

CONCEPTO 63320 DE 2019

(septiembre 13)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

Bogotá D.C.,

Asunto: Encargo y tarjeta temporal de residencia para trabajar en el Archipiélago de San Andrés y Providencia.

En respuesta a su comunicación electrónica de fecha 6 de septiembre de 2019 (sin radicar), trasladada por el Grupo de Relaciones Laborales a nuestra dependencia el 9 de septiembre, mediante la cual solicita concepto jurídico sobre el trámite de encargo para el Archipiélago de San Andrés Islas cuando el beneficiario con derecho preferencial de encargo es un empleado de la Entidad que no tiene la tarjeta OCCRE por no residir en el Departamento; al respecto, de manera comedida le informo.

En su comunicación puntualiza lo siguiente:

“De manera respetuosa me permito solicitar concepto jurídico sobre cuál es el trámite de la Entidad, específicamente de la Regional San Andrés, si un beneficiario con derecho preferencial de una vacante en encargo es un empleado de la Entidad que no tiene la tarjeta OCCRE por no residir en el Departamento.

Realizo la consulta teniendo en cuenta que el artículo 12 del Decreto 2762 de 1991 fijó unas condiciones para las empresas que contraten trabajadores no residentes en el departamento, así mismo en la página web oficial de la OCCRE (<http://www.occre.gov.co/requisitos-para-solicitar-la-tarjeta-de-residencia-temporal-por-actividades-laborales>) se establece unos requisitos tendientes a ser gestionados por la Empresa. Para el caso del SENA, se publica un listado de vacantes en encargo con requisitos de idoneidad y experiencia donde no se especifica la tarjeta de permiso laboral como requisito de postulación para las vacantes de la Regional San Andrés, pues como es comprensible, solo hasta ser efectivamente seleccionado en el cargo se podrá tramitar la tarjeta expedida por el OCCRE. Por tal motivo, me resultan dudas sobre el procedimiento al ser el SENA una establecimiento público del orden nacional, si sería el trámite realizado por la Entidad o por el solicitante ante la OCCRE; o si por el contrario, no tener la tarjeta OCCRE es motivo de rechazo de plano de la postulación a vacante en encargo teniendo el derecho preferencial”.

#### ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

#### ANÁLISIS JURÍDICO

En relación con el asunto consultado, es menester precisar que el Grupo de Conceptos Jurídicos

y Producción Normativa de la Dirección Jurídica no resuelve casos particulares ni entra a analizar situaciones concretas que son del resorte de las áreas o instancias institucionales que tienen la competencia para abordarlos y resolverlos o brindar la orientación o asesoría pertinente.

Esto es así por cuanto nuestros pronunciamientos, en virtud de lo dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), incorporado por la Ley [1755](#) de 2015, no son obligatorios ni tienen carácter vinculante, motivo por el cual no es dable exigir a la administración que aplique nuestros conceptos como si se tratara de una norma o acto administrativo capaz de producir efectos jurídicos.

Nuestra dependencia emite conceptos de carácter general sobre dudas en la interpretación de las normas jurídicas o cuando quiera que se presenten enfoques diferenciales en su aplicación a fin de dilucidar el tema y lograr la unidad doctrinal.

En este orden de ideas se analizará en abstracto el caso consultado, para que la instancia competente decida lo procedente.

1°. En desarrollo de los artículos [310](#) y [42](#) transitorio de la Constitución Política de 1991<sup>(1)</sup> se expidió el Decreto 2762 de 1991, norma con fuerza material de ley, por medio del cual se adoptaron medidas para proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el medio ambiente y los recursos naturales del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, lo cual permitió limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, instaurar controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo e imponer condiciones especiales a la enajenación de los bienes inmuebles ubicados en dicho territorio insular.

El Decreto 2762 de 1991 estableció quienes tendrán derecho a fijar su residencia en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (artículo 2), quienes podrán adquirir el derecho a residir en forma permanente (artículo 3), quienes podrán ejercer, dentro del territorio del mencionado departamento, ciertos derechos, como el de trabajar en forma permanente (artículo 5).

