

CONCEPTO 12 DE 2016

(marzo 8)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE

Bogotá D.C.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Encargo de trabajadores oficiales

En atención a su consulta CPM No. 8-2016-008320, mediante la cual solicita concepto sobre la posibilidad de encargar trabajadores oficiales en cargos vacantes de empleados públicos, específicamente formula este cuestionario: “1. ¿Es posible encargar a un trabajador oficial en un cargo de carrera administrativa? 2. ¿Es posible encargar a un trabajador oficial en un cargo de libre nombramiento y remoción? 3. De ser posible encargar a un trabajador oficial en un cargo de carrera administrativa, ¿Se debería modificar el tipo de vinculación del trabajador oficial? Y ¿Perdería los derechos y garantías Convencionales?”, (adjunta conceptos del DAFP), nos manifestamos en el siguiente sentido:

ALCANCE DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Es pertinente señalar que 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

Normas objeto de análisis:

1. El artículo [65](#) de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente contempla:

“OPORTUNIDAD DE ENCARGOS: Cuando quede vacante un cargo de empleado público y un trabajador oficial reúna los requisitos exigidos se le dará oportunidad por medio de un encargo. Para efectos de la experiencia exigida se tendrán en cuenta las equivalencias en cuanto a estudios de bachillerato, cursos relacionados y tiempo de servicio en cargos afines y el SENA le acreditará esta experiencia durante el tiempo del encargo. El trabajador oficial que se encuentre en encargo no perderá los derechos consagrados en esta Convención Colectiva. Las equivalencias en cuanto a estudio y experiencia serán las establecidas por el manual de funciones y requisitos mínimos vigente”.

2. El artículo [24](#) de la Ley 909 de 2004: “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”...

Concepto Jurídico

Vista la situación fáctica planteada en la consulta, nos encontramos ante una contradicción normativa entre lo dispuesto por la Convención Colectiva de Trabajo y la Ley [909](#) de 2004.

Sin embargo, siguiendo los principios de la hermenéutica jurídica, debemos interpretar en forma armónica ambas normas, las cuales no repugnan entre sí, sino que se deben aplicar en forma independiente.

En primer lugar, debe resaltarse que la ley [909](#) de 2004 es prevalente frente a la Convención Colectiva de Trabajo por cuatro fundamentales razones:

- La ley es de mayor jerarquía normativa que la convención dentro de la pirámide normativa nacional dado su carácter universal, en tanto la convención como acuerdo de voluntades que es, es ley solo interpartes.

- Por otra parte, aún bajo el supuesto que ambas tuviesen el mismo rango o jerarquía normativa, no se puede desconocer el carácter especial de la ley [909](#) de 2004, que regula específicamente la carrera administrativa y su administración, por tanto, tratándose de situaciones reguladas por ésta, tiene carácter preferente en su aplicación frente a otra normatividad.

- En cuanto su aplicación, la Convención Colectiva de Trabajo rige interpartes, es decir, afecta el acuerdo entre el Empleador, en este caso el SENA, y la organización sindical SINTRASENA, no puede en consecuencia, desconocer derechos de terceros no intervinientes en la celebración de la Convención, máxime cuando estos tienen expresa consagración legal. La Convención puede superar la ley de los trabajadores oficiales y, en estricto sentido, ese es su objetivo, pero no puede menoscabar los derechos de terceros desconociendo otras normatividades que son ajenas a la regulación del contrato de trabajo.

- Finalmente, debe entenderse que los regímenes laborales de los empleados públicos y los trabajadores oficiales son independientes y autónomos y, en consecuencia, la regulación de los unos no se puede aplicar en la relación laboral de los otros, pues se desnaturalizaría el carácter de la vinculación de cada uno de ellos, convirtiendo una relación contractual en una legal y reglamentaria o viceversa.

Bajo las premisas expuestas, consideramos que frente a una vacante de un cargo de carrera administrativa debe, darse aplicación preferente a lo previsto en la ley [909](#) de 2004, con las condiciones y procedimiento establecido para este tipo de encargos previsto para funcionarios de carrera de cargos de menor nivel.

Debemos tener en cuenta que los dos regímenes legales son independientes y autónomos y, en consecuencia, en una interpretación armónica de las dos normatividades, no se excluyen ni repugnan entre sí, sino que cada una debe entenderse y aplicarse en su ámbito de cobertura.

En este sentido, ni al trabajador oficial se le puede aplicar la normatividad propia del empleado público y, en sentido contrario, no se puede extender a los empleados públicos el régimen propio de los trabajadores oficiales.

