



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 472451

Fecha: 22/09/2020

Bogotá

REF. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS REMUNERACION. Encargo – Derecho a percibir la diferencia Salarial. Pago de lo no debido en razón a encargo. **RAD. 20209000396522 del 19 de agosto de 2020.**

En atención a su primera pregunta en la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si un empleado público encargado tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia salarial, cuando el titular del cargo no se encuentra percibiendo su salario, me permito manifestar lo siguiente:

La Ley 909 de 2004¹, sobre el encargo, señala:

“ARTÍCULO 1°. El artículo 24 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 24. Encargo. 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. (...)

Ahora bien, sobre las vacancias temporales, el Decreto 1083 de 2015², establece:

“ARTÍCULO 2.2.5.2.2 Vacancia temporal. Para los mismos efectos se produce vacancia temporal cuando quien lo desempeña se encuentra en:

1. Vacaciones.

2. Licencia.

3. Comisión, salvo en la de servicio.

(...)

“ARTÍCULO 2.2.5.3.3 Provisión de las vacancias temporales. Las vacantes temporales en empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistas mediante la figura del encargo, el cual deberá recaer en empleados de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes temporales en empleos de carrera, podrán ser provistas mediante nombramiento provisional, cuando no fuere posible proveerlas mediante encargo con empleados de carrera.

(...)”

Por su parte, sobre la diferencia salarial en el encargo 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:

*“**ARTÍCULO 18º.**- 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.” (Subrayas y negrillas fuera del texto)*

Así mismo, el artículo 2.2.5.5.44 del Decreto 1083 de 2015, señala:

*“**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.” (Subrayas fuera del texto)*

Al respecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 del 4 de septiembre de 1997, sobre la figura del encargo, expresó:

“6. Los encargos

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

(...)

". 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". (Subrayas fuera del texto)

Así las cosas, se considera que, el empleado tiene derecho a percibir el salario del empleo del cual está encargado, en los términos y condiciones de la ley siempre y cuando su titular no lo esté devengando, como es el caso de las licencias por enfermedad, por ejemplo, cuyo pago lo asume la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado el empleado.

Para el caso de las vacaciones, se recuerda que dentro de los rubros que componen el presupuesto de las entidades públicas, generalmente no se encuentra uno que corresponda al pago de las vacaciones que se disfruten, como si existe el que se relaciona con la compensación o indemnización de vacaciones en dinero; en materia presupuestal las vacaciones se toman como un descanso remunerado, razón por la cual el disfrute de las mismas se paga directamente con el rubro de personal de nómina.

En consecuencia y dando respuesta a su primer interrogante, para que la entidad pueda efectuar el pago de la diferencia salarial al empleado encargado, es necesario que la remuneración no la esté percibiendo su titular y que exista la respectiva disponibilidad presupuestal.

Respecto de su segundo interrogante, relacionado con el procedimiento que debe adelantar la entidad para recuperar el excedente pagado a un empleado, teniendo en cuenta que se le consignó un valor mayor por concepto del salario que ostentaba en un cargo que se encontraba encargado, me permito manifestar lo siguiente:

Frente al pago de lo no debido, el Consejo de Estado en sentencia T-737 de 2012 considero lo siguiente respecto a el pago en exceso o de lo no debido: (...) ii) *El "pago de lo no debido" según el artículo 2313 del Código Civil, se configura cuando una persona que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, y por ello le surge el derecho a repetir por lo pagado. Ese pago de lo no*

debido incluye aún lo pagado por error de derecho cuando el pago no tenía fundamento en una obligación ni siquiera puramente natural.

Seguidamente en sentencia T-1059 de 2001 de la misma corporación, señaló lo siguiente respecto al reconocimiento del salario al trabajador por los servicios prestados: (...) *“El Decreto 1647 de 1967, en su artículo 1º establece que los pagos por sueldo o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, serán por servicios rendidos. La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre éste y el Estado, presupone el correlativo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. De hacerlo se incurriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho.*

Operativamente el pago del salario a los servidores públicos se realiza a través de una nómina suscrita por los funcionarios competentes en cada entidad y acorde a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1647 de 1967, debe el funcionario a quien corresponda certificar que los servicios se prestaron efectivamente”.