Por su parte, el artículo 7 del precitado Decreto establece quiénes pueden fijar su residencia temporal en el Archipiélago:

“**ARTÍCULO 7o.** Podrán fijar temporalmente su residencia en el Archipiélago las personas que obtengan la tarjeta correspondiente, por una de las siguientes razones:

a) La realización, dentro del Departamento, de actividades académicas, científicas, profesionales, de gestión pública o culturales, por un tiempo determinado;

b) **El desarrollo de actividades laborales por un tiempo determinado hasta por un año prorrogable por lapsos iguales, que en ningún caso sobrepasen los 3 años, previo el cumplimiento de las disposiciones señaladas en este decreto;**

c) Encontrarse en la situación prevista por el literal a) del artículo [3o.](#) del presente Decreto.

El interesado en obtener la residencia temporal, deberá demostrar que tiene vivienda adecuada y capacidad económica para su sostenimiento en el Archipiélago”. (Negrillas y subrayado fuera de texto)

En relación con la tarjeta de residencia temporal, el artículo 8 ibídem prevé:

**“ARTÍCULO 8o.** La tarjeta de residencia temporal será expedida, a quien cumpla con los requisitos de este Decreto, por la Oficina de Control de Circulación y Residencia a través de las oficinas de turismo, agencias de viajes, despachos de las líneas aéreas o empresas de transporte marítimo de pasajeros.

Para la expedición de la tarjeta, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los requisitos de este Decreto, la densidad poblacional en el Archipiélago, la suficiencia de sus servicios públicos y las condiciones personales del solicitante”.

Finalmente, el artículo 12 de la norma ut supra consagra lo relativo a los requisitos que deben cumplirse para la contratación de trabajadores no residentes en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, disponiendo:

**“ARTÍCULO 12.** Para la contratación de trabajadores no residentes en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, deberá el empleador cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Constituir una póliza de seguro mediante la cual garantice el cumplimiento, por su parte y la del trabajador, de las disposiciones del presente Decreto;
- b) Demostrar la idoneidad laboral de quien pretende trabajar en el Archipiélago sin ser residente;
- c) Pagar una suma de dinero, por una sola vez, correspondiente a un salario mínimo legal mensual, por cada persona no residente que emplee, la cual será destinada a la creación de un fondo especial para la capacitación laboral de los residentes en el Departamento Archipiélago;
- d) **Obtener la residencia temporal para el trabajador, por el tiempo de duración del contrato...** (Negrillas y subrayado fuera de texto)

En relación con las limitaciones impuestas por el Decreto 2762 de 1991, la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 530 de 1993 señaló:

**“(...) En este orden de ideas, las limitaciones a los derechos de las personas no residentes en el Departamento que nos ocupa deben ser entendidas en el sentido de que ellas no cobijan a las autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones.**

Fijado así el alcance de la norma en estudio, **ha de entenderse en lo sucesivo que dicha norma se refiere a los extranjeros y a los nacionales colombianos no residentes en el Departamento que no sean autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones.**

(...)

“No obstante lo anterior, la Corte Constitucional desea aclarar el alcance de esta limitación respecto de los servidores públicos nacionales que ejercen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, al igual que todos los integrantes de las fuerzas militares o de policía y los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que ingresen en ejercicio de sus funciones al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, así:

Este grupo de servidores públicos del nivel nacional son ciertamente objeto de la tarjeta de residente temporal, pero con fines de registro mas no de control, de suerte que no les son aplicables las normas relativas a el cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso segundo

del artículo 8, ni el tiempo de duración de la tarjeta (art. 10), ni las causales de pérdida de la tarjeta (art. 11), ni tendrán que pagar por la tarjeta (art. 32).

Es pues en este sentido que la norma revisada es conforme con la Constitución”.

De lo anterior se colige que (i) las limitaciones a los derechos de las personas no residentes en el Departamento Archipiélago no cobijan a las autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones; (ii) los extranjeros y los nacionales colombianos no residentes en el Departamento de San Andrés Islas que no sean autoridades nacionales en el ejercicio de sus funciones deberán someterse a las limitaciones y requisitos impuestos por el Decreto 2762 de 1991.