Siguiendo la línea doctrinal del Departamento Administrativo de la Función Pública, conceptos que son aportados a la consulta, no es posible encargar a un trabajador oficial en un cargo de empleado público, pues como bien lo señala, no solo implica invadir la órbita jurídica de un

sector regulado por una normatividad distinta, sino que, además, implicaría desnaturalizar el contrato de trabajo pues equivaldría a convertir a un trabajador oficial en empleado público.

Es de especial importancia para el caso lo dicho en el concepto del DAFP, con radicación 20152060070262 del 15 de abril de 2015, refiriéndose a una situación similar a la del SENA que se presenta en la Imprenta Nacional, cuyo acápite pertinente es el siguiente:

“Conforme a lo anterior, se considera que los empleados de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción pueden ser encargados en empleos vacantes cuya naturaleza sea de carrera o de libre nombramiento y remoción, siempre que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño, no siendo viable que se encargue a un trabajador oficial como empleado público.

...

Para el caso de la Imprenta Nacional de Colombia, se encuentra que la misma es una empresa industrial y comercial del Estado y, por tanto, la calidad de sus servidores es la de trabajadores oficiales, con excepción del Gerente General y los que consagren los respectivos estatutos para ser desempeñados por empleados públicos (Art. 11, Ley 109 de 1994).

Revisado el artículo [11](#) de la Convención Colectiva de Trabajo, se encuentra lo siguiente:

“Hay encargo cuando se designa temporalmente a un trabajador para asumir total o parcialmente las funciones de un empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular desvinculándose o no de la propias de su cargo. Cuando se trate de vacancia temporal sólo podrá desempeñarse el cargo durante el término de ésta. En caso de que fuera definitiva, hasta por tres (3) meses vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva por la persona que ha venido desempeñando el cargo. En caso de que un trabajador deba asumir un encargo de mayor rango salarial, este recibirá la diferencia siempre y cuando la ley lo permita. Al final del encargo se expedirá una constancia sobre el mismo.

Desde el punto de vista técnico, esta redacción es imprecisa, toda vez que una es la vinculación legal y reglamentaria como empleado público, y otra es la vinculación como trabajador oficial a través de un contrato laboral; es decir, no es posible considerar que un trabajador oficial “desempeña o asume un empleo público”, ni que ocupe un “empleo público” de la planta de personal. De ser así, sería un empleado público y no un trabajador oficial.

De acuerdo con lo anterior, esta Dirección evidencia una imprecisión al señalar que puede asumirse un “empleo de trabajador oficial” mediante encargo, porque si el servidor público tiene un contrato de trabajo, se trata de un trabajador oficial y su régimen legal será el establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o en el reglamento interno de trabajo, y por lo no previsto en ellos en la Ley [6](#) de 1945, al Decreto 2127 de 1945 y demás normas que lo modifican o adicionan; si por el contrario, si el servidor fue vinculado mediante una relación legal y reglamentaria a un empleo público, tiene la calidad de empleado público.
(Subrayado fuera de texto)

CONCLUSIONES:

...

3. De acuerdo con lo anterior, esta Dirección evidencia una imprecisión al señalar que puede asumirse un “empleo de trabajador oficial” mediante encargo, toda vez que el trabajador oficial

está vinculado mediante un contrato de trabajo con la Administración y su régimen legal será el establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o en el reglamento interno de trabajo, y por lo no previsto en ellos en la Ley [6](#) de 1945, al Decreto 2127 de 1945 y demás normas que lo modifican o adicionan; si por el contrario, el servidor fue vinculado mediante una relación legal y reglamentaria a un empleo público, tiene la calidad de empleado público.

4. Atendiendo a lo señalado anteriormente, y respondiendo a su inquietud en criterio de esta Dirección no es procedente encargar a un trabajador oficial en un empleo público”.

Por todas las razones expuestas, esta Coordinación concluye que no es procedente en ninguna circunstancia, que el SENA encargue a un trabajador oficial en un cargo de empleado público, pues su vinculación contractual no puede modificarse en virtud de una figura exclusiva de los empleados públicos cuya vinculación responde a una relación legal y reglamentaria. Si bien es cierto que las normas de los empleados públicos y las normas que rigen a los trabajadores oficiales, especialmente la Convención Colectiva de Trabajo, no son excluyentes, debemos entender que una interpretación armónica de los dos regímenes parte de un respeto al campo de aplicación de cada uno de ellos, no siendo procedente la invasión de uno a los destinatarios del otro régimen.

El presente pronunciamiento se emite dentro de los parámetros a que alude el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Carlos Emilio Burbano Barrera
Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

Dirección Jurídica SENA



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)