De las consideraciones expuestas por las Altas Cortes, un empleado público al cual se le consignó por concepto de su salario mensual una suma diferente a la establecida para el cargo del cual prestó sus servicios, configurado éste yerro en razón de que la persona competente para realizar el pago del salario a los servidores públicos a través de la nómina, canceló la suma correspondiente al cargo del cual se encontraba un empleado en encargo anteriormente, surge por ello el derecho de la entidad a repetir por lo pagado.

Quiere decir que, la entidad una vez establezca que se incurrió en el pago de lo no debido por concepto de salarios, tendrá que repetir al empleado al cual se le consignó, y éste último tendrá que devolver el exceso pagado, ya que se presentaría enriquecimiento sin justa causa, que según la sentencia en estudio la define de la siguiente manera: *“a) El pago de salarios tiene como causa la prestación del servicio por los trabajadores. Por consiguiente, dada la naturaleza sinalagmática del contrato laboral, el cumplimiento de dicha prestación hace exigible a su vez el cumplimiento de la obligación del empleador de pagar aquéllos. El pago de salarios, sin la contraprestación de la prestación de servicios al empleador, puede configurar un enriquecimiento ilícito a favor de los trabajadores.”*

En el caso que se cancele por concepto de remuneración una cuantía que no se ajuste al cargo del cual presta efectivamente sus servicios un empleado, se incurriría en enriquecimiento sin justa causa en favor del trabajador, y según el numeral 15 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, se encuentra expresamente prohibido a los servidores públicos, ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos.

Ahora bien, de acuerdo con la pregunta elevada a esta Dirección Jurídica, el Decreto Ley 3135 de 1968 en su artículo 12, dispone:

***“ARTÍCULO 12.** Deducciones y retenciones. Los habilitados, cajeros y pagadores no pueden deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales, de previsión social, de cooperativas o de sanción disciplinaria conforme a los reglamentos.*

No se puede cumplir la deducción ordenada por el empleado o trabajador cuando afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario.

Es embargable hasta la mitad del salario para el pago de las pensiones alimenticias de que trata el artículo 411 del Código Civil y de las demás obligaciones que para la protección de la mujer o de los hijos establece la ley. En los demás casos, sólo es embargable la quinta parte del exceso del respectivo salario mínimo legal.” (...)

A su vez, el Decreto 1083 de 2015 sobre los descuentos permitidos, consagra:

***“ARTÍCULO 2.2.31.5** Descuentos prohibidos. Queda prohibido a los habilitados, cajeros y pagadores, deducir suma alguna de los salarios que corresponden a los empleados oficiales.*

Dichas deducciones sólo podrán efectuarse en los siguientes casos:

a. Cuando exista un mandamiento judicial que así lo ordene en cada caso particular, con indicación precisa de la cantidad que debe retenerse y su destinación; y

b. Cuando la autorice por escrito el empleado oficial para cada caso, a menos que la deducción afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario ordinario, casos estos en los cuales no podrá hacerse la deducción solicitada.”

En este orden de ideas, puntualmente sobre el interrogante del procedimiento a seguir por parte de la entidad para recuperar el exceso pagado y si es legalmente procedente realizar el descuento directo por nómina, de los apartes de las normas expuestas; tenemos que los empleados encargados de cancelar la nómina en una entidad no pueden por ningún concepto deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandato judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos de que sean por expresa autorización legal.

En ese entendido, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que, si la administración consignó valores de más por concepto de salarios, deberá solicitar autorización del servidor público para descontar los valores a los que haya lugar, en tanto que no es procedente descontarlos de oficio por parte de la entidad. Si el empleado no accede al descuento, entonces será necesario acudir a la jurisdicción contenciosa para recuperar dichos valores, o a través de una conciliación administrativa ante los órganos correspondientes.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

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

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