Pues bien, frente al ejercicio de jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto No. **1.831** de 2007,<sup>(2)</sup> Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos, sostuvo:

“¿Qué se debe entender por ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar?

La jurisprudencia de la Sección Quinta de esta Corporación, al explicar el concepto de autoridad, en la providencia del 29 de abril de 2005, señaló que ésta se ha entendido como "el ejercicio del poder público en poder de mando, que, por consiguiente, ubica en un extremo a los particulares obligados a obedecer, aún por medio de la fuerza pública; que permite nombrar y remover libremente empleados subordinados, aun por medio de delegación; y que autoriza sancionar a los empleados con suspensiones, multas y destituciones."(5)

La autoridad puede ser de diversa naturaleza, según se trate de autoridad política, civil, administrativa y militar. La sentencia en cita (6), recoge los pronunciamientos de esta Corporación, en relación con cada uno de estos tipos de autoridad, así:

El concepto de autoridad civil ha sido expuesto por esta Corporación en varias oportunidades. Así, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha entendido que, en principio, autoridad civil es aquella que no implica el ejercicio de autoridad militar y que, en determinados casos, puede concurrir con otras modalidades de autoridad (7).

(...)

A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que "es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia".

En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que la autoridad administrativa se ejerce para "hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Todo eso y más, es la autoridad administrativa" (10). (...)

"También resulta pertinente precisar que esta Sección ha dicho que quien ejerce dirección administrativa, conforme al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, tiene igualmente autoridad

administrativa. Sin embargo, el concepto de autoridad administrativa es más amplio que el de dirección administrativa y comprende, por tanto, el ejercicio de funciones que no se encuentran incluidas dentro de las mencionadas por el citado artículo 190, tales como las que impliquen otros poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. (...)

"De lo anteriormente expuesto se concluye que el ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad prevista en el artículo [30](#), numeral 5º, de la Ley 617 de 2000, se refiere al desempeño de un cargo público que otorga a su titular poder de mando, facultad decisoria frente a la sociedad o los subordinados y dirección de asuntos propios de la función administrativa orientados al debido funcionamiento del aparato administrativo".

A partir de las precisiones jurisprudenciales, resulta claro, que el ejercicio de autoridad se determina objetivamente en razón de las funciones asignadas a cada funcionario en la ley, el reglamento o los manuales, la jerarquía del cargo que ocupa dentro de la estructura de la administración, su grado de autonomía y poder de mando sobre la sociedad. No es necesario, entonces, que el funcionario haya ejercido materialmente su autoridad, basta con tenerla en razón de las funciones asignadas...". (Subrayado fuera del texto).

2. Ahora bien, frente a la situación administrativa del encargo, el **Decreto ley [2400 de 1968](#)** "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones" prevé:

**"ARTICULO [23](#).** 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. Cuando se trate de ausencia temporal el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella 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".

En el mismo sentido, el Decreto [1083](#) de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", modificado y adicionado por el Decreto [648](#) de 2017, señala:

**"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".

**"Artículo [2.2.5.5.42. Encargo en empleos de carrera.](#)** El encargo en empleos de carrera que se encuentren vacantes de manera temporal o definitiva se regirá por lo previsto en la Ley [909](#) de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten y por las normas que regulan los sistemas específicos de carrera".

**"Artículo [2.2.5.5.43. Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción.](#)** 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 temporal, el encargo se efectuará durante el término de ésta.

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.

(...)

“**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 este y asumirá las del empleo del cual es titular, en caso de no estarlos desempeñando simultáneamente”.

Por su parte, 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” establece:

“**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”.

## CONCLUSIÓN

De conformidad con lo previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, el artículo 23 del Decreto - ley 2400 de 1968 y los artículos 2.2.5.4.7, 2.2.5.5.41, 2.2.5.5.43 y 2.2.5.5.46 del Decreto 1083 de 2015, modificado y adicionado por el Decreto 648 de 2017, el encargo como situación administrativa dentro de la cual se pueden encontrar los servidores públicos, procede respecto de empleados con derechos de carrera administrativa y empleados de libre nombramiento y remoción, siempre y cuando cumplan con los requisitos y el perfil para su desempeño.

