad nominadora en las dos instituciones recae en un mismo servidor público, como en el caso del Presidente de la República.

Es así como esta Dirección Jurídica ha sostenido que esta figura podrá ser aplicable en el orden territorial, siempre y cuando la facultad nominadora en las dos entidades recaiga en un mismo servidor.

En el mismo sentido, el artículo 18 de la Ley 344 de 1996² 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 por fuera del texto original).

De conformidad con las anteriores disposiciones, se tiene que el empleado que se encuentre en encargo tiene derecho a percibir el salario del empleo en el cual se encuentra en encargo, siempre y cuando no esté siendo devengado por su titular.

En efecto, el empleado encargado igualmente tendrá derecho a percibir durante el encargo las prestaciones sociales y los elementos salariales que se causen, teniendo en cuenta el salario que se devenga a la fecha en que legalmente se debe efectuar su liquidación y pago.

En ese entendido, frente a cuál es la entidad responsable del reconocimiento y pago de la diferencia salarial entre el que devenga en el empleo del cual es titular y en el cual se encuentra encargado, es preciso mencionar lo dispuesto en sentencia proferida por el Consejo de Estado³ con respecto a este reconocimiento en el evento que se provea un empleo mediante la situación administrativa de encargo, a saber:

*“A juicio de la Sala, el ejercicio de una función pública y en general el desempeño de un cargo público es asunto minuciosamente reglado desde la perspectiva legal y Constitucional, que distingue nítidamente cómo se accede a los cargos de carrera y a los de libre nombramiento y remoción. No obstante, hay casos excepcionales en los que el ejercicio de una función pública, va más allá de la simple colaboración que se espera de quienes abrazan el servicio público. Situaciones de hecho eso sí, en que nítidamente se aprecia que las tareas desempeñadas por un funcionario, no son una simple extensión de las que le adscriben los reglamentos y manuales, sino que implican la asunción de una responsabilidad por entero diferente a la de su cargo, y por tanto con fisonomía propia. En tales casos, la realidad se impone sobre la designación nominal y el empleado debe ser remunerado, como lo sería todo aquel que fuera llamado formal y legalmente, a ejercer el cargo, en este caso de carrera, pues la administración no puede beneficiarse del trabajo que no remunera al empleado, **por ello éste tiene derecho a recibir la diferencia salarial por todo concepto**, si es que, se insiste, en los hechos y por orden superior asume íntegramente las funciones de un cargo distinto al suyo, para sustituir una vacante.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

A partir del aparte jurisprudencial expuesto, se colige entonces que, el empleado que es encargado en otro empleo vacante definitivo en otra entidad, cuenta con el derecho a percibir la designación salarial de este último, puesto que formal y legalmente (acto de otorgamiento de encargo interinstitucional) se encuentra ejerciendo temporalmente cargo diferente del cual es titular y la administración no puede beneficiarse del trabajo que no es remunerado debidamente, es por esto que, el empleado encargado deberá percibir la diferencia salarial por todo concepto.

En este orden de ideas, una vez revisada la normativa así como jurisprudencia expedida sobre el particular, tenemos que el reconocimiento de la diferencia salarial en el caso del encargo se encuentra como una garantía y el reconocimiento del derecho para aquellos servidores públicos que son encargados

de empleos cuya asignación salarial se entiende que es superior a la que perciben en los empleos de los cuales son titulares; sin que las disposiciones o la jurisprudencia hayan entrado a abordar la hipótesis de aquellos casos en los cuales el encargo implica una asignación salarial inferior, caso en el cual se considera que por favorabilidad el empleado no podría percibir la asignación que resulte inferior; conclusión que podría extraerse del pronunciamiento del Consejo de Estado en la Sentencia 2013-01525 de 2020⁴:

“De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española, «escindir» significa «cortar, dividir, separar». Así mismo, la palabra inescindibilidad se forma con el prefijo «in» y el sufijo «bilidad», que significa «algo que carece de la cualidad de ser escindido, es decir, refiere a lo que no puede ser cortado, separado o dividido».

El aludido principio en materia laboral se encuentra consagrado en el Artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo que señala:

*«[...] **NORMAS MAS FAVORABLES. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador.** La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad [...].» (Se subraya).*

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó que este principio consiste en entender que las normas jurídicas bajo las cuales debe regirse un asunto concreto, deben ser aplicadas en su integridad, es decir, no pueden ser divididas para resolver con parte de ellas y parte de otras el caso de que se trate.

A su vez, esta Sección en reiterada jurisprudencia ha señalado que la inescindibilidad se estructura con fundamento en el principio de favorabilidad, según el cual, no es viable desmembrar las normas legales, de manera que quien resulte beneficiario de un régimen debe aplicársele en su integridad y no parcialmente tomando partes de uno y otro ordenamiento. Textualmente, manifestó:

«[...] El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda demostrada y fehaciente en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando

disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido [...]»

Esta postura concuerda con la sostenida por la Corte Constitucional que al respecto:

«[...] La condición más beneficiosa para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador. [...]» (Se subraya).

De lo anterior se colige que el denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad, tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad, según el cual, cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca”.(Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que la norma sobre la diferencia salarial para el encargo indica que el empleado tendrá derecho a percibir la que resulte sobre su empleo y el empleo que ejerce en encargo, se considera viable que en el caso consultado no se haga aplicación a esta disposición en la medida que se vería una afectación a su asignación salarial y en consecuencia una disminución a sus ingresos; de manera que el empleado, continúe con su asignación y no perciba la del empleo en encargo, dando una aplicación favorable al trabajador.

Teniendo en cuenta lo señalado me permito transcribir su interrogante para darle respuesta así:

1. ¿El funcionario que se encuentra separado de las funciones del empleo del cual es titular y encargado de un empleo cuya remuneración es inferior,

cuál remuneración se le deberá reconocer? ¿La del empleo del cual es titular o la del empleo en el cual se encuentra encargado?

De esta forma y teniendo en cuenta que el empleado encargado, sigue siendo titular de su empleo (en el cual tiene una asignación salarial superior a la del encargo), y que el percibir la asignación del nuevo empleo le significaría una disminución de su remuneración, se considera viable que siga percibiendo su salario como funcionario del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (planta de personal a la cual continua vinculado) y no perciba el de Alcalde en encargo; para no verse afectado en sus derechos laborales.

Ahora bien, si es la entidad territorial la cual cancela la remuneración del encargado, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia transcrita, le corresponderá al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, pagar la diferencia por el derecho que tiene el empleado **“a recibir la diferencia salarial por todo concepto”**.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestornormativo](https://eva.es/gestornormativo) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Proyectó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

2 “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”.

3 Sentencia 09601 de 2010 Consejo de Estado

4 /eva/gestornormativo/norma.php?i=171297

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.