Siendo un modo de provisión transitoria, el ENCARGO no tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo, sino que por el contrario, tiene un carácter temporal, que debe ser establecido desde el momento mismo de la concesión: (i) Para el caso de los empleados de carrera, el término del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses.(ii) En el caso de empleados de libre nombramiento y remoción el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. (iii) 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.

Ahora bien, tal como antes quedó expuesto, el Decreto 2762 de 1991 estableció quienes tendrán derecho a fijar su residencia en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, quienes podrán adquirir el derecho a residir en forma permanente, quienes podrán ejercer el derecho al trabajo y quienes podrán fijar su residencia en forma temporal.

En este sentido, el artículo 7 del Decreto 2762 de 1991 dispone que podrán fijar temporalmente su residencia en el Archipiélago las personas que obtengan la tarjeta de residencia temporal que expida la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE-, previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el precitado Decreto (artículo 8).

De acuerdo con lo antes expuesto, encontramos que si las funciones del cargo vacante para ser provisto mediante encargo en una entidad pública en el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, no implican el ejercicio de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar como empleado público en el mencionado departamento, o la intervención como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el archipiélago como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, se deberán cumplir los requisitos previstos en el Decreto 2762 de 1991.

Si se trata de un servidor público del SENA con autoridad administrativa a la luz de lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-530 de 1993, en armonía con los Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado antes indicados, “no les son aplicables las normas relativas a el cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso segundo del artículo 8, ni el tiempo de duración de la tarjeta (art. 10), ni las causales de pérdida de la tarjeta (art. 11), ni tendrán que pagar por la tarjeta (art. 32)”.

Por consiguiente, el servidor público con derecho preferencial a ser encargado en un cargo vacante de la Regional del SENA en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, una vez designado para desempeñar el empleo en encargo por haber cumplido con el perfil y requisitos exigidos para su desempeño, y deba ejercer funciones como autoridad administrativa, política, civil o militar, deberá obtener la tarjeta de residencia temporal que expida la Oficina de Control de Circulación y Residencia – OCCRE - y cumplir los requisitos y condiciones establecidas en el Decreto 2762 de 1991, por ser precisamente el encargo una situación administrativa de carácter temporal.

Cabe agregar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 2762 de 1991, el empleador que desee contratar, vincular, asignar o encargar personal no residente en el Departamento Archipiélago de San Andrés deberá cumplir, entre otros, con el requisito de la residencia temporal del trabajador, durante el tiempo que dure el contrato, vinculación, asignación o encargo.

En los anteriores términos se da respuesta concreta, congruente y oportuna a su petición.

Cordial saludo,

**ANTONIO JOSÉ TRUJILLO ILLERA**

Coordinador

Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Dirección Jurídica - Dirección General

<Para consultar la versión original PDF de este documento dirigirse al siguiente link:

[https://www.avancejuridico.com/docpdf/sena/CONCEPTO\\_SENA\\_0063320\\_2019.pdf](https://www.avancejuridico.com/docpdf/sena/CONCEPTO_SENA_0063320_2019.pdf)>

NOTAS AL FINAL:

1. Constitución Política: “ARTICULO [310](#). El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se regirá, además de las normas previstas en la Constitución y las leyes para los otros departamentos, por las normas especiales que en materia administrativa, de inmigración, fiscal, de comercio exterior, de cambios, financiera y de fomento económico establezca el legislador.

Mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de cada cámara se podrá limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, establecer controles a la densidad de la población, regular el uso del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago.

Mediante la creación de los municipios a que hubiere lugar, la Asamblea Departamental garantizará la expresión institucional de las comunidades raizales de San Andrés. El municipio de Providencia tendrá en las rentas departamentales una participación no inferior del 20% del valor total de dichas rentas”.

“ARTICULO TRANSITORIO [42](#). Mientras el Congreso expide las leyes de que trata el artículo [310](#) de la Constitución, el Gobierno adoptará por decreto, las reglamentaciones necesarias para controlar la densidad de población del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en procura de los fines expresados en el mismo artículo”.

2. Ver también Concepto 2355 de 2017 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: “(...) b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que corresponden a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la República, contralores departamentales y municipales; Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil...”



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



logo